

OPINION DISSIDENTE DE M. BEDJAOUI

Objet du différend — Détermination tripartite par le demandeur, le défendeur et la Cour — Rôle différent de chaque «acteur» — Qualité intangible de demandeur — Son droit d'obtenir de la Cour un prononcé sur l'objet du différend qu'il lui a présenté et sur celui-là seul — Impossibilité pour la Cour de substituer un autre objet du différend à celui soumis par le demandeur — Ce serait juger une toute autre affaire —

Question de la validité de la réserve canadienne — Pouvoir souverain et indiscuté de l'Etat de maintenir ou de modifier, en la limitant ou en l'élargissant, une déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour, ou encore de la retirer à son gré — Pouvoir de l'assortir de toute réserve — Liberté conditionnée cependant par le respect du Statut et du Règlement de la Cour, de la Charte des Nations Unies et plus généralement encore du droit international et de l'«ordre public international» — Droits et devoirs de l'Etat déclarant à l'égard du «système» de la clause, de ses acteurs, actuels ou potentiels, comme aussi vis-à-vis du destinataire final de la clause qui est la juridiction internationale — L'Etat déclarant peut se retirer du «système», mais il ne saurait en compromettre l'existence ou le fonctionnement, tout en y restant —

Question de la définition des «mesures de conservation et de gestion» — Nouveauté du concept — Besoins impératifs de la communauté internationale de clarifier, de rationaliser et d'harmoniser les mesures de conservation et de gestion — Besoins de coopération — Définition de ces mesures par référence au droit international — Conformité sine qua non des mesures au droit international — Eléments de la définition internationale de ces mesures — Eléments techniques et scientifiques — Eléments juridiques — Question de la licéité — La licéité comme élément de définition «built in» — Le droit international ne saurait livrer une définition limitée à ses éléments techniques et qui, prise à la lettre, semblerait autoriser la violation du principe le mieux établi du droit international, celui de la liberté de la haute mer —

I. INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Prolongeant sa longue et estimable tradition de respect de la «*primauté du droit*» au dedans et au dehors, le Canada a, depuis soixante-dix ans, placé toute sa confiance dans la Cour permanente de Justice internationale, puis dans la nôtre qui lui a succédé. Sa première déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour permanente de Justice internationale date en effet du 20 septembre 1929. Et depuis lors il nourrit un grand respect pour notre juridiction qu'il n'a pas hésité à saisir, comme dans l'affaire du *Golfe du Maine*.

2. A deux reprises cependant, en 1970 et 1994, le Canada avait, par des réserves, limité de manière toute particulière la compétence de la Cour. En 1970, il a modifié sa déclaration d'acceptation de la compétence de la

DISSENTING OPINION OF JUDGE BEDJAOU

[Translation]

Subject-matter of the dispute — Tripartite determination by Applicant, Respondent and the Court — Different role of each “actor” — Inviolability of Applicant’s status — Applicant’s right to have the Court rule on the subject of the dispute referred to it by the Applicant and on that alone — The Court cannot substitute another subject of the dispute for the one submitted by the Applicant — That would amount to deciding a quite different case.

Validity of the Canadian reservation — Sovereign, undisputed power of a State to maintain or amend, whether by restricting or by extending it, a declaration of acceptance of the Court’s jurisdiction, or to withdraw it altogether whenever it wishes — Power to attach any reservation — Such freedom nonetheless conditional on compliance with the Statute and the Rules of Court, the Charter of the United Nations, and more generally, with international law and “ordre public international” — Rights and obligations of the declarant State with regard to the clause “system”, to those currently or potentially participating in it and to the ultimate addressee of the clause, the International Court — Declarant State free to withdraw from the “system” but not to compromise its existence or functioning and yet remain within it.

Definition of “conservation and management measures” — A new concept — Pressing need for the international community to clarify, rationalize and harmonize conservation and management measures — Need for co-operation — Definition of such measures in light of international law — Their compatibility with international law a sine qua non — Elements of the international definition of such measures — Technical and scientific aspects — Legal elements — Issue of legality — Legality as a built-in element of the definition — International law cannot supply a definition which is confined to technical aspects and which, if taken literally, would apparently authorize the violation of the most firmly established principle of international law, freedom of the high seas.

I. GENERAL INTRODUCTION

1. Continuing its long and estimable tradition of respect for the *primacy of law*, both internal and external, Canada has for 70 years placed full confidence, first in the Permanent Court of International Justice and then in its successor, our present Court. Thus, its first declaration of acceptance of the jurisdiction of the Permanent Court of International Justice dates from 20 September 1929. And since then it has always held our jurisdiction in great respect and has not hesitated to have recourse to it, as for example in the *Gulf of Maine* case.

2. On two occasions, however, in 1970 and 1994, Canada made reservations imposing specific restrictions on the Court’s jurisdiction. In 1970 it amended its declaration of acceptance of the Court’s jurisdiction so as

Cour, aux fins de prendre des mesures anti-pollution et de protection de l'environnement pour la zone maritime nord, sur une profondeur de 100 milles en direction de l'Arctique. A cette époque-là, cependant, les Etats-Unis, qui étaient visés par ces mesures, n'ont pas saisi la Cour.

3. La réserve du Canada, contenue dans sa déclaration du 7 avril 1970 (*C.I.J. Annuaire 1975-1976*, p. 57), possédait une certaine ressemblance, du moins dans sa formulation, avec celle de 1994 et se lisait comme suit:

«2) Nous déclarons que le Gouvernement canadien ..., accepte comme obligatoire ... la juridiction de la Cour en ce qui concerne tous les différends ... autres que

.....
d) les différends auxquels peuvent donner lieu ou qui concernent la juridiction ou les droit invoqués ou exercés par le Canada en ce qui concerne la conservation, la gestion ou l'exploitation des ressources biologiques de la mer, ou les mesures de prévention ou de lutte contre la pollution ou la contamination du milieu marin dans les zones marines adjacentes au littoral canadien» (les italiques sont de moi).

4. Si l'on fait abstraction de la déclaration de 1985 qui ne contenait plus de réserve équivalente, on notera que la réserve de 1970 citée ci-dessus a été remplacée par une autre, figurant à la même place, et qui a permis au Canada d'écarter la compétence de la Cour pour

«2) ...

.....
d) les différends auxquels pourraient donner lieu les mesures de gestion et de conservation adoptées par le Canada pour les navires pêchant dans la zone de réglementation de l'OPAN[O], telle que définie dans la convention sur la future coopération multilatérale dans les pêches de l'Atlantique Nord-Ouest, 1978, et l'exécution de telles mesures» (les italiques sont de moi).

5. Les réserves similaires qu'il a ainsi émises par deux fois semblent refléter son hésitation, ou son manque d'intérêt, à soumettre à la sanction du juge international des questions estimées par lui vitales et auxquelles le droit applicable lui paraissait, comme l'a dit le secrétaire d'Etat canadien pour les affaires extérieures, «inadéquat, inexistant ou non-pertinent». C'est qu'en effet le Canada n'était pas entièrement satisfait par la convention de Montego Bay du 10 décembre 1982 sur le droit de la mer qu'il n'a pour cette raison pas ratifiée et qui, selon lui, n'avait pas entièrement réglé le problème de la surpêche, compromettant ainsi l'avenir des ressources halieutiques pour les générations futures.

to enable it to take measures to prevent pollution and protect the marine environment of its northern coast, over an area extending more than 100 miles towards the polar zone. At that time, however, the United States, at which these measures were aimed, did not bring the matter before the Court.

3. Canada's reservation, contained in its declaration of 7 April 1970 (see *I.C.J. Yearbook 1975-1976*, p. 54), had a certain resemblance, at least as regards the manner in which it was formulated, to that of 1994 and read as follows:

"(2) I declare that the Government of Canada accepts as compulsory . . . the jurisdiction of the International Court of Justice . . . over all disputes . . . other than:

.
 (d) *disputes arising out of or concerning jurisdiction or rights claimed or exercised by Canada in respect of the conservation, management or exploitation of the living resources of the sea, or in respect of the prevention or control or contamination of the marine environment in marine areas adjacent to the coast of Canada.*" (Emphasis added.)

4. Disregarding the 1985 declaration, which contained no equivalent reservation, it will be noted that the 1970 reservation quoted above has been replaced by another, situated in the same place, allowing Canada to exclude the jurisdiction of the Court in regard to

"(2) . . .

.
 (d) *disputes arising out of or concerning conservation and management measures taken by Canada with respect to vessels fishing in the NAFO Regulatory Area, as defined in the Convention on Future Multilateral Co-operation in the Northwest Atlantic Fisheries, 1978, and the enforcement of such measures.*" (Emphasis added.)

5. These similar reservations formulated by Canada on two separate occasions would appear to reflect its hesitation, or reluctance, to submit to the sanction of the International Court issues which it regarded as vital, and in relation to which it considered the applicable law to be, in the words of the Canadian Foreign Minister, "inadequate, non-existent or irrelevant". The point was that Canada was not entirely satisfied with the Montego Bay Convention of 10 December 1982 on the Law of the Sea, which for this reason it has not ratified and which, in its view, failed to settle fully the problem of overfishing, thus jeopardizing fisheries resources for future generations.

6. Le Canada a souvent exprimé son sentiment d'insatisfaction et invoqué la «situation d'urgence», voire d'«état de nécessité» qu'il traverse à cet égard. Ses déclarations dans les *fora* internationaux sont aussi claires que nombreuses. Un auteur fait état de l'une d'entre elles dans les termes suivants :

«le ministre (canadien) des pêches, M. John Crosbie, avait dit à la conférence de Rio de Janeiro que la surpêche étrangère était un des sujets prioritaires que le Canada entendait aborder et que son objectif était double: faire approuver par les leaders mondiaux réunis au Sommet de la Terre certains principes et mesures d'une part, et solliciter une conférence de suivi pour examiner ces questions plus en détail d'autre part ... Le ministre Crosbie faisait comprendre en des termes à peine voilés que l'initiative juridique du Gouvernement fédéral canadien *sur la pêche en haute mer* était en fait une alternative aux appels pressants que lui adressaient les Provinces de l'Atlantique, et en particulier celles de Terre-Neuve, pour qu'il règle le problème de la surpêche étrangère sur le «Nez» et la «Queue» des Grands Bancs en étendant unilatéralement sa juridiction en matière de pêche au-delà de la limite des 200 milles.»¹

7. Des déclarations de cette nature permettent de situer le vrai contexte de la présente affaire. La Cour avait à se prononcer sur sa compétence en examinant le sens et la portée de la réserve émise, mais sans devoir se cacher qu'en accueillant une telle réserve la Cour laissait libre son auteur de combattre la surpêche étrangère en s'attribuant unilatéralement des compétences *en haute mer* aussi longtemps qu'un règlement ne serait pas intervenu entre le Canada et les Etats concernés. Ce contexte de la présente affaire de compétence devait être évoqué car lorsque des réserves possèdent une nature *ratione materiae*, il n'est pas possible de les apprécier sans un minimum de référence au fond, *prima facie*.

8. L'affaire aurait été simple à souhait si la Cour devait se limiter à rechercher le sens de la formule «mesures de gestion et de conservation» contenue dans la réserve et à affirmer que «l'exécution de ces mesures» dont a été victime le bateau de pêche espagnol l'*Estai*, est parfaitement couverte par ladite réserve qui fait défense à la Cour de connaître d'incident de cette nature. Il est indispensable de s'attacher à une autre formule autrement plus importante de la réserve, qui situe géographiquement l'action du Canada «dans la zone de réglementation de l'OPAN[O]», c'est-à-dire *au-delà de la limite des 200 milles*. Et de fait l'*Estai* a été arraisonné à 245 milles environ des côtes canadiennes. Il suffit de remplacer

¹ Paul Fauteux, «L'initiative juridique canadienne de la pêche en haute mer», *Annuaire canadien de droit international*, 1993, t. XXXI (p. 33-87), p. 58.

6. Canada has frequently expressed its dissatisfaction and invoked the “emergency”, or even “state of necessity”, which it is facing in this regard. Its declarations in international fora have been as clear as they have been numerous. One writer has described one of them in the following terms:

“The (Canadian) Minister of Fisheries, Mr. John Crosbie, had told the Rio de Janeiro Conference that foreign overfishing was one of the subjects which Canada intended to address as a matter of urgency and that it had a dual aim in this regard: to obtain approval from the world leaders meeting at the Earth Summit for certain principles and measures on the one hand, and to seek a follow-up conference to examine these questions in greater detail on the other hand . . . Mr. Crosbie stated in barely veiled terms that legislative action by the Canadian Federal Government *with regard to fishing on the high seas* was being considered as a real alternative in response to the urgent appeals that he had been getting from the Atlantic Provinces, and in particular from Newfoundland, asking him to deal with the problem of foreign overfishing on the ‘Nose’ and ‘Tail’ of the Grand Banks by unilaterally extending his fisheries jurisdiction beyond the 200-mile limit.”¹

7. Statements of this type give us an insight into the real background to the present case. The Court had to rule on its jurisdiction by examining the meaning and scope of Canada’s reservation, but it could not ignore the fact that, if it accepted such a reservation, it was leaving the author of that reservation free to combat foreign overfishing by unilaterally giving itself powers *over the high seas* for as long as no settlement had been reached between itself and the States concerned. This account of the background to the case was necessary, inasmuch as, where reservations have been formulated *ratione materiae*, prima facie they cannot be construed without at least some reference to the substantive issues involved.

8. The case would have been perfectly simple if the duty of the Court had been to confine itself to ascertaining the meaning of the expression “conservation and management measures” contained in the reservation, and to affirming that “the enforcement of those measures” against the Spanish fishing vessel *Estai* was precisely covered by the terms of that reservation, thus preventing the Court from entertaining any claim in this regard. It is absolutely essential, however, that attention be focused on another, far more important term of the reservation, that which places Canada’s action, in geographical terms, “in the NAFO Regulatory Area”, that is to say *outside the 200-mile limit*. And indeed the *Estai* was

¹ Paul Fauteux, “L’initiative juridique canadienne de la pêche en haute mer”, *Canadian Yearbook of International Law*, 1993, Vol. XXXI (pp. 33-87), p. 58. [Translation by the Registry.]

dans la réserve canadienne la formule «dans la zone de réglementation de l'OPAN[O]» par la formule «au-delà des 200 milles de la zone économique exclusive du Canada» pour se rendre compte que la Cour se trouve en présence d'*une réserve peu habituelle*, pour ne pas dire audacieuse. Dès lors la Cour avait le devoir de vérifier si cette réserve peut être accueillie sans difficulté dans le système de la clause facultative.

9. L'article premier, paragraphe 2, de la convention OPANO, offre une définition cristalline qui ne laisse aucun doute à ce sujet lorsqu'il stipule que :

«La zone ci-après appelée «zone de réglementation» désigne la partie de la zone de la convention *qui s'étend au-delà des régions dans lesquelles les Etats côtiers exercent leur juridiction en matière de pêche.*» (Les italiques sont de moi.)

Ce n'est nullement déformer la réserve canadienne que de la restituer dans son sens clair, accessible au lecteur qui peut ignorer la signification exacte de l'expression «zone de réglementation de l'OPAN[O]» et qui comprendrait certainement mieux l'objet de la réserve dont le champ d'application se situe «*en haute mer*». Ladite réserve a pour objet de signaler *urbi et orbi* que le Canada se reconnaît une compétence spéciale en haute mer. La Cour ne peut pas interpréter et accueillir cette réserve qui, sans qu'on ait besoin d'entrer au fond, montre *prima facie* qu'elle porte atteinte à un principe essentiel de droit international, comme elle interpréterait et accueillerait une réserve ordinaire. Il y a là un problème sur lequel la Cour ne peut pas faire l'impasse en s'en tenant à une interprétation toute extérieure, et superficielle, de la réserve. Il ne semble pas possible que la Cour se contente en ce cas d'une perception simplement *formelle* de la réserve en ignorant son contenu *matériel*, contenu qu'il n'est pas nécessaire de sonder au prix d'un examen de fond, tant il est clair que la réserve touche à un droit traditionnellement établi. C'est là tout le sel de cette passionnante affaire.

10. Sans entrer plus que permis dans le fond à ce stade de la compétence, on ne saurait ignorer les efforts canadiens déployés depuis plus d'une décennie pour se faire reconnaître, dans le cadre de son «droit préférentiel» d'Etat côtier, une compétence spéciale pour agir *en haute mer* par des mesures de conservation et de gestion des ressources halieutiques dans l'intérêt de l'ensemble de la communauté internationale. Mais par-delà le caractère estimable de l'objectif, il serait trop facile d'affirmer que «la question simple est: les mesures prises par le Canada et exécutées contre le navire espagnol *Estai* étaient-elles des mesures de gestion et de conservation? Si la réponse est affirmative, la Cour est incompétente» (CR 98/14, p. 51, par. 10). C'est en effet simplifier à l'excès la question que de vider la réserve de son seul et véritable contenu pour lequel le Canada se mobilise depuis tant d'années, à savoir le droit préférentiel qu'auraient des Etats côtiers à prendre des mesures de gestion et de conservation *en*

boarded some 245 miles off the Canadian coast. If in the Canadian reservation we simply substitute for the words “in the NAFO Regulatory Area” the expression “beyond Canada’s 200-mile exclusive economic zone”, then it immediately becomes clear that the Court is dealing here with a reservation of an *unusual*, not to say audacious, nature. Hence it became incumbent upon the Court to verify whether such a reservation could be accepted without difficulty under the optional clause system.

9. Article I (2) of the NAFO Convention contains a crystal-clear definition which leaves no doubt in this regard when it provides that:

“The area referred to in this Convention as ‘the Regulatory Area’ is that part of the Convention Area *which lies beyond the areas in which coastal States exercise fisheries jurisdiction.*” (Emphasis added.)

It is in no sense a distortion of the Canadian reservation to recast it in terms of its true meaning, making it accessible to the reader, who may not be aware of the precise significance of the expression “NAFO Regulatory Area” and will certainly be in a better position to understand the object of the reservation, whose field of application is “*the high seas*”. The object of the reservation is to signal *urbi et orbi* that Canada claims special jurisdiction over the high seas. The Court cannot interpret or accept this reservation in the same way as it would interpret or accept an ordinary reservation, since, without any need for a consideration of the merits, its terms *prima facie* disclose a violation of a basic principle of international law. This is an issue which the Court cannot simply ignore by restricting itself to an external and superficial interpretation of the reservation. It cannot be right for the Court to content itself in this case with a purely *formal* view of the reservation, disregarding its *material* content — a content which does not require an investigation involving examination of the merits, since it is abundantly clear that the reservation affects a traditionally established right. This is the real flavour of this fascinating case.

10. Without going further into the merits than is permissible at this jurisdictional stage, the Court is bound to take account of the efforts by Canada over more than a decade to obtain recognition, in the context of its “preferential right” as a coastal State, of its special jurisdiction to act *on the high seas* by means of measures for the conservation and management of fisheries stocks in the interests of the entire international community. But, however estimable this aim, it would be over-facile to hold that we must “answer a simple question: were the measures taken by Canada and enforced against the Spanish vessel *Estai*, conservation and management measures? If the answer is yes, the Court is without jurisdiction” (CR 98/14, p. 51, para. 10). It is over-simplifying the question to empty the reservation of its sole veritable substance, for which Canada has been campaigning for so many years, namely the purported preferential right of coastal States to take conservation and management meas-

*haute mer*². La portée exacte de la réserve canadienne, et par voie de conséquence l'exclusion ou non de la compétence de la Cour, *dépendent donc fondamentalement du problème de savoir ce que signifient les «mesures de gestion et de conservation» envisagées par cette réserve*. Selon que ces mesures doivent s'interpréter par référence au droit canadien, ou même tout simplement par rapport au sens commun de cette expression, ou au contraire par rapport au droit international du seul fait déjà qu'elles n'excluent pas une application en haute mer, qui toucherait le principe traditionnel de la liberté de cette zone, la réserve canadienne prend des couleurs tout à fait différentes. A ce stade, on voit déjà clairement qu'il n'est pas possible de se contenter d'affirmer que l'arraisonnement en haute mer d'un bateau de pêche étranger constitue simplement l'exécution de mesures de gestion et de conservation prises par le Canada et de conclure que cet incident est couvert par la réserve retirant toute compétence à la Cour, car ce serait se servir du paravent des «mesures de gestion et de conservation» interprétées artificiellement sans se préoccuper de ce qu'elles recouvrent comme atteinte à un principe bien établi du droit international.

11. La seule attitude correcte à tenir est donc d'interpréter et d'apprécier lesdites «mesures de conservation et de gestion» par référence au droit international. C'est dans le corpus du droit des gens qu'il convient de rechercher une définition desdites mesures. Et deux options, et deux seules, s'offrent alors au juge en cette phase de la procédure: ou bien à tout le moins déclarer qu'il ne trouve pas d'emblée une définition internationale bien établie de ces mesures et prête à son application à l'espèce et que dès lors il est obligé de toucher au fond de l'affaire en allant plus avant dans l'examen des faits de l'espèce et de leurs implications dans la pratique internationale des Etats, et cela devrait l'entraîner à déclarer que l'exception d'incompétence formulée par le Canada n'a pas un caractère exclusivement préliminaire, selon l'article 79, paragraphe 7, du Règlement de la Cour; ou bien au contraire déclarer qu'il dispose d'une définition internationale incontestée des mesures de gestion et de conservation, qui, appliquée à l'espèce, lui fait devoir d'interpréter la réserve canadienne comme invalide ou inopposable lorsqu'elle prétend couvrir des faits survenus en haute mer et donc comme impropre à faire barrage à la compétence de la Cour pour connaître du fond par la suite.

12. Sans m'arrêter sur tous les points qui me paraissent contestables dans le présent arrêt, notamment au sujet des implications théoriques et pratiques des méthodes d'interprétation retenues dans la présente espèce, ou à tout le moins sur la formulation que l'arrêt donne à nombre de ces

² Laurent Lucchini, «La loi canadienne du 12 mai 1994: la logique extrême de la théorie du droit préférentiel de l'Etat côtier en haute mer au titre des stocks chevauchants», *Annuaire français de droit international*, 1994, p. 864-875.

ures *in respect of the high seas*². The precise scope of the Canadian reservation, and hence the question whether or not the Court's jurisdiction is excluded, *thus depends basically on the issue of the meaning of the "conservation and management measures" contemplated by that reservation*. Depending on whether such measures fall to be interpreted by reference to Canadian law — or even simply by reference to the generally accepted meaning of that expression — or on the contrary on the basis of international law, given already that there is nothing to prevent them being applied on the high seas, impugning the traditional principle of the freedom of that area, the Canadian reservation takes on quite different aspects. At this stage it is already clear that the Court cannot just content itself with stating that the boarding on the high seas of a foreign fishing vessel merely represents the enforcement of conservation and management measures taken by Canada, and thus hold that that incident is covered by a reservation entirely depriving it of jurisdiction, for this would be to shelter behind the notion of "conservation and management measures", interpreted in an artificial manner, without any concern for what such measures involve in terms of the violation of a well-established principle of international law.

11. It follows that the only proper attitude is to interpret and evaluate those "conservation and management measures" by reference to international law. It is in the corpus of the law of nations that a definition of such measures must be sought. And two options, and two only, accordingly present themselves to the Court at this stage of the proceedings: either, at the very least, to state that it cannot readily find any well-established international definition of such measures applicable to the case before it, and is accordingly obliged to touch on the merits of the case by going further in its examination of the facts and of their implications in terms of the international practice of States, and in consequence to declare that Canada's objection to jurisdiction is not of an exclusively preliminary character within the meaning of Article 79, paragraph 7, of the Rules of Court; or, on the contrary, to declare that it does have available to it an undisputed international definition of conservation and management measures, which, applied to the facts of this case, obliges it to interpret the Canadian reservation as invalid or not opposable in so far as it purports to cover acts occurring on the high seas, and is accordingly not capable of constituting a bar to the Court's jurisdiction to proceed to an examination of the merits.

12. Without dealing with all the points which appear to me disputable in the Judgment — in particular the theoretical and practical implications of the methods of interpretation adopted therein, or at least the manner in which the Judgment formulates a number of these points (see in par-

² Laurent Lucchini, "La loi canadienne du 12 mai 1994: la logique extrême de la théorie du droit préférentiel de l'Etat côtier en haute mer au titre stocks chevauchants", *Annuaire français de droit international*, 1994, pp. 864-875.

points (voir en particulier les paragraphes 46 à 54 de l'arrêt), je me limiterai à relever trois questions importantes au sujet desquelles j'exprime, à mon vif regret, mon désaccord avec la majorité de la Cour :

- la question de l'objet du différend ;
- la question de la validité de la réserve canadienne ;
- la question de la définition des mesures de conservation et de gestion.

* * *

II. LA QUESTION DE L'OBJET DU DIFFÉREND

13. Ce qui fait la *singularité* de la présente affaire et du même coup son *grand intérêt* juridique, c'est le désaccord persistant entre l'Etat demandeur et l'Etat défendeur au sujet de l'objet même du différend, désaccord qui se prolonge aujourd'hui par un autre, tout aussi profond, entre la majorité de la Cour et la minorité sur le même point. C'est là une situation peu banale dans la jurisprudence de la Cour.

14. La détermination de l'objet du différend me paraît constituer une «*opération tripartite*» à laquelle doivent concourir d'abord l'Etat demandeur, ensuite l'Etat défendeur et enfin la Cour. Mais il faut s'empresseur d'ajouter que dans une telle opération, la répartition des rôles entre les acteurs respectifs est nécessairement inégale, ou plus exactement différente, le principe d'égalité n'ayant là rien à voir. Dans le procès international, la distribution des tâches prend nécessairement en compte la *qualité* de chacun des acteurs. Et c'est mettre en cause la qualité intrinsèque de «*demandeur*» de l'Espagne, celle tout aussi consubstantielle de «*défendeur*» du Canada, et enfin celle de «*juridiction*» et non de «*partie*» de la Cour, que de reconnaître à chacun d'eux un pouvoir égal dans la détermination de l'objet du différend.

15. Il tombe en effet sous le sens que, dans l'ordre juridictionnel, aussi bien interne qu'international d'ailleurs, c'est naturellement le demandeur qui possède l'initiative et qui définit — à ses risques judiciaires — l'objet du différend qu'il entend porter devant son juge. Il jouit à cet égard d'un droit procédural évident, qu'il tient de sa *qualité de demandeur*, de demander et d'obtenir de son juge un prononcé sur l'objet du différend qu'il lui a présenté et *sur celui-là seul*, à l'exception de tout autre (sauf évidemment survenance d'une procédure incidente quelconque). Le principe de l'égalité des parties est par nature complètement étranger à cette question car il ne saurait faire «*égaux*» ceux qui, procéduralement, sont «*différents*». Il ne pourrait faire du «*défendeur*» un «*demandeur bis*» qui disposerait d'un pouvoir concurrent pour recomposer l'objet du différend défini par le demandeur. De même qu'il ne pourrait transformer le juge en «*partie*» demanderesse — une troisième! — qui serait habilitée à écarter l'objet du différend précisé dans la requête, pour lui en substituer un tout autre.

ticular paragraphs 46 to 54 of the Judgment) — I shall restrict myself to raising three important questions on which, to my great regret, I find myself obliged to express my disagreement with the majority of the Court:

- the subject-matter of the dispute;
- the validity of the Canadian reservation;
- the definition of conservation and management measures.

* * *

II. THE SUBJECT-MATTER OF THE DISPUTE

13. What makes this case so unique and at the same time gives it its *great legal interest*, is the persistent disagreement between the applicant State and the respondent State with regard to the actual subject-matter of the dispute — a disagreement now extended by another, just as far-reaching, between the majority of the Court and the minority on the same point. This is hardly an everyday occurrence in the Court's jurisprudence.

14. Determination of the subject-matter of the dispute appears to me to be a "*tripartite operation*", involving first the applicant State, then the respondent State and finally the Court. But I would hasten to add that in this operation the distribution of roles among the various actors is necessarily unequal or, more precisely, different, since the principle of equality has no part to play here. In a case before the International Court the allocation of tasks is necessarily dependent upon the *status* of each of the actors. And to accord to each of them an equal say in the determination of the subject of the dispute is to call into question the intrinsic status of Spain as *Applicant*, the equally specific status of Canada as *Respondent*, and finally the status of the Court as *forum* rather than *party*.

15. For it stands to reason that within any judicial order, whether domestic or international, it is naturally the applicant who has the initiative and who defines — at his own judicial risk — the subject-matter of the dispute which he wishes to bring before the court. In this regard he enjoys a clear procedural right, deriving from his *status as applicant*, to seek and to obtain from the court a ruling on the subject of the dispute which he has submitted to it and *on that alone*, to the exclusion of all others (subject of course to any supervening incidental proceeding). The principle of the equality of the parties is by its nature completely irrelevant to this question, for it cannot render "equal" those who, procedurally, are "different". It cannot turn the "respondent" into a "*second applicant*", purportedly endowed with some concurrent power to reformulate the subject-matter of the dispute as defined by the applicant. Nor, by the same token, can it transform the court into an applicant "party" (a third one!), with the power to set aside the subject of the dispute as defined in the application and replace it with an entirely different one.

16. Dans le procès international, comme du reste dans un procès interne, l'Etat défendeur ne possède pas, de par sa qualité même de défendeur, un pouvoir d'intervention dans la définition de l'objet présentée par le demandeur. Il ne pourrait jouir de ce droit que *s'il change de qualité*, ce qui se produit dans deux hypothèses: d'une part lorsque l'instance est introduite, non pas comme ici par voie de requête, mais par un compromis, faisant ainsi des deux Etats, et l'un vis-à-vis de l'autre, des demandeurs et des défendeurs à la fois, et d'autre part lorsque dans une instance introduite par voie de requête comme ici, l'Etat défendeur introduit *une demande reconventionnelle*, ce qui n'est nullement le cas ici.

* * *

17. Or que s'est-il passé dans la présente affaire?

Je tâcherai d'éviter pour ma part d'alimenter encore la confusion sémantique qui s'est ajoutée à la grande complexité d'un problème qu'on croyait simple et je m'emploierai en particulier à éviter le mot «*demandes*» qui possède à mon avis une portée assez étroite, pour m'attacher à ce qui importe ici, à savoir le «*différend*», lequel a une portée plus large. Les «*demandes*» désignent en effet, me semble-t-il, des actes juridiques par lesquels une partie au procès émet des «*prétentions*» qu'elle cherche à faire admettre par le juge grâce à des arguments de fait ou de droit (les «*moyens*») qu'elle lui présente à l'appui de ces prétentions pour lui permettre de trancher le «*différend*».

18. Comment, *en tant que demandeur*, le plaignant a-t-il fait part ici à son juge de ce dont il se plaint. L'Espagne a clairement indiqué sur quel objet précis elle affronte le Canada devant la Cour. Tant dans ses écritures que dans ses plaidoiries, elle s'est plainte *invariablement* d'«une atteinte grave à un droit découlant de la souveraineté, tel que la juridiction exclusive sur les bateaux arborant son pavillon en haute mer» (CR 98/9, p. 20) et a fait valoir que l'objet du différend, qui constitue «le cœur du problème», est l'existence ou non d'un *titre juridique* du Canada pour agir en haute mer à l'encontre de bateaux battant pavillon d'un Etat étranger. Et dans ses conclusions finales, l'Espagne a bien rappelé avec insistance que «*l'objet du différend est le défaut de titre du Canada pour agir en haute mer à l'encontre des navires battant pavillon espagnol, l'inopposabilité à l'Espagne de la législation canadienne des pêches et la réparation des faits illicites perpétrés à l'égard des navires espagnols*» (les italiques sont de moi).

19. En indiquant, précisant et définissant l'objet de son différend, tant dans sa requête déjà, que dans son mémoire, ses plaidoiries et ses conclusions finales, l'Espagne avait satisfait aux exigences du Statut et du Règlement de la Cour. Par exemple, à aucun moment la Cour ne lui a reproché d'avoir méconnu les prescriptions de l'article 40 du Statut et de l'article 38, paragraphe 1, du Règlement, qui lui faisaient devoir, l'un et l'autre, d'indiquer et de préciser «l'objet du différend» au stade du dépôt de la requête déjà.

16. In international proceedings, as indeed in domestic litigation, the respondent State, by virtue of its very status as respondent, does not have a power to intervene in the definition of the subject as presented by the applicant. It could only have such a right if *it changed its status*, which can happen in two cases: first, where the proceedings are instituted not as in this case by an application, but by means of a special agreement, thus making each State simultaneously applicant and respondent, and secondly where, in proceedings instituted by an application as in this case, the respondent State lodges a *counter-claim*, of which there is no question here.

* * *

17. What then happened in this case?

I shall do my best to avoid compounding the semantic confusion which has rendered still more complex a problem thought to be simple, and I shall in particular endeavour to avoid using the word "*claims*", which in my view has a somewhat narrow scope, giving my preference to what I consider to be the more appropriate term here, namely the "*dispute*", which has a wider sense. Thus it appears to me that the word "*claims*" denotes legal acts whereby one party to the proceedings makes "*requests*", which it seeks to have upheld by the court by means of arguments of fact or law (the "*grounds*"), presented by it in support of those requests in order to enable the court to settle the "*dispute*".

18. How, *as Applicant*, did the complainant here indicate to the Court what it was complaining about? Spain clearly stated the precise matter over which it was bringing Canada before the Court. In both its written and its oral pleadings, it *consistently* complained of "a very serious infringement of a right deriving from its sovereign status, namely exclusive jurisdiction over vessels flying its flag on the high seas" (CR 98/9, p. 20), and stated that the subject of the dispute, which constituted "the crux of the case", was the issue of Canada's *legal title* to act on the high seas against vessels flying the flag of a foreign State. And in its final submissions Spain again emphasized that "*the subject-matter of the dispute is Canada's lack of title to act on the high seas against vessels flying the Spanish flag, the fact that Canadian fisheries legislation cannot be invoked against Spain, and reparation for the wrongful acts perpetrated against Spanish vessels*" (emphasis added).

19. In setting out in clear and precise terms the subject of its dispute, both from the outset in its Application, and then in its Memorial, oral argument and final submissions, Spain had satisfied the requirements of the Statute and the Rules of Court. Thus at no time was there any suggestion by the Court that Spain had failed to comply with the requirements of Article 40 of the Statute or of Article 38, paragraph 1, of the Rules of Court, both of which obliged it to state the precise nature of "the subject of the dispute" from the outset, when it filed its Application.

20. L'on notera au passage que c'est *ce même différend* qui a préoccupé non seulement l'Espagne, mais aussi l'ensemble de la Communauté européenne. Et il n'est pas sans intérêt d'observer que l'Espagne, dont l'inquiétude était au diapason de celle des autres Etats membres, tant de la Communauté européenne que de l'OPANO, avait déjà invoqué le même objet du différend et avait toujours posé le même problème dans les mêmes termes, en protestant vigoureusement contre la législation canadienne, cela avant même l'introduction quelque dix mois plus tard de sa requête devant la Cour, à la suite de l'arraisonnement de l'*Estai* et du harcèlement et du contrôle d'autres bateaux espagnols. *On ne saurait faire preuve de plus de constance*. Le même différend existait déjà avant l'incident. La querelle entre l'Espagne et le Canada sur la *jouissance* alléguée d'un «droit» en haute mer existait déjà et avait même pris un tour assez vif déjà, lorsqu'elle s'est dramatiquement concrétisée dix mois plus tard par l'*exercice* effectif d'un tel «droit» contre un bateau espagnol. Le «droit» allégué par le Canada d'agir en haute mer dans certaines conditions articulées dans sa nouvelle législation est resté le même. Il a fourni à l'Espagne l'occasion de le porter finalement devant la Cour. C'est là l'objet du différend, déclaré et même *ressassé* avec une rare persévérance par l'Espagne.

21. En bref, en l'espèce et pour l'Espagne *agissant en sa qualité de demandeur*, l'objet du différend est clairement constitué par la question du *titre juridique* à agir en haute mer, cela au regard des principes et règles de droit international qui proclament la liberté de cet espace («*moyens*» de droit) et qui, selon l'Espagne, ont été violés par le Canada («*arguments*» de fait), ce qui a amené l'Espagne à demander à la Cour de prononcer l'inopposabilité de la législation canadienne à l'Espagne et de prescrire le non-renouvellement des actes dénoncés et leur réparation adéquate («*demandes*» et «*prétentions*»).

* * *

22. C'est un objet du différend *tout autre* que le Canada, *agissant* pourtant en sa qualité d'*Etat défendeur*, a opposé à l'Espagne. Il a invoqué les questions d'exercice de la pêche et de conservation et de gestion des ressources halieutiques dans la zone OPANO et a soutenu en conséquence que c'est là l'objet du différend véritable et que celui-ci échappait à la compétence de la Cour par l'effet de l'existence de la réserve *d*) introduite par le Canada dans sa nouvelle déclaration notifiée le 10 mai 1994 (deux jours avant l'adoption du projet de loi C-29 modifiant la législation canadienne sur les pêches côtières). Il n'est pas sans intérêt de relever que la définition de l'objet du différend donnée par le Canada en l'espèce ne trouve pas de fondement «objectif» dans des conclusions au fond. L'Espagne en revanche a présenté quant à elle des conclusions au fond dans sa requête. La définition canadienne peut donc apparaître comme de «circonstance», en ce qu'elle vise à étayer sa thèse sur la compétence.

20. It should be noted in passing that *this same dispute* also involved not just Spain, but the entire European Community. And it is not without relevance to observe that Spain, whose concern was matched by that of the other member States, both of the European Community and of NAFO, had already raised the same subject of dispute, and consistently posed the same problem in the same terms, by protesting vigorously against the Canadian legislation, even before the filing of its Application with the Court some ten months later following the boarding of the *Estai* and the harassment and inspection of other Spanish vessels. *Spain could not have demonstrated greater consistency.* The same dispute was already in existence even before the incident. The conflict between Spain and Canada over the alleged *entitlement* to a “right” over the high seas was already in existence and had indeed become quite serious, before it dramatically came to a head ten months later as a result of the effective *exercise* of such a “right” against a Spanish vessel. Canada’s purported “right” to act on the high seas under certain conditions laid down in its new legislation remained the same. It had finally provided Spain with the opportunity to bring it before the Court. That was the subject of the dispute, declared and indeed *reiterated* with rare perseverance by Spain.

21. In sum, in this case, for Spain *acting in its capacity as Applicant*, the subject of the dispute was clearly constituted by the issue of the *legal title* to act on the high seas, in the light of the principles and rules of international law which uphold the freedom of the seas (“*grounds*” of law) and which Spain claims to have been violated by Canada (“*arguments*” of fact), as a result of which Spain has asked the Court to declare the Canadian legislation unopposable to it and to order that Canada refrain from any repetition of the acts complained of and make appropriate reparation for those acts (“*claims*” and “*requests*”).

* * *

22. It was an *altogether different* subject-matter that Canada — notwithstanding its status as *respondent State* — raised against Spain. It invoked issues of fishing and of the conservation and management of fisheries resources within the NAFO Regulatory Area, and consequently contended that this was the true subject of the dispute, and that it was excluded from the jurisdiction of the Court by virtue of reservation (*d*) inserted by Canada in its new declaration notified on 10 May 1994 (two days before the adoption of Bill C-29 amending the Coastal Fisheries Protection Act). It is worth noting that the definition of the subject of the dispute given by Canada in this case was not “objectively” substantiated in submissions on the merits. Spain, on the other hand, did present submissions on the merits in its Application. Canada’s definition may therefore appear to have been “tailored to suit the occasion”, inasmuch as it was intended to support the Canadian position concerning jurisdiction.

Le Canada estime ainsi que

«ce sont les mesures de gestion et de conservation adoptées par le Canada pour les navires espagnols pêchant dans la zone de réglementation de l'OPANO, et l'exécution de telles mesures, qui ont donné lieu à la présente affaire» (contre-mémoire du Canada, par. 229).

* * *

23. Nous sommes là en présence de deux objets du différend, parfaitement distincts, l'un avancé par la requête de l'Espagne, le seul qui, parce qu'il émanait du demandeur, devait être tranché par la Cour (bien entendu après «*traitement*» par elle, c'est-à-dire après qu'elle lui eut donné sa «*qualification juridique*»), l'autre soumis par le Canada qui n'aurait pu être retenu par la Cour que si le Canada avait introduit lui-même une demande reconventionnelle. Tel n'est pas le cas. *Tout au plus aurait-il fallu alors que la Cour focalise le procès sur l'objet véritable du différend tel que présenté et défini par l'Etat demandeur, tout en priant le Canada de cibler sa défense sur cet objet et non sur un autre, en permettant toutefois au Canada de faire valoir comme l'un de ses «moyens» de droit ce qu'il a présenté comme un «objet du différend».* La Cour aurait ainsi pu «*recentrer*» le procès avec plus de rectitude juridique. Rien de cela ne s'est produit en dépit des tentatives désespérées de l'Espagne qui rappelait tout simplement que pour elle *le différend se limitait à ce qui s'était passé en haute mer et que le reste, survenu en amont, ne concernait pas le différend proprement dit et n'intéressait en tout cas pas l'Espagne en sa qualité de demandeur, libre de soumettre à la Cour le différend qu'il veut, à ses risques judiciaires évidemment.*

24. Il existe bien sûr une connexité entre l'objet du différend, tel que dégagé par le demandeur aux fins du procès qu'il a intenté, mais qui n'a malheureusement pas eu lieu, et l'objet allégué comme véritable par le défendeur, mais qui a été, lui, tranché et vidé. Une telle connexité ne justifiait toutefois nullement la substitution par la Cour du second objet au premier du demandeur.

25. Et même si l'on venait à considérer, à la rigueur, que la législation canadienne, ensemble sa réglementation d'application, avait généré un *différend global*, et même si, dans cette perspective, on voulait bien considérer qu'un tel différend global comportait plusieurs aspects, ou se situait à plusieurs niveaux, on n'aurait pas dû méconnaître alors, comme la Cour, le droit d'un Etat demandeur à soumettre à celle-ci *un aspect seulement* de ce différend global en dépit de sa connexité avec d'autres aspects. C'est ainsi que dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, la Cour avait bien déclaré qu'«aucune disposition du Statut ou du Règlement ne lui interdit de se saisir d'un aspect d'un différend pour la seule raison que ce différend comporterait d'autres aspects».

Thus Canada stated that

“this case arose out of and concerns conservation and management measures taken by Canada with respect to Spanish vessels fishing in the NAFO Regulatory Area and the enforcement of such measures” (Counter-Memorial of Canada, para. 229).

* * *

23. We are faced here with two entirely different subjects of the dispute: one put forward in Spain's Application, and the only one which — because it emanated from the Applicant — the Court was required to settle (having, of course, first “processed” it, i.e., given the dispute its “legal characterization”); the other submitted by Canada, which the Court could not have entertained unless Canada had itself lodged a counter-claim. This was not the case. *The Court should therefore, at most, have focused the proceedings on the true subject of the dispute, as presented and defined by the applicant State, while asking Canada to concentrate its defence on this subject and no other, although at the same time allowing Canada to submit, as one of its “grounds” of law, what it had presented as a “subject of the dispute”.* In this way, the Court could have “adjusted the focus” of the proceedings while remaining on firm legal ground. None of this occurred, despite the desperate attempts by Spain, which simply reiterated its contention that *the dispute was confined to events on the high seas and that the other, prior, matters did not relate to the dispute stricto sensu and did not in any case concern Spain, which, in its capacity as Applicant, was free to refer to the Court the dispute of its choosing, albeit, obviously, at its own judicial risk.*

24. There is of course a connection between the subject-matter of the dispute, as defined by the Applicant for the purposes of the claim which it instituted, but which regrettably was not heard, and that alleged by the Respondent to be the true one, which the Court did indeed settle and dispose of. However, that connection in no way justified the substitution by the Court of the second subject for the first one as defined by the Applicant.

25. And even allowing, on an extreme view, that the Canadian legislation, together with its implementing regulations, had given rise to a *general dispute*, and that, on that basis, such a general dispute could be regarded as comprising a number of aspects or involving a number of levels, this was still no justification for refusing, as the Court did, to recognize an applicant State's right to refer to it *only one aspect* of that general dispute, despite its connection with other aspects. As the Court was at pains to point out in the case of the *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, “no provisions of the Statute or Rules contemplates that the Court should decline to take cognizance of one aspect of a dispute merely because that dispute had other aspects”.

26. Nonobstant tout cela, la Cour a considéré plus juridique de déplacer l'objet du différend beaucoup plus en direction de celui proposé par le Canada. L'arrêt me paraît avoir conféré à l'Etat défendeur et à la Cour des pouvoirs larges au point qu'ils dénaturent la physionomie de l'objet du différend de la requête. La détermination de l'objet du différend est certes, comme je l'ai déjà dit, une «opération tripartite», ou triangulaire, faisant intervenir, à *des degrés divers et avec des rôles et des pouvoirs différents*, d'abord le demandeur, ensuite le défendeur et enfin la Cour. L'Etat demandeur est libre de soumettre le différend qu'il veut, mais a le devoir statutaire de «préciser» et de «définir» son objet. Le décor est bien planté. La pièce qui se joue a été librement choisie par le demandeur. Le procès est ouvert, *dans les termes voulus* par le demandeur. L'Etat défendeur, quant à lui, a la faculté de couler ses «moyens» juridiques, *quels qu'ils soient*, dans le moule ainsi préparé. Il est cependant admis qu'il peut choisir en pratique une autre stratégie judiciaire et qu'il peut s'employer à échapper à la définition du différend donnée par l'Etat demandeur. Il invoquera alors des *moyens* et arguments qu'il reviendra à la Cour d'apprécier. Quant à celle-ci, il ne lui appartient nullement de modifier «le décor» et de changer l'objet du différend. Car elle en viendrait à juger une toute autre affaire que celle que lui avait soumise le demandeur. *Son rôle est de donner une qualification juridique appropriée à celles des demandes de l'Etat demandeur qui entrent parfaitement dans le cadre de l'objet du différend que cet Etat a défini dans sa requête*. Une telle opération ne signifie pas que la Cour dispose du pouvoir de modifier l'objet dont elle est saisie. Encore moins l'Etat défendeur peut-il proposer à la Cour un autre objet. Ce serait *changer d'affaire*.

* * *

27. C'est avec regret que je relève cette mutation, autorisée par la Cour. L'Etat défendeur a soutenu que l'objet du différend ne peut être que «les mesures de gestion et de conservation» qu'il a prises et pour l'exécution desquelles il a pris soin de se protéger par sa réserve. Et la Cour a suivi l'Etat défendeur, en s'exposant à voir le différend réel à elle soumis par l'Etat demandeur et portant sur sa juridiction exclusive et souveraine en haute mer sur les bateaux de son pavillon, se diluer de façon désolante pour lui au sein d'un différend, qui n'existe pas, sur la gestion et la conservation des pêcheries. Ainsi, pendant que l'Espagne clame sa souveraineté en haute mer sur ses navires, le Canada parle de mesures de conservation et de gestion. Pendant que l'Espagne invoque un «conflit de juridiction» sur la haute mer, le Canada lui oppose un «conflit de gestion et de conservation» de pêcheries.

28. Je voudrais faire un parallèle entre les deux situations. Il est suggestif. L'Espagne a prié la Cour de trancher un différend *surgi entre elle et le Canada, en 1995*, et portant sur la licéité et l'opposabilité à elle-

26. Notwithstanding all of this, the Court took the view that the proper course in law was to relocate the subject of the dispute so as to bring it far closer to that proposed by Canada. In my view the Judgment conferred upon the respondent State and the Court powers so wide as to distort the essential nature of the subject of the dispute as set out in the Application. Determination of the subject-matter of the dispute is admittedly, as I have already said, a “tripartite” or triangular operation, involving, *in various degrees and with different roles and powers*, first the Applicant, then the Respondent, and finally the Court. The applicant State is free to submit such dispute as it wishes to submit, but has a duty under the Statute to “specify” and “define” the subject-matter of that dispute. The scene is set. The play to be acted out has been freely chosen by the Applicant. The proceedings have been initiated, *on the terms desired* by the Applicant. The respondent State now has the option of casting its legal “grounds”, *whatever they be*, in the mould thus prepared for them. It is, however, well accepted that the Respondent may in practice opt for an alternative judicial strategy and may seek to escape the definition of the dispute given by the applicant State by invoking *grounds* and arguments, which it is for the Court to evaluate. But the Court can in no way modify the “decor” or change the subject-matter of the dispute. For, if it did so, it would be rendering judgment in a case altogether different from that brought before it by the Applicant. *The Court’s role is to give an appropriate legal characterization to those claims of the applicant State which properly come within the framework of the subject-matter of the dispute as that State has defined it in its Application.* This does not mean that the Court has the power to alter the subject-matter put before it. Still less can the respondent State propose a different subject-matter to the Court. That would be to *hear a different case.*

* * *

27. I find it regrettable that the Court allowed such a metamorphosis to occur. The Respondent argued that the only possible subject-matter of the dispute was “the conservation and management measures” taken by it, in respect of whose enforcement it had been at pains to protect itself through its reservation. And the Court accepted this, allowing the real dispute submitted to it by the applicant State, which concerned its exclusive and sovereign jurisdiction on the high seas over vessels flying its flag, to be subsumed — in desolating fashion for the Applicant — in a non-existent dispute about fisheries conservation and management. Thus, while Spain proclaims its sovereignty on the high seas over its vessels, Canada speaks of conservation and management measures. Whereas Spain invokes a “conflict of jurisdiction” on the high seas, Canada opposes to it a “conflict over fisheries conservation and management”.

28. There is a suggestive parallel to be drawn between these two situations. Spain asked the Court to settle a dispute *which had arisen between itself and Canada in 1995* concerning the legality and opposability to

même d'une législation interne canadienne qui, appliquée en haute mer, a affecté des bateaux battant son pavillon. La Cour, suivant en cela la prétention du Canada de modifier l'objet clair de ce différend, s'est résolue à trancher un différend, *qui de surcroît n'existe plus, surgi, lui, en 1994, entre le Canada et la Communauté européenne*. Au lieu du différend légitimement proposé à la compétence de la Cour par l'Etat demandeur et portant sur le respect des limites internationales de la juridiction nationale, la Cour s'est tournée vers la contemplation inattendue d'un différend sur les mesures de gestion et de conservation de la pêche. En bref, *l'Espagne a parlé de souveraineté de l'Etat, le Canada de gestion et de conservation de la pêche*.

* * *

29. Comme l'a si bien dit le juge Fitzmaurice dans son opinion individuelle jointe aux deux arrêts relatifs à la *Compétence en matière de pêcheries*,

«l'adoption concertée de mesures de conservation concernant la haute mer en vue de protéger des pêcheries communes dont l'exploitation est ouverte à tous est évidemment *tout autre chose* que la prétention émise unilatéralement par un Etat riverain d'interdire complètement la pêche aux navires étrangers, ou de ne l'autoriser qu'à son gré et sous son contrôle. La question de la conservation est donc sans rapport avec le problème juridictionnel dont la Cour est saisie et qui concerne sa compétence pour trancher un différend résultant de la prétention émise par l'Islande de proclamer unilatéralement sa juridiction exclusive, en matière de pêche, sur une zone s'étendant autour de ses côtes jusqu'à une distance de 50 milles marins.» (C.I.J. Recueil 1973, p. 26-27; les italiques sont de moi.) (N. B. : A cette époque-là, il n'existait pas de zone économique exclusive et la distance ici considérée nous place effectivement en «haute mer».)

30. Un espoir traverse cependant l'esprit à la lecture des paragraphes 34 et 35 de l'arrêt. On observe que la Cour accueille l'objet du différend tel qu'articulé par le demandeur :

«34. Le dépôt de la requête a été suscité par certaines actions spécifiques du Canada dont l'Espagne prétend qu'elles ont violé ses droits en vertu du droit international. Ces actions ont été prises sur le fondement de certains textes législatifs et réglementaires adoptés par le Canada, que l'Espagne estime contraires au droit international et inopposables à elle-même. C'est dans ce contexte qu'il faudrait considérer les textes législatifs et réglementaire du Canada.

35. Les actions spécifiques (voir paragraphe 34 ci-dessus) ayant donné naissance au présent différend sont les activités canadiennes en haute mer qui ont trait à la poursuite de l'*Estai*, aux moyens employés pour l'arraisonner, à l'arraisonnement lui-même, ainsi qu'à la saisie du navire et à l'arrestation de son capitaine en vertu de la législation

Spain of a Canadian internal enactment which, when implemented on the high seas, affected vessels flying its flag. The Court, won over by Canada's claim to alter the clear subject of the dispute, proceeded to settle a dispute — *one which moreover no longer exists, having arisen in 1994 between Canada and the European Community*. In place of the dispute properly submitted to it by the applicant State, which concerned respect for the international limits of national jurisdiction, the Court proceeded, in quite surprising fashion, to direct its attention to a dispute regarding measures for the conservation and management of fisheries. In short, *Spain talked of State sovereignty, Canada of fisheries conservation and management*.

* * *

29. As Judge Fitzmaurice so aptly put it in the separate opinion which he appended to the two *Fisheries Jurisdiction* Judgments,

“agreed measures of conservation *on the high seas* for the preservation of *common* fisheries in which all have a right to participate, is of course *a completely different matter* from a *unilateral* claim by a coastal State to prevent fishing by foreign vessels entirely, or to allow it only at the will and under the control of that State. *The question of conservation has therefore no relevance to the jurisdictional issue now before the Court, which involves its competence to adjudicate upon a dispute occasioned by Iceland's claim unilaterally to assert exclusive jurisdiction for fishery purposes up to a distance of 50 nautical miles from and around her coasts.*” (*I.C.J. Reports 1973*, pp. 26-27; emphasis added.) (N.B. At the time there was no exclusive economic zone and the distance referred to here actually takes us onto the “high seas”.)

30. A glimmer of hope nevertheless emerges on reading paragraphs 34 to 35 of the Judgment. We note that the Court accepts that the subject of the dispute is what the Applicant states it to be:

“34. The filing of the Application was occasioned by specific acts of Canada which Spain contends violated its rights under international law. These acts were carried out on the basis of certain enactments and regulations adopted by Canada, which Spain regards as contrary to international law and not opposable to it. It is in that context that the legislative enactments and regulations of Canada should be considered.

35. The specific acts (see paragraph 34 above) which gave rise to the present dispute are the Canadian activities on the high seas in relation to the pursuit of the *Estai*, the means used to accomplish its arrest and the fact of its arrest, and the detention of the vessel and arrest of its master, arising from Canada's amended Coastal Fisher-

canadienne sur les pêches côtières et de sa réglementation d'application telles que modifiées. Dans son essence, le différend entre les Parties porte sur la question de savoir si ces actions ont violé les droits que l'Espagne tient du droit international et s'ils exigent réparation. Il appartient maintenant à la Cour de décider si les Parties lui ont conféré une compétence pour connaître de ce différend.»

31. Mais l'espoir s'éteint vite. Il me paraît donc surprenant que, sous couleur de donner sa qualification juridique au différend à elle soumis par l'Etat demandeur, la Cour en soit venue à dépasser les limites de l'opération par laquelle elle a cherché à «préciser» l'objet de ce différend, au point de glisser vers un tout autre objet que celui dont elle était saisie, alors même que l'Espagne jouissait, en sa qualité d'Etat *souverain* et d'Etat *demandeur*, d'un droit procédural incontesté d'introduire, à ses risques judiciaires évidemment, tout objet du différend qu'il lui paraissait légitime de présenter et possédait un *intérêt juridique* inaliénable à demander et à obtenir un prononcé sur le différend spécifique dont elle avait parfaitement précisé l'objet. Une telle jurisprudence déplace de façon regrettable la perspective générale traditionnelle en ce qui concerne les rôles respectifs de l'Etat demandeur, de l'Etat défendeur et de la Cour.

* * *

32. Sur les rôles respectifs du demandeur et du défendeur, j'en ai assez dit plus haut. Reste à préciser davantage celui de la Cour. Selon l'arrêt, celle-ci aurait le pouvoir de «*définir elle-même, sur une base objective, le différend qui oppose les parties*» (par. 30). Je crains que cela ne soit pas tout à fait exact. Ce n'est pas en ajoutant l'expression «sur une base objective» qu'elle peut faire admettre ce pouvoir de «définition» qui a abouti ici à la substitution d'un différend à un autre. La Cour ne peut attribuer qu'une «*qualification juridique*» (et non pas une «définition») à l'objet. Dans l'hypothèse d'un acte survenu en haute mer, la Cour doit vérifier factuellement de quel acte il s'agit (ici l'«*arraisonnement*» d'un bateau de pêche), dans quelle zone il s'est produit («la haute mer»), par quel auteur («le Canada»). Ce sont là des faits. Après quoi, elle doit se demander si l'auteur de l'acte possède un *titre*, ou un *motif juridique*, à la base de son acte, pour pouvoir enfin se prononcer, en cette phase de compétence, sur la question de savoir si le titre ou le motif juridique invoqué est ou non couvert par la réserve *d)* du Canada.

* * *

33. Dans les affaires des *Essais nucléaires* (1974), la Cour a écarté certains arguments avancés par une partie comme élément de ses conclusions parce qu'elle les considérait «non pas comme des indications de ce que la partie lui demande de décider, mais comme des *motifs* invoqués

ies Protection Act and implementing regulations. The essence of the dispute between the Parties is whether these acts violated Spain's rights under international law and require reparation. The Court must now decide whether the Parties have conferred upon it jurisdiction in respect of that dispute."

31. But hope is rapidly extinguished. I thus find it astonishing that, on the pretext of placing a legal characterization on the dispute submitted to it by the applicant State, the Court so far overstepped the limits of the operation whereby it sought to "clarify" the subject of that dispute as to veer away towards a subject altogether different from that submitted to it, notwithstanding that Spain, as a *sovereign* State and as *applicant* State, had an uncontested procedural right — obviously at its own judicial risk — to seise the Court of whatever subject it considered legitimate, and an inalienable *interest at law* in seeking and obtaining judgment on the specific dispute whose subject it had indicated with perfect clarity. Such a decision represents a regrettable departure from the traditional general view of the respective roles of applicant State, respondent State and the Court.

* * *

32. I have already said enough about the respective roles of Applicant and Respondent. It remains to be more specific about that of the Court. According to the Judgment, the Court is empowered "*to determine on an objective basis the dispute dividing the parties*" (para. 30). I am afraid this is not altogether correct. Adding the words "on an objective basis" cannot lend acceptability to this power of "definition", whose result here has been to substitute one dispute for another. The Court can do no more than attribute a "*legal characterization*" (and not a "definition") to the subject of the dispute. Where an act takes place on the high seas, the Court must verify factually what that act is (in this case the "boarding" of a fishing vessel), in what area it took place ("the high seas"), and who the author is ("Canada"). Those are facts. After that, it has to ascertain whether the author of the act possesses a *title*, or *legal ground*, on which to base its act, in order finally, in this phase of the proceedings, to be in a position to rule on the question whether or not the title or legal ground invoked is covered by Canada's reservation (*d*).

* * *

33. In the *Nuclear Tests* cases (1974), the Court rejected certain arguments put forward by one party as part of its submissions because it considered them "not as indications of what the party was asking the Court to decide, but as *reasons* advanced why the Court should decide in the

pour qu'elle se prononce dans le sens désiré». A l'appui de sa décision, elle avait cité l'affaire des *Pêcheries* dans laquelle elle a dit de neuf des treize points que comportaient les conclusions du demandeur : «ce sont là des éléments qui, le cas échéant, pourraient fournir les *motifs* de l'arrêt et non en constituer l'*objet* (C.I.J. Recueil 1951, p. 126)» (C.I.J. Recueil 1974, p. 262; les italiques sont de moi).

La Cour en 1974 s'était reconnu légitimement le droit et même le devoir de «*circonscrire* le véritable problème en cause et (de) *préciser* l'objet de la demande» (par. 29; les italiques sont de moi), mais nullement, du moins selon l'intention ainsi déclarée, de procéder par elle-même à «*une formulation nouvelle de conclusions*». Dans le même paragraphe elle a nettement indiqué qu'elle ne se reconnaissait pas «le pouvoir de «*se substituer* [aux parties] pour en formuler de nouvelles», citant ainsi la jurisprudence de sa devancière (C.P.J.I. série A n° 7, p. 35).

34. La vigilance des juges était tellement en éveil que malgré les précautions ainsi prises par la majorité à l'époque, la minorité l'a sévèrement critiquée en ce domaine. Et l'on ne saurait circonscrire les devoirs de la Cour mieux que ne l'ont déjà fait les quatre juges dissidents Jiménez de Aréchaga, Dillard, Onyeama et sir Humphrey Waldock, dans leur opinion dissidente commune dans ces affaires des *Essais nucléaires*:

«11. Dans une affaire portée devant la Cour par requête les conclusions formelles des Parties définissent l'objet du différend, comme le reconnaît le paragraphe 24 de l'arrêt. Il faut donc considérer que ces conclusions correspondent aux objectifs que vise le demandeur en introduisant l'instance judiciaire.

La Cour a certes le droit d'interpréter les conclusions des Parties, mais rien ne l'autorise à les transformer radicalement. La Cour permanente s'est exprimée ainsi sur ce point : «Si elle peut interpréter les conclusions des Parties, elle ne saurait se substituer à celles-ci pour en formuler de nouvelles sur la base des seules thèses avancées et faits allégués.» (C.P.J.I. série A n° 7, p. 35, affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*.) Au paragraphe 29, l'arrêt voit là une limitation du pouvoir de la Cour d'interpréter les conclusions «quand la demande n'est pas formulée comme il convient parce que les conclusions des parties sont inadéquates». Si, toutefois, la Cour n'a pas le pouvoir de reformuler des conclusions inadéquates, elle ne saurait à fortiori reformuler des conclusions aussi claires et précises que dans la présente espèce.

12. Les affaires invoquées par l'arrêt en son paragraphe 29 pour écarter la première conclusion du demandeur en l'espèce ne justifient selon nous en aucune manière un traitement aussi sommaire de «la conclusion principale de la requête». Dans lesdites affaires les conclusions que la Cour n'a pas considérées comme des conclusions véritables étaient des développements précis qui avaient pour seul objet de motiver la décision sollicitée de la Cour dans la «vraie» conclusion finale. C'est ainsi que dans l'affaire des *Pêcheries* le demandeur

sense contended for by that party". In support of its decision, it cited the *Fisheries* case, in which it had said that nine of the thirteen points making up the Applicant's submissions "[were] elements which might furnish reasons in support of the Judgment, but cannot constitute the decision (*I.C.J. Reports 1951*, p. 126)" (*I.C.J. Reports 1974*, p. 262; emphasis added).

In 1974 the Court considered itself legitimately entitled — and indeed obliged — "to isolate the real issue in the case and to identify the object of the claim" (para. 29; emphasis added), but not, at least according to the intention there expressed, to proceed *proprio motu* to "the reformulation of submissions". In the same paragraph it made it clear, citing the case-law of its predecessor (*P.C.I.J., Series A, No. 7*, p. 35), that it had no power to "substitute itself for [the parties] and formulate new submissions".

34. So aroused was the judges' vigilance that, despite the majority's precautions in this regard, it was strongly criticized by the minority on this issue. There is no better way of defining the limits upon the Court's duties than that set out by Judges Jiménez de Aréchaga, Dillard, Onyeama and Sir Humphrey Waldock in their joint dissenting opinion in those *Nuclear Tests* cases:

"11. In a case brought to the Court by means of an application the formal submissions of the parties define the subject of the dispute, as is recognized in paragraph 24 of the Judgment. Those submissions must therefore be considered as indicating the objectives which are pursued by an applicant through the judicial proceedings.

While the Court is entitled to interpret the submissions of the parties, it is not authorized to introduce into them radical alterations. The Permanent Court said in this respect: '... though it can construe the submissions of the Parties, it cannot substitute itself for them and formulate new submissions simply on the basis of arguments and facts advanced' (*P.C.I.J., Series A, No. 7*, p. 35, case concerning *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*). The Judgment (para. 29) refers to this as a limitation on the power of the Court to interpret the submissions 'when the claim is not properly formulated because the submissions of the parties are inadequate'. If, however, the Court lacks the power to reformulate inadequate submissions, *a fortiori* it cannot reformulate submissions as clear and specific as those in this case.

12. In any event, the cases cited in paragraph 29 of the Judgment to justify the setting aside in the present instance of the Applicant's first submission do not, in our view, provide any warrant for such a summary disposal of the 'main prayer in the Application'. In those cases the submissions held by the Court not to be true submissions were specific propositions advanced merely to furnish reasons in support of the decision requested of the Court in the 'true' final submission. Thus, in the *Fisheries* case the Applicant had summarized

a résumé, sous forme de conclusions, toute une série de propositions juridiques, dont certaines n'étaient même pas contestées, pour amener logiquement ses véritables conclusions finales (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 121-123 et 126). Dans l'affaire des *Minquiers et des Ecréhous*, la «vraie» conclusion finale a été énoncée en premier et suivie de deux arguments juridiques qui visaient à fournir d'autres motifs pour que la Cour retienne cette conclusion (*C.I.J. Recueil 1953*, p. 52); dans l'affaire *Nottebohm* une conclusion concernant la naturalisation de Nottebohm au Liechtenstein n'a été considérée par la Cour que comme «une raison à l'appui d'une décision de la Cour en faveur du Liechtenstein» sur la «vraie question» de la recevabilité de la demande (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 16). Dans la présente espèce, comme nous l'avons dit, la situation est entièrement différente. La question fondamentale soumise à la décision de la Cour est celle du caractère licite ou illicite des expériences nucléaires françaises en atmosphère dans l'océan Pacifique Sud, et il nous paraît entièrement injustifié de traiter la demande de déclaration d'illicéité présentée par le requérant comme un simple motif à l'appui de l'interdiction de nouveaux essais qu'il sollicite également.

13. Conformément à ces principes de base, il aurait fallu déterminer la véritable nature de la demande australienne et des objectifs visés par le requérant en se fondant sur le sens clair et naturel du texte de sa conclusion formelle. Dans l'interprétation qu'elle en a donnée la Cour, selon nous, n'a pas vraiment interprété mais révisé le texte, et éliminé pour finir ce que le requérant avait appelé «la conclusion principale de la requête», c'est-à-dire la demande tendant à ce que les essais nucléaires atmosphériques dans l'océan Pacifique Sud soient déclarés illicites. Il est grave de modifier ou de mutiler radicalement la conclusion d'un plaideur, sous couleur d'interprétation, car on frustre ainsi son attente légitime que l'affaire dont il a saisi la Cour sera examinée et résolue...

14. Nous pensons que la Cour revise la conclusion du demandeur en faisant appel à d'autres éléments et notamment aux communications diplomatiques et déclarations faites au cours de la procédure. Ces éléments ne justifient cependant pas l'interprétation qu'en tire l'arrêt. Il est fait état des demandes réitérées de l'Australie tendant à obtenir de la France l'assurance qu'il serait mis fin aux essais. Ces demandes ne sauraient cependant avoir l'effet que l'arrêt leur attribue. Pendant qu'un procès se déroule, un demandeur peut prier son adversaire de l'assurer qu'il ne poursuivra pas l'activité contestée, mais on ne peut en conclure qu'une assurance sans réserve, à supposer qu'elle soit donnée, répondrait à tous les objectifs que visait le demandeur en entamant la procédure judiciaire; encore moins peut-on restreindre ou amender pour cette raison les prétentions formellement soumises à la Cour. D'après le Règlement, ce résultat ne pourrait être obtenu que si le demandeur donnait une indication pré-

in the form of submissions a whole series of legal propositions, some not even contested, merely as steps logically leading to its true final submissions (*I.C.J. Reports 1951*, pp. 121-123 and 126). In the *Minquiers and Ecrehos* case the 'true' final submission was stated first and two legal propositions were then adduced by way of furnishing alternative grounds on which the Court might uphold it (*I.C.J. Reports 1953*, at p. 52); and in the *Nottebohm* case a submission regarding the naturalization of Nottebohm in Liechtenstein was considered by the Court to be merely 'a reason advanced for a decision by the Court in favour of Liechtenstein' on the 'real issue' of the admissibility of the claim (*I.C.J. Reports 1955*, at p. 16). In the present case, as we have indicated, the situation is quite otherwise. The legality or illegality of the carrying out by France of atmospheric nuclear tests in the South Pacific Ocean is the basic issue submitted to the Court's decision, and it seems to us as wholly unjustifiable to treat the Applicant's request for a declaration of illegality merely as reasoning advanced in support of its request for an Order prohibiting further tests.

13. In accordance with these basic principles, the true nature of the Australian claim, and of the objectives sought by the Applicant ought to have been determined on the basis of the clear and natural meaning of the text of its formal submission. The interpretation of that submission made by the Court constitutes in our view not an interpretation but a revision of the text, which ends in eliminating what the Applicant stated is 'the main prayer in the Application', namely the request for a declaration of illegality of nuclear atmospheric tests in the South Pacific Ocean. A radical alteration or mutilation of an applicant's submission under the guise of interpretation has serious consequences because it constitutes a frustration of a party's legitimate expectations that the case which it has put before the Court will be examined and decided . . .

14. The Judgment revises, we think, the Applicant's submission by bringing in other materials such as diplomatic communications and statements made in the course of the hearings. These materials do not justify, however, the interpretation arrived at in the Judgment. They refer to requests made repeatedly by the Applicant for an assurance from France as to the cessation of tests. But these requests for an assurance cannot have the effect attributed to them by the Judgment. While litigation is in progress an applicant may address requests to a respondent to give an assurance that it will not pursue the contested activity, but such requests cannot by themselves support the inference that an unqualified assurance, if received, would satisfy *all* the objectives the applicant is seeking through the judicial proceedings; still less can they restrict or amend the claims formally submitted to the Court. According to the Rules of Court, this can only result from a clear indication by the applicant to that

cise dans ce sens en retirant l'affaire, en modifiant ses conclusions ou par toute autre action équivalente. Ce n'est pas pour rien que les conclusions doivent être présentées par écrit et porter la signature de l'agent. Il est donc illogique d'interpréter les demandes d'assurances comme une renonciation, une modification ou un retrait tacite de la requête dont la Cour reste saisie et qui vise à faire déclarer judiciairement que les essais atmosphériques sont illicites. Et puisque l'arrêt attribue au demandeur des intentions et des renonciations implicites, la Cour aurait dû pour le moins lui donner la possibilité d'expliquer ses desseins et objectifs véritables, au lieu d'entreprendre de les déterminer *inaudita parte*.» (C.I.J. Recueil 1974, p. 316-317.)

35. En se fondant dans la présente espèce sur les affaires de 1974 relatives aux *Essais nucléaires* français, la Cour me paraît d'ailleurs avoir invoqué un précédent impropre à justifier le pouvoir reconnu ici au Canada, Etat défendeur, puisque la France, Etat défendeur aussi en 1974, n'avait pas comparu et n'avait donc pas fait valoir une définition de l'objet du différend autre que celle du demandeur.

* * *

36. Dans la présente espèce, la Cour s'est fondée sur une jurisprudence qui, ou bien ne paraît pas parfaitement pertinente, ou bien semble avoir été interprétée de façon inexacte. A cet égard je voudrais citer tout d'abord l'affaire de la *Société commerciale de Belgique* dans un passage qui me paraît particulièrement approprié et qui a été repris par la Cour dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*:

«Il y a lieu d'observer que la faculté laissée aux parties de modifier leurs conclusions jusqu'à la fin de la procédure orale doit être comprise d'une manière raisonnable et sans porter atteinte à l'article 40 du Statut et à l'article 38, alinéa 2, du Règlement, qui disposent que la requête doit indiquer l'objet du différend ... il est évident que la Cour ne saurait admettre, en principe, qu'un différend porté devant elle par requête puisse être transformé, par voie de modifications apportées aux conclusions, en un autre différend dont le caractère ne serait pas le même. Une semblable pratique serait de nature à porter préjudice aux Etats tiers qui, conformément à l'article 40, alinéa 2, du Statut, doivent recevoir communication de toute requête afin qu'ils puissent se prévaloir du droit d'intervention prévu par les articles 62 et 63 du Statut.» (C.P.J.I. série A/B n° 78, p. 173; cf. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, C.I.J. Recueil 1984, p. 427, par. 80.)

On aura observé que cette jurisprudence fort précautionneuse *limite même le pouvoir de l'Etat demandeur*, pour éviter de porter préjudice aux

effect, through a withdrawal of the case, a modification of its submissions or an equivalent action. It is not for nothing that the submissions are required to be presented in writing and bear the signature of the agent. It is a *non sequitur*, therefore, to interpret such requests for an assurance as constituting an implied renunciation, a modification or a withdrawal of the claim which is still maintained before the Court, asking for a judicial declaration of illegality of atmospheric tests. At the very least, since the Judgment attributes intentions and implied waivers to the Applicant, that Party should have been given an opportunity to explain its real intentions and objectives, instead of proceeding to such a determination *inaudita parte*." (*I.C.J. Reports 1974*, pp. 316-317.)

35. In relying in the present case on the 1974 French *Nuclear Tests* cases, the Court seems to me, moreover, to have invoked a precedent which is not apt to justify the faculty here accorded to Canada, the respondent State, since France — the respondent State in 1974 — having failed to appear, did not put forward any argument for a definition of the subject of the dispute different from that formulated by the Applicant.

* * *

36. In the present case, the Court has relied on jurisprudence which seems either not fully relevant, or to have been interpreted incorrectly. In this respect I would first cite what I think is a particularly appropriate passage from the *Société Commerciale de Belgique* case, which was itself cited by the Court in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*:

"It is to be observed that the liberty accorded to the parties to amend their submissions up to the end of the oral proceedings must be construed reasonably and without infringing the terms of Article 40 of the Statute and Article 32, paragraph 2, of the Rules which provide that the Application must indicate the subject of the dispute . . . it is clear that the Court cannot, in principle, allow a dispute brought before it by application to be transformed by amendments in the submissions into another dispute which is different in character. A practice of this kind would be calculated to prejudice the interests of third States to which, under Article 40, paragraph 2, of the Statute, all applications must be communicated in order that they may be in a position to avail themselves of the right of intervention provided for in Articles 62 and 63 of the Statute." (*P.C.I.J., Series A/B*, No. 78, p. 173; see *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility*, *I.C.J. Reports 1984*, p. 427, para. 80.)

It will be evident that this highly cautious piece of jurisprudence *limits even the power of the applicant State*, the reason being to avoid prejudice

Etats tiers susceptibles de se prévaloir d'un droit d'intervention à l'instance.

37. Une telle jurisprudence a été encore appliquée par la Cour, avec la même souci de prudence, en l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*:

«Le paragraphe 1 de l'article 40 du Statut de la Cour stipule que l'«objet du différend» doit être indiqué dans la requête, et le paragraphe 2 de l'article 38 du Règlement de la Cour requiert que la «nature précise de la demande» soit indiquée dans la requête. Ces dispositions sont tellement essentielles au regard de la sécurité juridique et de la bonne administration de la justice qu'elles figureraient déjà, en substance, dans le texte du Statut de la Cour permanente de Justice internationale adopté en 1920 (art. 40, premier alinéa) et dans le texte du premier Règlement de cette Cour adopté en 1922 (art. 35, deuxième alinéa), respectivement. La Cour permanente a, à plusieurs reprises, eu l'occasion de préciser la portée de ces textes. Ainsi, dans son ordonnance du 4 février 1933, rendue en l'affaire relative à l'*Administration du prince von Pless (exception préliminaire)*, elle a affirmé

«qu'aux termes de l'article 40 du Statut, c'est la requête qui indique l'objet du différend; que le mémoire, tout en pouvant éclaircir les termes de la requête, ne peut pas dépasser les limites de la demande qu'elle contient...» (*C.P.J.I. série A/B n° 52*, p. 14.)» (*Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, p. 266-267, par. 69.)

Il me paraît évident que cette vigilance de la Cour qui cantonne l'Etat demandeur lui-même dans la détermination précise de l'objet du différend qu'il lui soumet, se recommande encore plus à l'égard de l'Etat défendeur et enfin vis-à-vis de la Cour elle-même, car non seulement elle permet d'éviter de frustrer d'éventuels Etats tiers de leur droit d'intervention, mais encore, ce qui est plus décisif, elle permet à la Cour de se prononcer correctement sur sa compétence au vu de l'objet défini par le demandeur et non pas en contemplation d'un tout autre objet, dégagé ultérieurement par le demandeur ou par qui que ce soit d'autre.

38. En tout cas, il me paraît avisé de s'interdire de placer l'Etat défendeur exactement sur le même plan que l'Etat demandeur lui-même, s'agissant de la définition de l'objet du différend. Outre la violation des règles procédurales, ce serait la négation de la possibilité qu'offre le Statut d'introduire unilatéralement une instance par voie de requête que de reconnaître à l'Etat défendeur aussi un pouvoir identique de détermination de l'objet du différend, ce qui aboutirait à croire que le Statut et le Règlement de la Cour n'ouvrent aux parties que la voie du compromis pour introduire l'instance. Mais ce qui s'est produit dans la présente espèce me semble encore plus préoccupant dans la mesure où la Cour, par son raisonnement, a été entraînée *volens nolens* à placer cet Etat

to third States which might wish to avail themselves of their right to intervene in the proceedings.

37. Jurisprudence of a similar kind was again applied by the Court, and *with a similarly cautious approach*, in the case concerning *Certain Phosphate Lands in Nauru*:

“Article 40, paragraph 1, of the Statute of the Court provides that the ‘subject of the dispute’ must be indicated in the Application; and Article 38, paragraph 2, of the Rules of Court requires ‘the precise nature of the claim’ to be specified in the Application. These provisions are so essential from the point of view of legal security and the good administration of justice that they were already, in substance, part of the text of the Statute of the Permanent Court of International Justice, adopted in 1920 (Art. 40, first paragraph), and of the text of the first Rules of that Court, adopted in 1922 (Art. 35, second paragraph), respectively. On several occasions the Permanent Court had to indicate the precise significance of these texts. Thus, in its Order of 4 February 1933 in the case concerning the *Prince von Pless Administration (Preliminary Objection)*, it stated that:

‘under Article 40 of the Statute, it is the Application which sets out the subject of the dispute, and the Case, though it may elucidate the terms of the Application, must not go beyond the limits of the claim as set out therein . . .’ (*P.C.I.J., Series A/B, No. 52, p. 14.*)” (*Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992, pp. 266-267, para. 69.*)

Obviously, such vigilance on the part of the Court, in requiring even the applicant State to remain within the specific confines of the subject of the dispute submitted by it to the Court, is all the more appropriate in relation to the respondent State and indeed to the Court itself, since not only does it preclude the possibility of third States being deprived of their right of intervention, but also — more crucially — it enables the Court properly to adjudicate on its jurisdiction in light of the subject as defined by the Applicant, and not of some other subject adduced subsequently by the Applicant or by anyone else.

38. It would seem to me prudent in any event to preclude any notion of placing the Respondent on a precisely equal footing with the Applicant in relation to the definition of the subject of the dispute. Quite apart from the infringement of procedural requirements, to allow the Respondent an identical power in the determination of the subject of the dispute would be to deny the possibility under the Statute of instituting proceedings unilaterally by way of application, thus engendering the belief that the Statute and the Rules of Court allowed parties no means of instituting proceedings otherwise than by special agreement. However, what has occurred in the present case strikes me as even more disturbing, inasmuch as the Court’s reasoning has led it willy-nilly to place the Respondent not

défendeur non pas seulement sur le même plan que l'Etat demandeur, mais même au-dessus de celui-ci, en le laissant «définir» en ses lieu et place l'objet du différend qu'il a soumis à la Cour.

* * *

39. Quant à l'affaire du *Droit de passage en territoire indien* également citée dans le présent arrêt, il faudrait quand même bien observer que cette affaire-là *concernait le fond* et vidait une controverse relative à une condition *ratione temporis* figurant dans la déclaration par laquelle l'Inde avait souscrit à la clause facultative, condition dont l'examen final avait été renvoyé, dans la phase préliminaire, au fond de l'affaire. La décision sur cette condition avait ainsi été jointe au fond parce qu'elle ne revêtait pas un caractère exclusivement préliminaire, *au vu de l'objet du différend, tel qu'établi par le Portugal, Etat demandeur*. La situation aujourd'hui est toute autre, ni le Canada ni l'Espagne n'ayant présenté à la Cour de mémoire sur le fond. Et bien d'autres différences de nature existent entre les deux affaires au point de rendre artificielle toute comparaison. L'Espagne n'a pas modifié l'objet du différend depuis l'introduction de sa requête. Le Canada ne s'est pas obligé, ni en s'adressant directement à l'Espagne, ni en faisant une déclaration unilatérale comme la France en 1974, à ne plus appliquer à l'avenir sa législation interne à des bateaux en haute mer. L'objet du différend tel que précisé dans la requête de l'Espagne a été maintenu, sans qu'aucun élément nouveau ne se soit produit de quelque côté que ce soit. C'était donc par rapport à cet objet exclusivement que la Cour devait trancher la question de sa compétence.

40. En outre, si l'on se tourne vers l'affaire de la *Délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, mentionnée au paragraphe 31 de l'arrêt, on pourra aisément constater que, là encore, la situation n'était nullement comparable à celle de la présente espèce. Ainsi que la Cour l'a bien relevé dans son arrêt du 1^{er} juillet 1994 (*C.I.J. Recueil 1994*, p. 123-125, par. 33-38), il existait déjà un texte — dit «formule bahreïnite» — *qui décrivait l'ensemble du différend* que les parties s'étaient engagées à soumettre à la Cour. Qatar, à la diligence duquel la Cour fut saisie, n'ayant présenté dans sa requête que ses propres demandes, il convenait encore que la Cour fût saisie effectivement de *l'ensemble* du différend. Il n'avait été aucunement question dans la démarche de la Cour que celle-ci remodelât un «objet du différend» que les parties avaient déjà bien circonscrit *dans un commun accord*, alors qu'en la présente espèce la Cour se livre à un tel exercice sous couvert de «détermine[r] *elle-même* quel est le véritable différend porté devant elle» (par. 31; les italiques sont de moi). En bref, dans l'affaire *Qatar c. Bahreïn*, la Cour a simplement veillé au respect de l'intégrité de l'objet du différend convenu entre les parties. La présente espèce n'a strictement *aucun* rapport avec cette affaire-là.

* * *

merely on an equal footing with the Applicant but indeed above it, permitting the former to substitute itself for the latter in “defining” the subject of the dispute submitted to the Court by the applicant State.

* * *

39. As regards the *Right of Passage over Indian Territory* case, also cited in the Judgment, one should of course bear in mind that this was a case *on the merits*, settling a dispute concerning a condition *ratione temporis* in India’s declaration of acceptance of the optional clause — a condition which in the preliminary phase had been referred for final consideration to the merits stage. A decision on that condition had thus been joined to the merits because, *in the light of the subject-matter of the dispute, as established by Portugal, the applicant State*, it was not exclusively preliminary in character. The situation today is quite different, since neither Canada nor Spain has submitted a memorial to the Court on the merits. And the two cases differ in many other respects, to the point at which any comparison becomes artificial. Spain has not altered the subject of the dispute since it filed its Application. Canada has not undertaken, either directly to Spain, or by making a unilateral declaration as France did in 1974, to cease in future applying its domestic legislation to vessels on the high seas. The subject of the dispute as set out in the Spanish Application has remained as it was and no further element whatsoever has emerged on either side. The Court should therefore have decided the question of its jurisdiction in the light of that subject and none other.

40. Turning now to the case concerning *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, mentioned in paragraph 31 of the Judgment, it is not difficult to see that here too the situation was in no way comparable with that of the present case. As the Court made it perfectly clear in its Judgment of 1 July 1994 (*I.C.J. Reports 1994*, pp. 123-125, paras. 33-38), there was already a text — called the “Bahraini formula” — *which described the whole of the dispute* which the parties had agreed to bring before the Court. Since the Application by Qatar, at whose instance the Court was seised, contained only its own claims, the Court had still to be seised effectively of the *whole* of the dispute. There was no question in the Court’s approach of its remodelling a “subject of the dispute”, which had already been clearly demarcated by the parties *in a joint agreement*; yet that is what the Court is doing in the present case, under pretext of “*itself* determin[ing] the real dispute that has been submitted to it” (para. 31; emphasis added). In short, in the *Qatar v. Bahrain* case, the Court simply ensured that the subject of the dispute, as agreed between the parties, was respected in its entirety. The present case bears absolutely *no* relationship with the *Qatar v. Bahrain* case.

* * *

41. Enfin, dans le cadre de «la compétence de sa compétence» prévue à l'article 36, paragraphe 6 du Statut, c'est-à-dire dans les limites de son pouvoir souverain d'appréciation de sa propre compétence, la Cour doit, comme je l'ai déjà souligné, interpréter l'objet du différend mais nullement le modifier, comme l'avait fait le défendeur. Sur ce chapitre-là, la jurisprudence de sa devancière était prudente à souhait. La Cour permanente de Justice internationale ne s'est reconnue le pouvoir ni de modifier, ni même seulement de «*corriger*» l'objet du différend lorsque l'Etat demandeur l'avait libellé de manière inadéquate. Elle se bornait alors à le prier de corriger lui-même cet objet et, faute pour lui d'y procéder, elle s'interdisait tout simplement de se prononcer sur la demande. C'est ce que l'on constate dans l'affaire de *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (fond, C.P.J.I. série A n° 7, p. 34-35).

* * *

III. LA QUESTION DE LA VALIDITÉ DE LA RÉSERVE CANADIENNE

42. Il serait absurde de mettre en doute, si peu que ce soit, le pouvoir souverain de l'Etat de maintenir ou de modifier, en la limitant ou en l'élargissant, une déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour, ou encore de la retirer à son gré, le tout bien évidemment dans le respect de la procédure (et notamment des préavis éventuels) qu'il a librement établie dans sa déclaration même. La doctrine et la jurisprudence sont sans faille dans leur unanimité. Sir Arnold McNair avait écrit : «Un Etat ayant loisir de faire une déclaration ou de s'en abstenir, est en droit, dans l'affirmative, de *limiter la portée* de sa déclaration en quelque façon qu'il lui plaira» (cité par le contre-mémoire du Canada, p. 26, par. 50; les italiques sont de moi). La formule adoptée par le Canada au paragraphe 3 de sa dernière déclaration de 1994 exprime d'ailleurs bien le droit incontesté de l'Etat «de compléter, modifier ou retirer à tout moment l'une quelconque des réserves formulées ... ou toutes autres qu'il pourrait formuler par la suite» et, peut-on ajouter, d'en faire autant pour toute déclaration souscrite.

43. La faculté laissée à l'Etat d'assortir sa déclaration de toute réserve ou de toute condition doit cependant s'exercer dans le respect du Statut et du Règlement de la Cour, de la Charte des Nations Unies, et plus généralement encore du droit international et de ce que je me hasarderais à appeler l'«*ordre public international*». De même que les actes de l'Etat, et plus généralement la conduite de l'Etat, dans quelque domaine que ce soit des relations internationales, doivent être conformes aux normes juridiques internationales en vigueur, de même l'émission d'une réserve, qui n'est autre qu'un élément de cette conduite, doit aussi leur être conforme.

44. En conséquence,

— je ne vois pas pourquoi la Cour devrait hésiter écarter, ou déclarer

41. Lastly, as regards the Court's power to determine its own jurisdiction under Article 36, paragraph 6, of the Statute, that is to say, within the limits of its sovereign discretion in relation to its own jurisdiction, it must, as I have already pointed out, interpret the subject of the dispute, but without in any way changing it, as the Respondent did. On this point, the jurisprudence of the present Court's predecessor demonstrates admirable caution. The Permanent Court of International Justice did not permit itself either to alter, or even merely to "correct", the subject of the dispute where the applicant State had formulated it inadequately, but merely asked the Applicant itself to correct the subject of the dispute; on its failing to do so, the Court simply refrained from determining the claim. This is what occurred in the case concerning *Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Jurisdiction (P.C.I.J., Series A, No. 7, pp. 34-35)*.

* * *

III. THE VALIDITY OF THE CANADIAN RESERVATION

42. It would be absurd to cast doubt, in any degree, on the sovereign power of a State to maintain or amend, whether by restricting or by extending it, a declaration of acceptance of the Court's jurisdiction, or to withdraw it altogether whenever it wishes — always subject, of course, to compliance with the procedure (and in particular any prior notice) established by that State itself in its declaration. Doctrine and jurisprudence are unanimous on this point. As Sir Arnold McNair wrote: "A state, being free either 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" (quoted in the Counter-Memorial of Canada, p. 24, para. 50; emphasis added). The language used by Canada in paragraph 3 of its most recent declaration of 1994 clearly expresses, moreover, the undisputed right of a State "to . . . at any time . . . add to, amend, or withdraw any of the foregoing reservations, or any that may hereafter be added" and, one might add, to do likewise in respect of any declaration it has made.

43. However, a State's freedom to attach reservations or conditions to its declaration must be exercised in conformity with the Statute and Rules of Court, with the Charter of the United Nations, and more generally with international law and with what I may venture to call "*l'ordre public international*". Just as the acts of a State, and more generally its conduct, in whatever area of international relations, must conform to existing international legal norms, so the formulation of a reservation, which is no more than one element of such conduct, must also comply with these norms.

44. Accordingly,

— I do not see why the Court should hesitate to reject, or to declare

irrecevable, ou non opposable, ou même invalide ou nulle, une réserve qui aurait pour objet ou pour effet d'annihiler ou de dénaturer une ou plusieurs dispositions statutaires ou réglementaires qui régissent le procès international et d'établir une sorte de procédure judiciaire *ad hoc* à la convenance et au profit du seul auteur de ladite réserve;

- je ne vois pas pourquoi la Cour devrait hésiter déclarer nulle et invalide *ab initio* toute réserve qui l'empêcherait de connaître d'un génocide, de l'esclavage, de la piraterie, ou de tout crime international;
- je ne vois pas pourquoi la Cour se permettrait d'accueillir toute réserve dite « automatique », dont la formulation serait telle que l'Etat qui l'a émise serait le seul à pouvoir décider qu'une conduite qu'il a tenue, ou qu'un acte qu'il a commis, entre ou non dans le cadre de sa réserve, privant ainsi la Cour de « la compétence de sa compétence » telle que prévue par l'article 36, paragraphe 6, de son Statut;
- je ne vois pas pourquoi la Cour accepterait de prendre en compte une réserve qui, sous couleur d'établir des limites spécifiques à la compétence de la Cour, apparaîtrait en fin de compte comme incompatible avec le respect de l'intégrité de la déclaration dans son ensemble, car si le droit international pose incontestablement la liberté du consentement et si la déclaration pose la reconnaissance de la compétence de la Cour, il faut aussi que la réserve faite dans ce cadre respecte la cohérence et l'intégrité du « système » de la clause facultative.

* * *

45. Dans ce « système » de la clause facultative, tel que son ordonnement apparaît dans ce « *corpus juridique international* » qui n'est ni un total désordre, ni un « *bric-à-brac* » dérisoire (Jean Combacau) et qui s'appelle « *droit international* », la liberté de l'Etat est immense, mais ne peut se concevoir sans aucune limite. Toute personne est libre d'adhérer à un club ou de ne pas le faire, mais si elle consent à y entrer, elle est tenue d'accepter les « règles du jeu » qui régissent l'activité de ce club.

46. En adhérant par sa déclaration au « système » de la clause facultative, l'Etat se positionne librement dans un réseau de droits et d'obligations particuliers. Il est parfaitement clair que sa déclaration n'est pas dépourvue de toute implication sur l'étendue de ses droits et obligations. A cet égard il est évident que l'Etat déclarant dispose, vis-à-vis de la Cour, destinataire de sa déclaration, et à l'égard des autres Etats déclarants, d'une liberté moindre qu'un Etat qui n'a pas accepté la juridiction de la Cour. *En bref, il a des devoirs à l'égard du « système » de la clause, de ses acteurs, actuels ou potentiels, comme aussi vis-à-vis du destinataire final de la clause qu'est la juridiction internationale.* Il n'a pas le droit de faire imploser ce « système », envers lequel il a désormais des devoirs, contrepartie des droits qu'il en retire. Se retirer du système reste pour lui une possibilité pleinement ouverte, mais le dénaturer, le pervertir ou en

inadmissible, or not opposable, or even invalid or null and void, a reservation the purpose or effect of which is to nullify or distort one or more of the provisions of the Statute or Rules of Court which govern international judicial proceedings, and to establish some sort of *ad hoc* judicial procedure suiting or benefiting the author of the reservation alone;

- I do not see why the Court should hesitate to declare null and void and invalid *ab initio* any reservation that prevents it from hearing proceedings concerning genocide, slavery, piracy, or any other international crime;
- I do not see why the Court should accept any “automatic” reservation so formulated that only the State making it is empowered to decide whether or not its conduct, or an act done by it, is covered by that reservation, thus depriving the Court of the “power to determine its own jurisdiction” provided for by Article 36, paragraph 6, of its Statute;
- I do not see why the Court should allow itself to consider a reservation which, while appearing to set specific limits to the Court’s jurisdiction, is in the final analysis incompatible with respect for the integrity of the declaration as a whole, since, while international law undeniably confers freedom of consent and the declaration implies recognition of the Court’s jurisdiction, a reservation made within this framework must also respect the consistency and the integrity of the optional clause “system”.

* * *

45. Under the optional clause “system”, as currently structured within the framework of the “*international legal corpus*” — that is to say, neither total chaos nor an absurd “*bric-a-brac*” (Jean Combacau) — which we call “*international law*”, a State’s freedom is immense, but cannot be regarded as boundless. Anyone is free to join a club or not, but he who does so must accept the rules governing the club’s activities.

46. In joining the optional clause “system” through its declaration, a State enters freely into a network of specific rights and obligations. It is perfectly clear that its declaration is not totally devoid of implications for the scope of its rights and obligations. In this respect the declarant State will obviously enjoy vis-à-vis the Court — to which the declaration is addressed — and as regards the other declarant States less freedom than a State which has not accepted the Court’s jurisdiction. *In short, it has obligations vis-à-vis the clause “system” — those currently or potentially participating in it — and also to the party to whom that clause is ultimately addressed, namely the International Court.* It is not entitled to provoke the implosion of a “system” to which it now owes duties, the counterpart of which are the rights it derives from it. The possibility of withdrawing from the system remains fully open to it, but what is not

compromettre l'existence ou le fonctionnement, tout en y restant, n'est guère acceptable.

* * *

47. Dans le cas d'espèce, on ne peut se départir d'un certain inconfort. Il s'agit des événements qui se sont déroulés pendant une période spéciale de deux jours, celle des 10 et 12 mai 1994, au cours de laquelle presque simultanément le Canada a formulé sa réserve et verrouillé ainsi toute réaction juridictionnelle, déposé au Parlement un projet de loi et fait adopter celui-ci. Il y a tout lieu de penser que, ce faisant, le Canada a voulu se prémunir contre tout recours judiciaire, aux fins d'adopter en toute licence une certaine conduite, sur la légalité de laquelle il éprouvait quelques doutes. Il n'est même pas nécessaire de passer à l'examen du fond de l'affaire, impossible en cette phase de compétence, pour s'assurer que cette hypothèse peut être créditée d'un coefficient de vraisemblance assez significatif. En effet c'est le Canada lui-même qui, dans un communiqué de presse officiel, rendu public le 10 mai 1994, jour du dépôt de la nouvelle déclaration avec sa réserve *d*), a déclaré ce qui suit :

«Le Canada a modifié son acceptation de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice afin d'*empêcher* toute situation qui pourrait *anéantir* les efforts du Canada pour protéger ses stocks.» (Les italiques sont de moi.)

Comme le dit le mémoire espagnol il a voulu ainsi par cette réserve «se prémunir contre une récusation judiciaire de ce type de mesures». Mieux encore, l'un des conseils du Canada a été particulièrement clair pour qualifier cette «*période spéciale*», en déclarant :

«Le *dépôt simultané* du projet de loi C-29 et de la nouvelle déclaration démontre que la réserve a été *délibérément* conçue pour *soustraire à la contestation judiciaire* le projet de loi C-29, ainsi que toute décision prise sous son empire ou s'y rapportant.» (CR 98/11, p. 44, par. 63; les italiques sont de moi.)

Et le même conseil de répéter :

«Le Canada a modifié sa déclaration ... *exactement le même jour* où il saisissait le Parlement d'une loi nouvelle sur ... les pêcheries ... *Le lien intime qui unit ces deux instruments juridiques était et est d'une transparence absolue.*» (CR 98/14, p. 51, par. 7; les italiques sont de moi.)

48. En bref, le Gouvernement canadien, et le débat parlementaire autour du projet de loi C-29 l'a bien montré, désirent avoir les mains libres et ne pas courir le risque d'être déjugé par la Cour pour des mesures dans la zone de réglementation de l'OPANO, c'est-à-dire en haute mer. Il fait peu de doute en effet que les mesures législatives adoptées l'ont spécialement été pour permettre l'intervention du Canada au-delà

acceptable is that the declarant State should distort or pervert the system, or compromise its existence or its functioning, and yet remain part of it.

* * *

47. This case inevitably engenders a certain unease. These were events which occurred over a specific period of two days, 10 and 12 May 1994, during which, almost simultaneously, Canada formulated its reservation — thus barring any action by the Court — lodged a Bill with Parliament and had it adopted. There is every reason to think that, in so acting, Canada wished to protect itself in advance against any application to the Court, so as to be completely free to follow a particular line of conduct, over whose legality it had certain doubts. Without any consideration of the merits of the case — something we are not entitled to do at the present, jurisdictional phase of the proceedings — it is clear that this hypothesis is a reasonably credible one. Canada itself, in an official news release dated 10 May 1994, the day on which the new declaration with its reservation (*d*) was deposited, stated the following:

“Canada has today amended its acceptance of the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice in the Hague to *preclude* any challenge which might *undermine* Canada’s ability to protect the stocks.” (Emphasis added.)

As the Spanish Memorial states, Canada’s purpose in this reservation was to “secure itself against any judicial rejection of . . . such measures”. What is more, one of Canada’s counsel gave a particularly clear description of this “*special period*” when he said:

“The *exact coincidence in timing* of Bill C-29 and the new declaration demonstrates that the reservation was *deliberately* designed to *exclude* Bill C-29 and everything done in or in connection with it *from judicial settlement*” (CR 98/11, p. 44, para. 63; emphasis added.)

And the same counsel reiterated:

“Canada amended its declaration . . . [on] *exactly the same day* it introduced into Parliament an Act on . . . [fisheries] . . . The *intimate link between these two instruments was and is absolutely transparent*.” (CR 98/14, p. 51, para. 7; emphasis added.)

48. In short, the Canadian Government — the discussions in Parliament on Bill C-29 made this clear — wished to have a free hand and sought to avoid the risk of losing a case before the Court in respect of action in the NAFO Regulatory Area, i.e., on the high seas. There is little doubt that the legislation adopted had the specific purpose of enabling Canada to intervene beyond the boundary of its national maritime juris-

de la limite de sa juridiction maritime nationale. C'est l'objectif essentiel de la loi du 12 mai 1994 comme le dit son article 1. Un autre conseil du Canada a déclaré de son côté :

« Les mesures en question sont des mesures de gestion et de conservation parfaitement ordinaires et la *seule* chose qui les distingue est *le lieu* où le Canada les a appliquées, à savoir la zone de réglementation de l'OPANO qui *se situe au-delà des 200 milles*. Mais c'était *précisément toute la raison d'être de la réserve*. » (CR 98/12, p. 14, par. 66; les italiques sont de moi.)

Et l'agent du Canada a été clair et précis, à la barre de la Cour, sur ce point capital. Cela ne laisse aucun doute sur le fait que le Canada savait qu'en l'absence de toute réserve appropriée dans sa déclaration, il risquait une condamnation par la Cour pour toute intervention en haute mer contre un bateau étranger, car apparemment il nourrissait des doutes sur la licéité de cette intervention. Tant et si bien qu'un conseil de l'Espagne a pu affirmer :

« [C'est un fait] illicite *« avec préméditation »* ! Un Etat peut s'y préparer. Il prend ensuite les dispositions nécessaires pour échapper au juge; et enfin *il agit en toute impunité*. » (CR 98/10, p. 37, par. 1; les italiques sont de moi.)

49. *Une telle situation n'est pas la meilleure qu'il faille espérer pour un pays, le Canada, qui a donné depuis soixante-dix ans l'exemple de son attachement à la compétence de la Cour et de son respect pour le droit international. Elle ne l'est guère non plus pour ses partenaires traditionnels de l'OPANO, non plus enfin que pour la communauté internationale et, je ne dois pas l'oublier, pour le « système » de la clause facultative et pour la Cour elle-même.*

Celle-ci a, fort dommageablement, manqué de noter qu'un recours à une réserve, dans les hypothèses dans lesquelles un Etat entend mener des actions particulières d'une licéité douteuse au regard du droit international, risque d'affecter sérieusement la crédibilité du « système » de la clause optionnelle.

50. Je regrette donc que la Cour n'ait pas écarté, ou plus encore, radicalement invalidé, une réserve qui, prise simultanément avec une loi, avait pour objectif évident de permettre de porter atteinte sans risque judiciaire à une liberté essentielle du droit international passé et présent. Le Canada, certes légitimement préoccupé par la conservation des ressources halieutiques, a malheureusement succombé et *pris une initiative législative regrettable pour une action en haute mer, à la sanction judiciaire de laquelle il pensait échapper en notifiant simultanément à la communauté internationale une nouvelle réserve adoptée à des fins dont il redoutait le caractère illicite.*

Une telle réserve ne pouvait et ne devait pas être accueillie par la Cour.

51. *La réserve d) canadienne met à mal le « système » de la clause. Il eût mieux valu en toute clarté l'une des deux situations suivantes : ou bien*

diction. This is the main objective of the Act of 12 May 1994, as Article 1 of the Act states. Another Canadian counsel stated:

“The measures are perfectly ordinary conservation and management measures, and the *only* thing that makes them different is *where* Canada applied them, in the NAFO Regulatory Area and therefore, *beyond two hundred miles*. But that of course is *the whole rationale for the reservation*.” (CR 98/12, p. 14, para. 66; emphasis added.)

And the Agent of Canada was clear and specific, before the Court, on this crucial point. This leaves no doubt that Canada knew that, in the absence of any appropriate reservation in its declaration, it ran the risk of condemnation by the Court for any intervention on the high seas against a foreign vessel, since apparently it had doubts as to the legality of such intervention. So much so that one of Spain’s counsel asserted:

“[It is a wrongful act] ‘*with premeditation*’! A State may prepare [for it]. Then it may take the necessary steps to escape the court; and, thus [it acts] *assured of impunity*.” (CR 98/10, p. 37, para. 1; emphasis added.)

49. *This is not what one might have expected of a country like Canada, which for the last 70 years has set an example of its attachment to the Court’s jurisdiction and its respect for international law. Nor is it a welcome situation for Canada’s traditional NAFO partners, or for the international community or, indeed, for the optional clause “system” and the Court itself.*

The latter has, most regrettably, failed to recognize that reliance on a reservation, in circumstances where a State wishes to undertake specific acts of doubtful international legality, risks seriously damaging the credibility of the optional clause “system”.

50. I therefore regret that the Court did not reject, or even hold null and void, a reservation whose obvious purpose, when read together with a piece of domestic legislation, was to permit encroachment upon an essential freedom of international law, both past and present, without fear of judicial intervention. Canada — admittedly with legitimate concern for the conservation of fishery resources — unfortunately yielded to temptation and *took a regrettable legislative initiative with a view to an operation on the high seas, believing it could escape judicial sanction by simultaneously notifying the international community of a new reservation adopted for purposes it feared might be illegal.*

Such a reservation could not and should not be accepted by the Court.

51. *The Canadian reservation (d) is damaging to the optional clause “system”.* A better and perfectly clear position would have been as fol-

le Canada aurait dû retirer complètement sa déclaration en 1994 à titre provisoire et pour la période nécessaire à sa politique de conservation des pêcheries, ou bien la Cour aurait dû aujourd'hui, dans le présent arrêt, en 1998, écarter la réserve d). Car la situation créée par le maintien de la déclaration assortie de ladite réserve constitue la solution la plus discutable de toutes pour tous, le Canada le premier, les autres Etats déclarants ensuite et la Cour internationale de Justice enfin.

52. L'épine dorsale du «système» de la clause facultative est constituée par la bonne foi entre les Etats déclarants. La liberté de l'Etat d'introduire une réserve est conditionnée par ce principe. Si, pour des raisons de politique intérieure ou internationale, qui peuvent au demeurant être parfaitement légitimes, un Etat déclarant se trouve embarrassé par les dispositions de sa déclaration, *il devrait la retirer provisoirement pour la durée nécessaire à l'action politique qu'il envisage, plutôt que d'assortir, — j'allais dire d'encombrer et de miner — cette déclaration d'une réserve destinée à couvrir un but dont on peut bien imaginer qu'il peut être illicite.* Il ne peut pas s'assigner pour objectif d'une part de se soumettre à la juridiction de la Cour pour une grande variété de différends grâce à la généralité des termes de sa déclaration, mais d'autre part, *et en même temps*, d'échapper au contrôle juridictionnel (dont sa déclaration montre pourtant bien qu'il veut le respecter) pour une catégorie spécifique d'actes protégés par sa réserve alors même qu'il doute de leur licéité.

53. Cette situation, produit direct de la réserve *d)*, crée d'abord une «*tension*» interne dans la *cohérence* de la conduite de l'Etat déclarant. Elle mine ensuite de l'intérieur le «système» de la clause facultative, qu'elle risque de faire implorer, car elle le prive de la bonne foi qui est son propre oxygène. «*Donner et retenir ne vaut*», dit un adage du droit civil français. L'Etat déclarant ne peut retirer d'une main ce qu'il a donné de l'autre. Il ne peut rendre hommage à la justice internationale en se soumettant à son verdict pour les actes qui lui paraissent bons dans sa conduite, mais tourner le dos à cette même justice pour les actes dont il craint pour leur licéité. Il n'est pas possible pour un Etat déclarant de remodeler ainsi la philosophie du «système» de la clause, et même plus encore de plier un tel «système» à ses propres exigences contradictoires, ou d'y mêler deux objectifs incompatibles.

54. Mais ce n'est pas le Canada seul qui souffre de son propre choix qui porte atteinte à son image de marque flatteuse d'un Etat attaché depuis soixante-dix ans au respect de la justice internationale. Ce n'est pas le «système» de la clause seul qui en pâtit aussi. La Cour elle-même s'expose, par son arrêt déclarant son incompetence, à quelques dégâts. L'on dit que «*exemption de compétence ne signifie pas licéité*», c'est-à-dire que la Cour ne cautionne nullement les actes du Canada en se déclarant incompétente à leur égard. Certes. Mais l'aspect psychologique reste dévastateur. Etait-il inévitable d'exposer à un embarras la Cour qui devine sans peine l'existence d'une illicéité sous l'acte canadien en haute mer, mais qui doit néanmoins faire le Ponce Pilate en s'en lavant les

lows: *either Canada should have withdrawn its declaration completely in 1994, provisionally and for the period required for its fisheries conservation policy, or the Court should now, in its present Judgment, in 1998, have rejected reservation (d)*. The situation created by the maintenance of the declaration subject to the reservation represents the least satisfactory solution for all concerned: Canada, other declarant States and the International Court of Justice.

52. The backbone of the optional clause “system” consists in good faith among declarant States. Upon this principle depends the freedom of a State to formulate a reservation. If, for reasons of domestic or international policy, which may of course be perfectly legitimate, a declarant State finds itself in difficulty as a result of the terms of its declaration, *it should temporarily withdraw that declaration for the period required by the political action which it contemplates, rather than attach to the declaration — I am tempted to say encumber and undermine it — a reservation intended to cover a purpose which might very well be regarded as unlawful*. It may not on the one hand set out to accept the Court’s jurisdiction for a wide variety of disputes, given the broad terms of its declaration, while on the other seeking *simultaneously* to escape judicial scrutiny (which its declaration has clearly demonstrated that it wishes to accept) in respect of a specific class of acts protected by its reservation where it doubts their legality.

53. First, this situation — stemming directly from reservation (*d*) — places the *consistency* of the declarant State’s conduct under internal “*strain*”. Next, it undermines the optional clause “system” from within, risking its implosion, since it robs the system of the good faith which is its very life-blood. According to a maxim of French civil law, “*donner et retenir ne vaut*” (you cannot both give and take back). A declarant State cannot take away with one hand what it has given with the other. It cannot swear fealty to international justice by submitting itself to the latter’s verdict in respect of those acts where it considers it has behaved correctly, while shunning that same justice in the case of those acts whose legality it fears may be questionable. It is not possible for a declarant State to remodel the philosophy of the clause “system” in this way, still less to bend the “system” to suit its own conflicting requirements, or to mix two incompatible aims.

54. But Canada is not the only victim of its own choice — a choice which tarnishes the bright image of a State committed for the last 70 years to the ideal of international justice. Nor is it only the clause “system” which suffers. The Court itself, in holding that it lacks jurisdiction, lays itself open to a degree of damage. The saying is that “*lack of jurisdiction does not imply legality*”, i.e., the Court in no way endorses Canada’s conduct by declaring that it lacks jurisdiction in regard to that conduct. That is true, but psychologically the impact is disastrous. Was there really no other way than to embarrass the Court, which clearly discerns illegality in Canada’s conduct on the high seas, but must nonetheless play Pontius Pilate and wash its hands of the case? This is an unwelcome

mains? Ce n'est pas une situation réjouissante pour une juridiction qui sait qu'il faut faire justice, mais qui ne le peut pas.

55. Le dommage causé par cette réserve *d)* ne s'arrête pas là. Les Etats déclarants en pâtissent également. Certes l'Etat est libre d'émettre des réserves et l'on en déduit alors que si la Cour n'avait pas tenu compte de l'existence de la réserve pour se déclarer incompétente selon le vœu du défendeur, on aurait alors gravement porté atteinte au «système» de la clause. En méconnaissant ainsi le droit intangible de l'Etat déclarant d'introduire une réserve, on bousculerait l'ordonnement d'un tel système et l'on découragerait les Etats qui voudraient à l'avenir souscrire une déclaration d'acceptation. Ce serait alors, dit-on, la ruine prochaine du «système» de la clause.

56. Cet argument est dépourvu de valeur, pour deux raisons. La première est que cette idée de découragement des Etats, arrêtés net dans leur élan pour souscrire une déclaration, parce que l'arrêt de la Cour aurait pour une fois écarté une réserve incompatible et pleine de périls, me paraît une pure chimère. Ce sont, hélas, plus des deux-tiers des Etats existants qui me semblent, d'ailleurs pour des raisons dont je comprends quelques-unes, tout à fait irréductibles à l'idée de souscrire une déclaration et qui, quoi que fasse la Cour, ne viendront probablement jamais accepter la juridiction obligatoire de la Cour, même si celle-ci avait sanctifié plus que de raison le droit à la réserve et même si l'arrêt en était venu à manifester le plus grand enthousiasme pour la réserve canadienne en particulier.

La seconde raison est encore plus importante. Il ne faut pas en effet se placer exclusivement du côté des Etats potentiels qui n'ont pas encore adhéré à la clause optionnelle. On ne saurait oublier les Etats qui ont déjà souscrit une déclaration et qui font partie du «système» de la clause. Est-il bon pour des Etats déjà déclarants, qui œuvrent grâce audit «système» à la stabilité, à la prévisibilité et à la sécurité des relations juridiques, de voir d'autres Etats déclarants introduire subitement une réserve chaque fois qu'ils rencontrent un problème? Une telle perspective est-elle la meilleure qu'ils puissent espérer pour les attentes légitimes qu'ils nourrissent pour la sécurité de leurs relations avec les autres Etats déclarants? Ne frappe-t-on pas, ainsi, de précarité tout le «système» de la clause optionnelle?

57. On ne perdra pas de vue, de surcroît, que c'est la deuxième fois que le Canada introduit une réserve pour échapper à la compétence de la Cour, dans des situations où la liberté de la haute mer est en cause. Mais cette fois-ci, on craint que ce soit avec la caution de la Cour puisqu'aussi bien l'arrêt déclare l'incompétence de la Cour sans précaution suffisante et sans aucun «caveat» de quelque nature que ce soit.

58. Pour conclure ces remarques au sujet de la question de la validité de la réserve *d)* canadienne, et tout en rappelant que le Canada aurait mieux fait, à mon avis, de retirer l'ensemble de sa déclaration de 1985 plutôt que de lui substituer celle de 1994 avec la réserve *d)* qui est incompatible avec la déclaration elle-même, je voudrais préciser qu'avec la pré-

situation for a court which knows that it must render justice but cannot do so.

55. This is not the end of the harm caused by reservation (*d*). Declarant States also suffer. A State is of course free to formulate reservations; from this the Court proceeded to the conclusion that, had it refused to recognize the reservation — on the basis of which it accepted the Respondent's claim that it had no jurisdiction — the clause "system" would have been severely prejudiced. To disregard a declarant State's inviolable right to make reservations would be to undermine the structure of the system and discourage States wishing in the future to make a declaration of acceptance. This, it was said, would be the speedy ruin of the clause "system".

56. This argument fails on two accounts. First, the idea that States will be discouraged — stopped in their tracks in their rush to make a declaration — because, for once, a judgment of the Court has rejected an incompatible and potentially hazardous reservation, seems to me pure fantasy. Unfortunately, more than two thirds of today's States, for reasons which I to some extent understand, flatly reject the idea of making a declaration and, whatever the Court does, will probably never accept its compulsory jurisdiction, despite the blessing bestowed by the Court — to a quiet unreasonable degree — upon the right to make reservations, and the overwhelming enthusiasm displayed by the Judgment for the Canadian reservation in particular.

The second point is even more important: we should not consider merely the position of States which have yet to accede to the optional clause "system". We must not forget those States which have already made a declaration and which participate in the clause "system". Is it right for these States, which through the "system" are working for stability, foreseeability and security in legal relations, that other declarant States should hastily formulate a reservation whenever they encounter a problem? Is this the best they can hope for in their legitimate expectations for the security of their relations with other declarant States? Does this not jeopardize the stability of the entire optional clause "system"?

57. Nor should we forget that this is the second time Canada has introduced a reservation in order to escape the Court's jurisdiction in situations involving the freedom of the high seas. This time, however, it is to be feared that the Court has endorsed Canada's action, given that, in holding that the Court lacks jurisdiction, the Judgment has failed to take adequate precautions or to issue any kind of caveat.

58. In concluding these remarks on the issue of the validity of the Canadian reservation (*d*) — and bearing in mind that in my opinion Canada would have been better advised to withdraw its 1985 declaration entirely rather than replace it by the declaration of 1994 with its reservation (*d*), which is incompatible with the declaration itself — I would

sente affaire la Cour s'est retrouvée au centre d'une conjoncture assez délicate. Il est connu que le Canada, qui a toujours pris une grande part aux conférences internationales qui ont jalonné la création du *nouvel ordre juridique de la mer*, et qui mène une politique de pêche très active et, selon certains, même très offensive, ne se satisfait pas de l'état actuel de ce droit de la mer et qu'il veut continuer encore de réformer *ce corpus*, notamment en vue d'une reconnaissance de «droits préférentiels» substantiels à l'Etat côtier en matière de conservation et de gestion des pêches. Il est alors allé, en soutenant dans certains *fora* l'idée d'un «état de nécessité» ou simplement de «l'urgence», jusqu'à *violier* le droit existant pour obtenir des autres Etats un «*progrès*» de ce droit. C'est là bien entendu une stratégie que la Cour n'a le devoir impératif ni d'encourager, ni de décourager. Le processus de formation d'une norme juridique internationale nouvelle ne doit pas nécessairement passer par des comportements illicites destinés par leur auteur à pousser les autres Etats vers la négociation d'un droit nouveau. La décision d'incompétence à laquelle la majorité est parvenue ne doit pas signifier que la Cour, gardienne de la légalité internationale, prodigue un quelconque encouragement à cette stratégie.

* * *

59. Le demandeur me paraît avoir hésité à aller jusqu'au bout de sa critique de la réserve *d*) canadienne. Il n'est pas allé jusqu'à se prévaloir de la «nullité» de celle-ci dans ses conclusions finales. Faudrait-il se féliciter de sa prudence, parce qu'une nullité de cette réserve aurait entraîné, comme on soutient parfois, la nullité de la déclaration tout entière, ce qui aurait alors confirmé plus radicalement encore l'incompétence de la Cour dans la présente affaire?

60. J'observerai d'abord qu'à tout prendre j'aurais préféré une situation dans laquelle la Cour aurait plus clairement, et plus solidement peut-être, fondé son incompétence sur la nullité de l'ensemble de la déclaration plutôt que sur celle de la réserve *d*) seulement.

Mais par ailleurs, il est loin d'être certain que la nullité d'une réserve entraîne *ipso facto* celle de la déclaration tout entière. Tout d'abord le bon sens ne le permet pas. Une réserve limite le champ du consentement donné par la déclaration. Un champ mal limité ne devient pas un champ inexistant. Mais surtout, l'on s'accorde à déclarer, en jurisprudence, en doctrine et dans la pratique des Etats, que, par-delà la nature juridique *sui generis* d'une déclaration, il convient d'appliquer *mutatis mutandis* à cet acte unilatéral les principes et règles propres aux actes bi ou multilatéraux, c'est-à-dire aux traités. Or le droit des traités, tel que codifié à Vienne en 1969, fait sa place en son article 44, il est vrai avec quelques exceptions, au *principe de divisibilité* des différentes stipulations contenues dans un traité. La raison pour laquelle une déclaration ne serait pas du tout soumise à un tel principe m'échappe vraiment.

61. La question a d'ailleurs été soulevée dans quelques espèces, comme

point out that in the present case the Court has found itself the focus of a somewhat sensitive combination of circumstances. It is no secret that Canada, which has always played a major part in the milestone international conferences on the road to the creation of the *new legal order of the sea*, and which pursues a very active, some would even say aggressive, fisheries policy, is dissatisfied with the law of the sea as it stands and wishes to press on with reforming it, notably with a view to the enjoyment by coastal States of “preferential rights” in matters of fisheries conservation and management. It has then proceeded, while invoking in certain *fora* the idea of a “state of need”, or simply of “emergency”, to the point of *breaking* the existing law in order to secure “progress” in this regard on the part of other States. The Court has of course no bounden duty either to encourage or to discourage this strategy. The formative process of a new international legal norm need not involve wrongful conduct designed by its author to induce other States to negotiate a new law. The decision by the majority that the Court lacks jurisdiction must not be taken to mean that the Court, the guardian of international legality, offers any encouragement whatever to this strategy.

* * *

59. It seems to me that the Applicant was reluctant to take its criticism of the Canadian reservation (*d*) to its logical conclusion. In its final submissions it did not go so far as to claim that the reservation was a “nullity”. Should we welcome this caution, on the argument — as is sometimes proposed — that nullity of the reservation would have entailed that of the entire declaration, which would have confirmed even more forcefully the Court’s lack of jurisdiction in this case?

60. Let me begin by saying that, all in all, I would have preferred a situation in which the Court had taken the clearer — and possibly sounder — course of founding its lack of jurisdiction on the nullity of the declaration as a whole, rather than on reservation (*d*) alone.

In any case, it is far from certain that the nullity of a reservation entails *ipso facto* that of the entire declaration; common sense, for one thing, tells us otherwise. A reservation restricts the field of consent given by the declaration. A field with ill-defined boundaries is still a field. But most importantly, case-law, doctrine and State practice are in accord that, looking beyond the *sui generis* nature of a declaration, the principles and rules peculiar to bilateral or multilateral acts, i.e., to treaties, should be applied *mutatis mutandis* to this unilateral act. And treaty law, as codified in 1969, enshrines in Article 44 of the Vienna Convention — admittedly with certain exceptions — the *principle of separability* of the various provisions contained in a treaty. I really cannot see why a declaration should wholly escape this principle.

61. This issue has in fact been raised in a number of cases, including

l'affaire des *Emprunts norvégiens* ou celle de l'*Interhandel* et quelques juges ont évoqué et admis le principe de divisibilité (voir *Emprunts norvégiens*, *C.I.J. Recueil 1957*, p. 55-59; *Interhandel*, *C.I.J. Recueil 1959*, p. 57, 77-78, 116-117).

On remarquera aussi que dans le cadre régional, il est arrivé par exemple à la Cour européenne des droits de l'homme d'appliquer le principe de divisibilité en invalidant des réserves formulées à l'encontre de certaines stipulations de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sans invalider dans leur totalité les déclarations d'acceptation de la compétence de la Cour de Strasbourg au sujet des différends concernant ladite convention (voir affaire *Loizidou c. Turquie, exceptions préliminaires*, arrêt du 23 mars 1995).

On notera enfin, à titre de comparaison, que le principe de séparabilité est parfaitement accueilli en matière d'arbitrage commercial international, dans la mesure où le sort de la clause d'arbitrage est considéré comme indépendant de celui des autres stipulations du contrat.

* * *

IV. LA QUESTION DE LA DÉFINITION DES «MESURES DE GESTION ET DE CONSERVATION»

62. La question du «droit applicable» pour définir l'expression «mesures de gestion et de conservation» a pris une grande importance dans la présente affaire.

63. L'Espagne soutient qu'il existe entre elle et le Canada non pas un différend sur la pêche, mais un litige relatif au titre juridique du Canada à prendre en haute mer des «mesures» contre des bateaux espagnols, sous le prétexte d'exécuter des «mesures de gestion et de conservation». Le demandeur doute que le défendeur possède un tel titre juridique et attend de la Cour qu'elle passe à l'examen du fond pour donner sa réponse à la question. De plus, l'Espagne considère que la réserve *d)* ne fait pas obstacle à la compétence de la Cour, car elle n'exclut de cette compétence que les «mesures de gestion et de conservation» et non point la question d'un titre du Canada en haute mer. Pour le Canada au contraire les mesures en question comprennent toutes les mesures de gestion et de conservation, quel que soit le lieu géographique de leur impact, c'est-à-dire, en fin de compte, qu'elles soient ou non conformes au droit international.

64. On voit bien ainsi toute l'étendue de la divergence de vues entre les parties et du même coup toute l'importance que revêt la définition des «mesures de gestion et de conservation». Pour faire court, disons que le Canada a estimé que cette expression a une signification purement *technique* relevant du sens commun, tandis que l'Espagne a soutenu la nécessité de l'entendre dans la signification que lui confère désormais le droit international.

the *Norwegian Loans* and *Interhandel* cases, and some judges have evoked and accepted the principle of separability (cf. *Norwegian Loans*, *I.C.J. Reports 1957*, p. 55-59; *Interhandel*, *I.C.J. Reports 1959*, pp. 57, 77-78, 116-117).

At the regional level too, the European Court of Human Rights, for example, has found occasion to apply the principle of separability by striking down reservations in respect of certain provisions in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, without invalidating in their totality declarations of acceptance of the jurisdiction of the Strasbourg Court in respect of disputes concerning the Convention (cf. *Loizidou v. Turkey*, *Preliminary Objections*, Judgment of 23 March 1995).

By way of comparison, it should also be observed that the principle of separability is fully accepted in international commercial arbitration, in so far as treatment of the arbitration clause is deemed to be independent of that of the other provisions in the agreement.

* * *

IV. THE DEFINITION OF "CONSERVATION AND MANAGEMENT MEASURES"

62. The question of the "applicable law" for purposes of defining the expression "conservation and management measures" has taken on great importance in this case.

63. Spain argues that there is no dispute between itself and Canada about fishing, rather that the case concerns Canada's legal entitlement to take "measures" on the high seas against Spanish vessels, on the pretext of enforcing "conservation and management measures". The applicant State doubts whether the Respondent has any such entitlement and asks the Court to consider the merits of the case in order to answer the question. Moreover, Spain considers that reservation (*d*) does not constitute a bar to the Court's jurisdiction, since it excludes only "conservation and management measures" from such jurisdiction, and not the issue of Canada's title to act on the high seas. For Canada, on the other hand, such measures include all conservation and management measures, whatever the geographical location where their impact is felt, which is ultimately to say, whether or not they are in accordance with international law.

64. The extent of this conflict of views between the parties is evident, as is the significance of the definition of "conservation and management measures". In short, Canada takes the view that this expression has a purely *technical*, common-sense meaning, whereas Spain contends that it must be given the meaning now attaching to it under international law.

65. Pour ma part, je suis conforté dans l'idée que l'expression considérée ne saurait être interprétée autrement que dans le cadre du droit international. Et comme dans ces conditions la définition et le contenu de cette expression ne peuvent apparaître pleinement qu'à la phase du fond, il en résulte que la Cour ne pourra clairement savoir qu'à ce moment-là si la législation canadienne et les actes contre les bateaux espagnols qui en ont résulté rentrent dans la définition internationale de ces mesures et de leur exécution, et du même coup s'ils échappent à la compétence de la Cour en vertu de la réserve *d*). *C'est dire qu'il y aurait eu place ici pour l'application des dispositions de l'article 79, paragraphe 7, qui recommande de renvoyer à la phase du fond l'examen de la définition et du contenu précis des « mesures de conservation et de gestion », qui n'ont pas un caractère exclusivement préliminaire.*

* * *

66. On ne peut que se féliciter de constater que l'arrêt, en son paragraphe 69, déclare que l'expression en cause doit être définie « à la lumière du droit international ». Mais malheureusement, sitôt cette affirmation faite, il en revient à définir l'expression par ses caractéristiques techniques, telles que le Canada les avait d'ailleurs invoquées, de sorte que l'on revient au point de départ. Je regrette à cet égard que la Cour ait cru pouvoir considérer qu'elle pourrait, dès cette phase de l'affaire consacrée à la compétence, tirer des conclusions *hâtives* quant aux « critères factuels et scientifiques » qui caractériseraient l'expression « mesures de gestion et de conservation » et cela à partir de sources disparates, dont des législations nationales qui n'ont fait l'objet ni d'une présentation systématique, ni d'une analyse approfondie. L'objectif de la Cour aura été ainsi de donner une satisfaction purement verbale à sa minorité et de s'en tenir à une définition technique qui permettait de vider, en la phase présente, la question de l'exclusion de la compétence de la Cour pour les mesures prises contre l'*Estai* et d'autres navires. Le paragraphe 70 de l'arrêt précise en fin de compte qu'*il suffit* qu'une « mesure » ait pour objet de gérer et de conserver les ressources biologiques et qu'elle possède certaines caractéristiques techniques, pour qu'elle soit une « mesure de gestion et de conservation » au sens de la réserve *d*) du Canada. C'est là en réalité une approche non pas juridique, mais purement « factuelle », qui a peu à voir avec le droit international que la Cour s'était pourtant promise d'appliquer.

* * *

67. La réserve *d*) du Canada vise des « mesures de gestion et de conservation », prises ou exécutées par lui à l'égard de bateaux de pêche dans la « zone de réglementation de l'OPANO ». La Cour devait donc interpréter l'expression pour pouvoir identifier le champ d'application de la réserve *d*). Rappelons, à toutes fins utiles, que le Canada avait formulé en

65. For my part, I remain convinced that the term can be interpreted only within the framework of international law. And since, in these circumstances, the definition and content of the phrase can be fully ascertained only at the merits stage, it follows that only then would the Court be in a position to determine whether the Canadian legislation and the resultant actions against Spanish vessels come within the international definition of such measures and their enforcement, and hence are excluded from the Court's jurisdiction by virtue of reservation (*d*). *In other words, this is a case where Article 79, paragraph 7, should have been applied, with the result that examination of the definition and precise content of "conservation and management measures" would have been postponed to the merits stage, these being matters not having an exclusively preliminary character.*

* * *

66. I welcome the statement by the Judgment, in paragraph 69, that the expression must be defined "in the light of international law". Unfortunately, having said this, the Judgment then falls back on a definition based on technical characteristics, as propounded by Canada, thus returning us to the starting-point. I regret that the Court felt able to take the view that it was entitled, at the jurisdiction stage of the case, to arrive at *hasty* conclusions concerning the "factual and scientific criteria" said to characterize the expression "conservation and management measures", and to do so on the basis of widely differing sources, including legislation from various countries which was neither presented systematically nor analysed in any depth. The Court's purpose here was to seek to satisfy its minority with a mere form of words, confining itself to a technical definition that allowed it, at this stage of the proceedings, to dispose of the issue of the exclusion from the Court's jurisdiction of the measures taken against the *Estai* and other vessels. Paragraph 70 of the Judgment states that for a measure to be a "*conservation and management measure*" within the meaning of the Canadian reservation (*d*), "*it is sufficient*" that the purpose of the "measure" is to conserve and manage living resources and that it satisfies various technical requirements. This, in reality, is not a legal approach but a purely "*factual*" one, that has little to do with international law, which the Court is pledged to apply.

* * *

67. Canada's reservation (*d*) refers to "*conservation and management measures*" taken or enforced by it in relation to fishing vessels in the "NAFO Regulatory Area". The Court thus had to interpret this expression in order to define the scope of reservation (*d*). It may be helpful to recall that in 1970 Canada made a similar albeit not identical reservation

1970 une réserve, un peu similaire mais pas tout à fait identique, au sujet de l'Arctique et s'était référé à «la conservation, la gestion ou l'exploitation des ressources biologiques de la mer».

68. Pour définir l'expression «mesures de gestion et de conservation» dans sa réserve *d*), le Canada n'a pas renvoyé à sa législation interne, nouvellement modifiée. Il est vrai que celle-ci était postérieure de deux jours au dépôt de sa nouvelle déclaration contenant cette réserve. Mais cela ne constituait pas en réalité un empêchement technique si le Canada avait vraiment voulu se référer à cette législation dont on sait qu'il avait déposé le projet *en même temps* qu'il notifiait sa nouvelle déclaration. En fait, il n'a donné dans sa réserve *aucune définition* des mesures considérées. En revanche, pour déterminer le champ d'application géographique de cette réserve, il s'est référé à *un traité international*, la convention OPANO. Cela représente déjà un indice que les «mesures de gestion et de conservation», qui constituent un des objectifs essentiels de cette convention, devraient en toute cohérence s'apprécier en fonction du droit international.

69. On peut aussi noter à cet égard qu'une «*commission des pêches*», créée par la convention OPANO, opère aussi dans la même zone de réglementation qu'elle définit. Ainsi, aux «mesures de gestion et de conservation» prises par cet organe international, s'ajoutent celles adoptées par le Canada dans la même aire géographique. On ne peut donc pas se référer au droit canadien — d'ailleurs nullement visé dans la réserve — pour définir ces mesures lorsque le Canada les prend, alors même que des mesures identiques, dans la même zone d'intervention, doivent s'apprécier en fonction du droit international lorsqu'il s'agit de l'activité de la «*commission des pêches*» de l'OPANO. Il faut observer en passant — mais c'est un problème dont la solution relève du fond — qu'il se pose apparemment là aussi un problème de titre juridique du Canada à prendre de telles mesures, semble-t-il confiées par traité à un organe international. La convention OPANO, qui reconnaît à l'Etat le droit de faire opposition aux mesures que la commission adopterait, ne porte d'aucune manière atteinte aux droits de l'Etat du pavillon dans la zone de réglementation de l'OPANO, puisqu'aussi bien lesdites mesures sont prises en coopération avec les Etats intéressés. Il y a là une indication claire qu'il n'est pas possible d'interpréter les «mesures de gestion et de conservation» prises par le Canada de manière tout à fait différente de celle par laquelle on interpréterait les mêmes mesures prises dans la même zone par les organes de l'OPANO.

70. Par ailleurs, le Canada, comme je l'ai souligné plus haut, n'a pas défini dans sa réserve *d*) ce qu'il entend par «mesures de gestion et de conservation». Si l'on s'en tient donc à l'intention *objective* de l'Etat déclarant, il ne serait pas déraisonnable de considérer qu'il a voulu attribuer à cette expression le sens qu'elle possède en droit international, d'autant plus que, il ne faudrait pas le perdre de vue, le Canada s'adresse là, dans sa réserve, à la communauté des autres Etats déclarants du «système» de la clause facultative. De plus, pour donner son sens à l'expres-

in relation to the Arctic, which referred to the “conservation, management or exploitation of the living resources of the sea”.

68. In defining the expression “conservation and management measures” contained in its reservation (*d*), Canada did not refer to its newly amended domestic legislation. Admittedly, that legislation was adopted two days after Canada had deposited its new declaration containing the reservation. This however posed no technical obstacle, had Canada genuinely wished to refer to this legislation — which in Bill form was tabled *simultaneously* with its notification of the new declaration. In fact, the reservation contains *no definition* of the measures in question. By contrast, in defining the geographical scope of the reservation, Canada referred to an *international treaty*, the NAFO Convention. This was already an indication that the expression “conservation and management measures” — a vital objective of the Convention — should in the interests of consistency be construed in the light of international law.

69. It should also be noted in this regard that a “*Fisheries Commission*”, set up under the NAFO Convention, operates within the Regulatory Area defined in that Convention. Hence the “conservation and management measures” adopted by Canada in that same geographical area are additional to those adopted by this international body. It therefore cannot be right to have recourse to Canadian law — which is not mentioned at all in the reservation — in order to define such measures where they have been taken by Canada, whilst identical measures in the same area fall to be interpreted by reference to international law when they result from the activity of the NAFO Fisheries Commission. We may note in passing — although this is an issue whose solution is for the merits of the case — that here too Canada’s legal title to take such measures appears to be in question, since this is a matter apparently entrusted by treaty to an international body. The NAFO Convention, which gives States the right to object to any measures to be adopted by the Commission, does not in any way encroach upon the rights of flag States in the NAFO Regulatory Area, since such measures are taken in co-operation with the States concerned. This is a clear indication that it is not possible to interpret the “conservation and management measures” taken by Canada in a manner totally different from that applicable to similar measures taken in the same zone by NAFO bodies.

70. Moreover, as I have already pointed out, Canada did not specify in reservation (*d*) what it meant by “conservation and management measures”. If we accordingly look simply to the *objective* intention of the declarant State, it would not be unreasonable to take the view that it wished this expression to have the meaning that it has in international law — all the more so, we must remember, in that this reservation by Canada was addressed to the community of those other declarant States participating in the optional clause “system”. Furthermore, in seeking to

sion considérée, le Canada s'est lui-même référé par analogie à la jurisprudence du *Plateau continental de la mer Egée*, dans laquelle l'expression «statut territorial» avait été interprétée non pas par référence au droit interne grec, mais d'après le droit international.

* * *

71. Le concept de «mesures de gestion et de conservation» ne peut pas renvoyer, contrairement à ce qu'affirme l'arrêt, à quelque chose de simplement «factuel» ou «technique», mais à des types de mesures que le «*nouvel ordre juridique de la mer*» a peu à peu réglementés, tant et si bien que les mesures considérées représentent aujourd'hui *une catégorie juridique objective* ne pouvant relever que du droit international. L'expression «mesures de gestion et de conservation» des ressources biologiques de la haute mer a été consacrée tout au long de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer et a bénéficié d'un droit de cité dans le texte définitif de la convention de Montego Bay du 10 décembre 1982, plus précisément dans les articles 116 à 120 de ladite convention, auxquels s'ajoutent l'article 63 relatif aux stocks chevauchants, ainsi que les articles 64 à 67. C'est donc dans ce que le préambule de la convention de Montego Bay appelle le nouvel «*ordre juridique des mers et des océans*» que l'expression «mesures de conservation et de gestion» a reçu sa consécration internationale. Et c'est ce nouvel ordre qui, à travers cette convention de 1982 et son complément, a été considéré, par la jurisprudence internationale et par la pratique des Etats, comme l'expression actuelle de l'*opinio juris*.

72. Or cette convention de Montego Bay, qui n'a certes pas été ratifiée à ce jour par le Canada, mais à laquelle il ne s'est pas moins référé devant la Cour (laquelle y a aussi recouru, notamment au paragraphe 70 de son arrêt) dispose en son article 62, paragraphe 4, que «les lois et règlements» édictés par l'Etat côtier en matière de conservation *pour sa zone économique exclusive* doivent rester conformes à ses propres dispositions. Ainsi le droit international de la mer se préoccupe de la nature des «mesures de gestion et de conservation» même lorsqu'il s'agit d'une zone de pêche placée sous la juridiction de l'Etat côtier. Une telle disposition ne serait pas cohérente si par ailleurs, en haute mer, l'Etat côtier était laissé libre de prendre des «mesures de gestion et de conservation» non conformes au droit international. De fait les articles 117 à 119 de la convention de Montego Bay contiennent des règles détaillées concernant *la coopération* entre Etats pour la mise au point de telles mesures en haute mer et facilitant l'organisation et le fonctionnement de cette coopération. C'est donc par référence au droit international de la mer que les «mesures de gestion et de conservation» doivent s'entendre dans la réserve *d)* du Canada.

* * *

73. La définition, ou des éléments essentiels de définition, des «mesures

give this expression the meaning which it claimed for it, Canada itself cited the decision in the *Aegean Sea Continental Shelf* case, in which the term "territorial status" was interpreted not by reference to Greek domestic law but in accordance with international law.

* * *

71. Contrary to what the Judgment states, the notion of "conservation and management measures" cannot be confined to simple "factual" or "technical" matters, but has to be taken to refer to those types of measure which the "*new legal order of the sea*" has been gradually regulating, with the result that such measures now constitute *an objective legal category* which cannot be other than part of international law. The expression "conservation and management measures" of the living resources of the high seas was the accepted one throughout the Third United Nations Conference on the Law of the Sea and was enshrined in the final text of the Montego Bay Convention of 10 December 1982, specifically in Articles 116 to 120, and also in Article 63 on straddling stocks and Articles 64 to 67. The expression "conservation and management measures" thus received international recognition in what the preamble to the Montego Bay Convention calls the new "*legal order for the seas and oceans*". And it is this new order which, through the 1982 Convention and its supplementing instruments, has been treated by international jurisprudence and by State practice as the current expression of the *opinio juris*.

72. The Montego Bay Convention, which admittedly has not yet been ratified by Canada but to which it nonetheless referred before the Court (which itself also referred to it, in particular in paragraph 70 of the Judgment) provides in Article 62, paragraph 4, that the "laws and regulations" enacted by a coastal State for conservation purposes *in its exclusive economic zone* must respect the rules of the Convention itself. Thus the international law of the sea does concern itself with the nature of "conservation and management measures", even in relation to a fishing zone which is under the jurisdiction of a coastal State. Such a provision would lack consistency if, on the high seas, a coastal State remained free to take "conservation and management measures" which conflicted with international law. Articles 117 to 119 of the Montego Bay Convention do in fact contain detailed rules for *co-operation* among States in establishing such measures for the high seas and for promoting its organization and functioning. It is therefore by reference to the international law of the sea that we must view the "conservation and management measures" of the Canadian reservation (*d*).

* * *

73. A definition of "conservation and management measures", or

de gestion et de conservation» se trouvent dans de nombreux textes *internationaux*, venus après la convention de Montego Bay de 1982.

74. Mais, avant de les citer ici à titre illustratif, il ne faut pas perdre de vue que les éléments définitionnels de ces *mesures* et les conditions de leur *exécution* (par voie de coopération) figuraient déjà en 1978 (à une époque où la liberté de la pêche en haute mer était moins limitée) dans la convention OPANO elle-même, dont le mandat est, selon l'article II.1 « *de contribuer, par la consultation et la coopération, à l'utilisation optimale, à la gestion rationnelle et à la conservation des ressources halieutiques de la Zone de la convention* ».

75. Je rappellerai d'abord l'*accord visant à favoriser le respect par les navires de pêche en haute mer des mesures internationales de conservation et de gestion*, approuvé le 24 novembre 1993 par la résolution 15/93 de la vingt-septième session de la conférence de la FAO. L'article I b) dispose que :

« par « mesures internationales de conservation et de gestion » on entend les mesures visant à conserver ou à gérer une ou plusieurs espèces de ressources biologiques marines, qui sont adoptées et appliquées *conformément aux règles pertinentes du droit international* telles que reflétées dans la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982. Ces mesures peuvent être adoptées soit par des organisations mondiales, régionales ou sous-régionales s'occupant des pêches, sous réserve des droits et obligations de leurs membres, soit par accord international » (les italiques sont de moi).

76. Cet article offre ainsi les éléments définitionnels et le contenu des mesures en même temps qu'il désigne l'auteur de telles mesures. Apparemment, un raisonnement *a contrario* permet de penser que cet article exclut toute possibilité pour l'Etat de prendre lui-même ces mesures par référence à son propre droit interne dès lors qu'il en destine l'application à la haute mer que cet accord vise. L'Etat peut « recevoir » dans son droit interne ces mesures internationalement définies et doit en assurer l'exécution. Ce point de vue est confirmé, ce qui est intéressant à relever en l'espèce, dans le deuxième paragraphe du préambule de cet accord, qui précise que c'est « *en vertu du droit international* » que « tous les Etats » prennent « les mesures nécessaires pour assurer la conservation et la gestion des ressources biologiques de la haute mer » (les italiques sont de moi).

77. L'article XI, paragraphe 3, du même accord, consacré au règlement des différends, se réfère expressément aux « *règles de droit international relatives à la conservation des ressources biologiques marines* ». Et c'est un peu partout que le texte de l'accord qualifie les mesures dont nous parlons de « mesures *internationales* de conservation et de gestion » (voir les sixième et huitième considérants du préambule, et les articles V.1, VI.8 a) et b), VIII.2 et VIII.3).

78. Quant au *Code de conduite pour une pêche responsable*, adopté par la conférence de la FAO à sa session suivante, la vingt-huitième, le 31 octobre 1995, il se présente à la lecture avec les caractéristiques suivantes :

essential elements of it, appears in numerous *international* instruments subsequent to the Montego Bay Convention of 1982.

74. However, before I cite them to illustrate my point, we must not forget that the definitional elements of these *measures* and the conditions for their *enforcement* (through co-operation) were already present in 1978 — at a time when freedom of fishing on the high seas was less restricted — in the NAFO Convention itself, whose object, as stated in Article II (1), is “*to contribute through consultation and cooperation to the optimum utilization, rational management and conservation of the fishery resources of the Convention Area*”.

75. I would refer first to the *Agreement to Promote Compliance with International Conservation and Management Measures by Fishing Vessels on the High Seas*, adopted by the FAO Conference on 24 November 1993 at its twenty-seventh session in resolution 15/93. Article I (b) provides that:

“‘international conservation and management measures’ means measures to conserve or manage one or more species of living marine resources that are adopted and applied *in accordance with the relevant rules of international law* as reflected in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea. Such measures may be adopted either by global, regional or subregional fisheries organizations, subject to the rights and obligations of their members, or by treaties or other international agreements” (emphasis added).

76. This provision thus not only supplies both the definitional elements and the content of such measures, but also states who may adopt them. Arguing *a contrario*, this provision would appear to preclude a State altogether from taking such measures itself on the basis of its own domestic law, where it intends them to be applied on the high seas, which is governed by the Agreement. A State may “*receive*” such internationally defined measures into its domestic law and must provide for their enforcement. It is interesting to note, for purposes of the present case, that this position finds confirmation in the second paragraph of the preamble to the Agreement, which provides that it is “*under international law*” that “*all States*” are to take “*such measures . . . as may be necessary for the conservation of the living resources of the high seas*” (emphasis added).

77. In Article IX of the Agreement, “Settlement of Disputes”, there is an express reference in paragraph 3 to the “*rules of international law relating to the conservation of living marine resources*”. Moreover, scattered references throughout the Agreement describe the measures which concern us here as “*international conservation and management measures*” (see the sixth and eighth recitals of the preamble and Articles V (1), VI (8) (a) and (b), VIII (2) and VIII (3)).

78. As regards the *Code of Conduct for Responsible Fisheries*, adopted by the FAO Conference at its following (twenty-eighth) session on 31 October 1995, a reading of the text reveals the following characteristics:

79. a) Tout le code est bâti sur l'idée motrice que l'Etat ne peut prendre de mesures de conservation et de gestion que dans les zones sous sa juridiction ; pour la haute mer, ces mesures sont dites « *internationales* » et ne s'apprécient pas par rapport au droit interne d'un Etat. C'est ce code international qui définit ces mesures de conservation ou de gestion. Les citations ci-après, parmi d'autres, du même code, le montrent clairement :

- «Le présent code *définit* des *principes* et des *normes internationales* de comportement ... en vue d'assurer effectivement *la conservation, la gestion et le développement* des ressources bio-aquatiques.» (Préambule.)
- «Le présent code est facultatif. Cependant certaines parties de celui-ci sont basées sur des *règles pertinentes du droit international*, y compris celles qui sont reflétées dans la convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 ... (et dans) *d'autres instruments juridiques*, tels que l'*accord de 1993* visant à favoriser le respect par les navires de pêche *en haute mer des mesures internationales de conservation* et de *gestion*, qui, conformément à la résolution n° 15/93, paragraphe 3, de la conférence de la FAO, est une partie intégrante du code» (art. 1.1).
- «Le code a une *portée mondiale*» (art. 1.2) et «contient des *principes* et des *normes* applicables à l'aménagement et au développement de *toutes les pêcheries*» (art. 1.3).
- Plus généralement, les *objectifs* du code sont articulés comme suit : «établir, *conformément aux normes de droit international pertinentes*, des *principes* [de] pêche» (art. 2 a)) et «servir *d'instrument de référence* pour aider les Etats à mettre en place ou améliorer le cadre juridique et institutionnel que requiert l'exercice de la pêche responsable» (art. 2 c)). (Tous les italiques sont de moi.)

80. b) Le code déclare, à maints endroits, que les «mesures de conservation et de gestion des ressources halieutiques» sont des «*mesures internationales*» établies «*conformément au droit international*» :

- Les mesures considérées sont des «mesures *internationales* de conservation et de gestion» (art. 7.8).
- Evoquant la coopération interétatique, le code parle de «normes *internationales* portant ... sur la conservation et la gestion des ressources halieutiques ainsi que (de) l'application effective de ces normes» (art. 11.2.11). Il précise que «les Etat devraient, *conformément au droit international*, coopérer ... pour mettre en place des systèmes de suivi, de contrôle et de surveillance, ainsi que d'exécution des mesures applicables...» (art. 8.1.4).
- A l'article 6, «*Principes généraux*», figure une disposition tout à fait éclairante et utile pour le présent arrêt :

«6.10. Dans *les limites* de leurs compétences respectives et *conformément au droit international*, les Etats devraient assurer le respect

79. (a) The entire Code is built around the guiding principle that the State cannot take conservation and management measures except in areas under its jurisdiction; in the case of the high seas, such measures are described as “*international*” and they are not to be construed by reference to a State’s domestic law. It is the international Code which defines such conservation and management measures. The following quotations from the Code — *inter alia* — clearly demonstrate this:

- “This Code *sets out principles and international standards* of behaviour . . . with a view to ensuring the effective *conservation, management and development* of living aquatic resources.” (Preamble.)
- “This Code is voluntary. However, certain parts of it are based on *relevant rules of international law*, including those reflected in the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 . . . [and in] *other . . . legal instruments . . .* such as the *Agreement to Promote Compliance with International Conservation and Management Measures by Fishing Vessels on the High Seas, 1993*, which, according to FAO Conference resolution 15/93, paragraph 3, forms an integral part of the Code” (Art. 1.1).
- “The Code is *global in scope*” (Art. 1.2) and “provides *principles and standards* applicable to the . . . management and development of *all fisheries*” (Art. 1.3).
- More generally, the *objectives* of the Code are to “establish *principles, in accordance with the relevant rules of international law*, for . . . fishing” (Art. 2.1) and “serve as *an instrument of reference* to help States to establish or to improve the legal and institutional framework required for the exercise of responsible fisheries” (Art. 2.3). (Emphasis added in each case.)

80. (b) The Code states on numerous occasions that measures for “conservation and management of fisheries resources” are “*international measures*” established “*in accordance with international law*”.

- The measures concerned are “*international conservation and management measures*” (Art. 7.8).
- In regard to co-operation among States, the Code speaks of “*international standards for . . . living aquatic resources conservation*” and of their “*effective implementation*” (Art. 11.2.11). It provides that “States should, *in accordance with international law*, . . . cooperate to establish systems for monitoring, control, surveillance and enforcement of applicable measures . . .” (Art. 8.1.4).
- Article 6, “General Principles”, contains an illuminating and helpful provision in relation to the present Judgment:

“6.10. *Within their respective competence and in accordance with international law . . . States should ensure compliance with and*

et l'application des mesures de conservation et de gestion et mettre au point des mécanismes efficaces, lorsqu'il y a lieu, pour surveiller et contrôler les activités des navires de pêche...»

Et, à l'article 6.12, le code invite les Etats à coopérer dans les mêmes limites juridiques et surtout leur recommande de limiter leur pouvoir de prendre des mesures sur le plan interne pour veiller à leur compatibilité avec les mesures internationales concernant la haute mer :

«6.12. Les Etats devraient, dans *les limites* de leurs compétences respectives et *conformément au droit international*, coopérer ... pour promouvoir la conservation et la gestion ... dans *toute leur aire* de distribution, compte tenu de *la nécessité de prendre des mesures compatibles* s'étendant à *l'intérieur et au-delà des limites* de la juridiction nationale.» (Les italiques sont de moi.)

C'est la même idée qui prévaut pour la question spéciale des «stocks chevauchants», poissons «grands migrateurs» et poissons «de la haute mer» :

7.3.2. ... les mesures de conservation et de gestion établies pour ces stocks, *conformément aux compétences respectives des Etats concernés*, devraient être *compatibles*. Cette *compatibilité* devrait être réalisée de manière conforme aux droits, compétences et intérêts des Etats concernés.» (Les italiques sont de moi.)

81. *c)* Le code va jusqu'à préciser la méthode d'interprétation (ainsi d'ailleurs que la méthode d'exécution) qu'il y a lieu de lui appliquer et qu'il désigne comme devant être la méthode de «*droit international*» :

- «3.1. Le code *s'interprète et s'applique* conformément aux règles pertinentes du droit international...»
- «3.2. Le code *s'interprète et s'applique* également
 - a)* de manière *compatible avec les dispositions pertinentes de l'accord* aux fins d'application des dispositions de la convention (de Montego Bay) relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons ... chevauchants et des stocks de poissons grands migrateurs;
 - b)* *Conformément aux autres normes applicables de droit international*;
 - c)* à la lumière de la déclaration de Cancun de 1992, de la déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement et du Programme d'action 21, adopté par la conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (CNUED), ainsi que d'autres *déclarations et instruments internationaux*.» (Les italiques sont de moi.)

Tout l'arsenal juridique servant à l'interprétation (autant d'ailleurs qu'à l'exécution) du concept de mesures dites «internationales» de conservation et de gestion, relève donc du droit international.

enforcement of conservation and management measures and establish effective mechanisms, as appropriate, to monitor and control the activities of fishing vessels . . .”

And in Article 6.12 the Code invites States to co-operate subject to the same limits of the law, and in particular recommends them to curb their power to take domestic measures, so as to ensure their compatibility with international measures for the high seas:

“6.12. States should, *within* their respective competence and *in accordance with international law*, cooperate . . . to promote conservation and management . . . of living aquatic resources *throughout their range of distribution*, taking into account *the need for compatible measures in areas within and beyond national jurisdiction*.” (Emphasis added.)

The same notion governs the special issue of “straddling stocks”, “highly migratory” fish stocks and “high seas” fish stocks:

“7.3.2. . . . conservation and management measures established for such stocks *in accordance with the respective competence of relevant States* . . . should be *compatible*. *Compatibility* should be achieved in a manner consistent with the rights, competence and interests of the States concerned.” (Emphasis added.)

81. (c) The Code even specifies the means to be employed in its interpretation (and also in its application), which, it states, is to be that resulting from “*international law*”:

— “3.1. The Code is to be *interpreted* and *applied* in conformity with the relevant rules of international law . . .”

— “3.2. the Code is also to be interpreted and applied:

(a) in a manner *consistent with the relevant provisions of the Agreement* for the Implementation of the [Montego Bay] Convention Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks;

(b) *in accordance with other applicable rules of international law* . . .;

(c) in the light of the 1992 Declaration of Cancun, the 1992 Rio Declaration on Environment and Development, and Agenda 21 adopted by the United Nations Conference on Environment and Development (UNCED) . . . and other . . . *declarations and international instruments*.” (Emphasis added.)

Hence the entire arsenal of legal weapons employed in interpreting (and equally in applying) the notion of so-called “international” conservation and management measures derives from international law.

82. *d)* Reste alors à vérifier maintenant comment le code *définit* concrètement et *interprète ces mesures de conservation et de gestion*. Le code se réfère bien évidemment aux aspects *techniques* par lesquels se définissent *internationalement* de telles mesures, mais il y ajoute d'autres facteurs définitionnels, tels que les éléments *sociaux, économiques et institutionnels*, qui dépassent les aspects purement techniques, ce qui donne à la définition un caractère nécessairement international tenant compte de la diversité des facteurs sociaux, économiques et institutionnels de tous les Etats concernés, auxquels s'ajoutent les aspects techniques uniformisés. Ce n'est que lorsqu'on parvient à la lecture de l'article 7.6.9 qu'il est question des «dispositions *techniques* concernant la taille des poissons, les maillages ou les engins, les rejets, les périodes et zones de fermeture de la pêche, les zones réservées à des pêcheries spécifiques», la protection des «juvéniles et des reproducteurs», ainsi que, d'une manière plus générale, la «performance des engins techniques et pratiques» (art. 7.6.4) dont l'utilisation doit être «sélective, rentable et respectueuse de l'environnement». Et même ces mesures techniques ne sauraient être définies unilatéralement car elles sont le produit de la pratique des Etats et de leur coopération (voir l'article 8.5 sur la sélectivité des engins de pêche). C'est par cette coopération entre les Etats qu'ont été définies et arrêtées ces *normes techniques internationalement uniformisées* (voir l'article 8.5.4 relatif au programme de recherche sur la sélectivité des engins de pêche et les «méthodes stratégiques de pêche», ainsi que sur «la diffusion des résultats desdits programmes et le transfert de technologie».

83. Et avant de se référer à tous ces aspects techniques, qui entrent naturellement dans une définition des «mesures de conservation et de gestion», définition qui ne peut être qu'*internationale* eu égard à la pratique et à la coopération des Etats pour l'élaborer peu à peu, l'article 7.2.2 du code, consacré aux objectifs de la gestion des ressources, livre les autres aspects de la définition de ces mesures, qui comporte la prise en compte des «*considérations économiques*» (art. 7.2.2 *b*)), des «*intérêts des pêcheurs*» (7.2.2 *c*)), de la «*diversité biologique des habitats et des écosystèmes aquatiques*» (7.2.2 *d*)), des «*effets sur l'environnement préjudiciables aux ressources*» (7.2.2 *f*)), de «*la nécessité de réduire au minimum la pollution, le gaspillage*», etc. (7.2.2 *g*)), pendant que l'article 7.4.5 met l'accent sur les «*objectifs sociaux et économiques*» et sur les facteurs «*sociaux, économiques et institutionnels*».

84. En d'autres termes, la définition des «mesures de conservation et de gestion» qui, qualifiées ou non expressément d'*internationales*, sont de nature internationale de toutes les façons, comporte deux aspects, l'un de caractère technique, élaboré internationalement peu à peu sous l'effet de la pratique des Etats et uniformisé et systématisé grâce à la coopération entre eux, et l'autre de caractère «social, économique et institutionnel» qui prend en compte les spécificités des différents Etats concernés, le tout étant fondu dans une approche nécessairement internationale desdites mesures de conservation et de gestion.

85. On notera au passage que c'est tout à fait dans le même esprit

82. (d) It now remains to be seen how the Code *defines such conservation and management measures* in practice and how it *interprets* them. Obviously, it refers to the *technical* characteristics whereby such measures are defined *internationally*, but it also includes in the definition matters of a *social, economic or institutional* nature, which go beyond the purely technical aspects, thereby necessarily making the definition an international one, having regard to the diversity of social, economic and institutional factors in the various States concerned, which it then supplements with the standardized technical elements. Not until Article 7.6.9 is there any mention of “*technical measures related to fish size, mesh size or gear, discards, closed seasons and areas and zones reserved for selected fisheries*”, protection of “*juveniles and spawners*”, and in more general terms the “*performance of . . . fishing gear, methods and practices*” (Art. 7.6.4), the use of which must be “*selective, environmentally safe and cost effective*”. And even these technical measures cannot be defined unilaterally, since they are the outcome of State practice and co-operation (see Article 8.5 on fishing gear selectivity). It is this co-operation among States that has been instrumental in defining and agreeing these *internationally standardized technical norms* (see Article 8.5.4 relating to research programmes for fishing gear selectivity and “*fishing methods and strategies*”, and to “*dissemination of the results of such research programmes and the transfer of technology*”).

83. Before referring to these various technical aspects — these being natural components of any definition of “*conservation and management measures*”, a definition which can only be *international*, given its gradual emergence out of State practice and co-operation — the Code, in Article 7.2.2, which deals with resource management objectives, sets out the other aspects of the definition of such measures: “*economic considerations*” (Art. 7.2.2 (b)), “*interests of fishers*” (7.2.2 (c)), “*biodiversity of aquatic habits and ecosystems*” (7.2.2 (d)), “*adverse environmental impacts on the resources*” (7.2.2 (f)) and *the need to minimize “pollution, waste”* etc. (7.2.2 (g)); while Article 7.4.5 lays emphasis on the “*social and economic objectives*” and the “*social, economic and institutional*” factors.

84. In other words the definition of “*conservation and management measures*” — which are in any event *international*, whether or not expressly described as such — has two aspects: one technical, gradually developed internationally through State practice and standardized in systematic fashion through State co-operation; the other “*social, economic and institutional*”, taking account of the particular characteristics of the various States concerned; and the whole combines to produce a necessarily international approach to such conservation and management measures.

85. It may be noted in passing that exactly the same spirit governs the

qu'ont été pris la «déclaration et [le] plan d'action de Kyoto sur la contribution durable des pêches à la sécurité alimentaire» du 9 décembre 1995. Nous y lisons que :

«Nous les 95 Etats réunis à Kyoto du 4 au 9 décembre 1995 ...

Déclarons que nous devrions, sans porter préjudice aux droits et obligations des Etats *conformément au droit international*...

5. Prendre les mesures nécessaires pour l'application du code de conduite pour la pêche responsable de la FAO ... et envisager de devenir partie ... de l'accord visant à promouvoir le respect par les navires pêchant en haute mer des mesures *internationales* de conservation et d'aménagement, et instituer en conséquence la législation et la réglementation nationales appropriées en temps opportun.»

86. Cette même déclaration demande que, dans la définition des mesures en question, les Etats éprouvent «un plus grand respect et une plus grande compréhension des différences sociales, économiques et culturelles qui existent entre les Etats et les régions concernant l'utilisation des ressources aquatiques vivantes et en particulier la diversité culturelle des habitudes alimentaires, en conformité avec les objectifs de gestion». Et, ce qui nous éloigne beaucoup des simples aspects techniques de la définition desdites mesures, la même déclaration estime qu'il faut tenir compte de «iii) l'amélioration du bien-être économique et social» et de «iv) l'équité au sein d'une génération et entre les générations».

87. On pourrait citer encore de nombreux autres instruments internationaux ou régionaux. Par exemple la conférence diplomatique des 12-14 décembre 1994, tenue en Crète «sur la coopération des Etats pour la conservation des ressources en Méditerranée», s'est référée à ce qu'elle a appelé un «système de conservation et de gestion harmonisé», lequel ne peut pas se concevoir dans une définition purement propre au droit interne d'un Etat particulier. Et la déclaration de Barcelone sur la coopération euro-méditerranéenne du 28 novembre 1995 s'est référée à son tour à ce «système» pour prévoir «une action de suivi appropriée ... dans le domaine juridique...» On se bornera à n'évoquer encore qu'un autre instrument régional, la «déclaration solennelle des 27-29 novembre 1996 de l'Union européenne sur la conservation et la gestion des ressources halieutiques en Méditerranée», qui cite à son tour un nombre assez considérable de conventions et déclarations internationales qui montrent toute la richesse des efforts de réglementation internationale. Cette «déclaration solennelle» de l'Union européenne a estimé «indispensable d'assurer le respect des mesures *internationales* en matière de conservation et de gestion des ressources halieutiques des organisations régionales de gestion compétentes» et, en son paragraphe 6, elle a visé elle aussi l'élaboration «d'un *système* de conservation et de gestion *harmonisé*» à l'échelle méditerranéenne et a nommé à cet effet «un groupe d'experts *juridiques* et techniques».

Kyoto Declaration and Plan of Action of 9 December 1995 on the sustainable contribution of fisheries to food security, which reads:

“We the 95 States meeting in Kyoto from 4 to 9 December 1995 . . .

Declare that we should, without prejudice to the rights and obligations of States *under international law* . . .

5. Take steps for effective application of the FAO Code of Conduct for Responsible Fisheries, and consider becoming parties to the . . . Agreement to Promote Compliance with *International Conservation and Management Measures by Fishing Vessels on the High Seas*, and enact, correspondingly, appropriate domestic legislation and regulations in a timely manner.”

86. The Declaration calls on States, in defining the measures in question, to increase “respect and understanding of social, economic and cultural differences among States and regions in the use of living aquatic resources, especially cultural diversity in dietary habits, consistent with management objectives”. And, moving well away from the purely technical element in the definition of such measures, the Declaration calls for attention to be given to “(iii) improvement in economic and social well-being” and “(iv) inter- and intra-generational equity”.

87. Numerous other international and regional instruments might be cited. For example, the diplomatic conference held in Crete from 12 to 14 December 1994 on co-operation among States for the conservation of resources in the Mediterranean referred to what it called a harmonized system of conservation and management, something which cannot be envisaged under a definition solely in terms of the domestic law of a particular State. And the Barcelona declaration of 28 November 1995 on Euro-Mediterranean co-operation itself referred to that system in a provision for “appropriate follow-up action in the legal sphere”. I shall confine myself to citing only one further regional instrument, the solemn declaration of 27-29 November 1996 by the European Union on the conservation and management of fisheries resources in the Mediterranean, which itself refers to a very large number of international conventions and declarations, revealing the wealth of efforts being made towards international regulation. This solemn declaration of the European Union considered it “essential to secure respect for *international* measures for conservation and management of fisheries resources taken by competent regional management organizations” and, in paragraph 6, it too referred to the development “of a *harmonized system* for conservation and management” at the Mediterranean level, and for that purpose it set up “a group of *legal* and technical experts”.

88. On constate ainsi, à travers tous les instruments internationaux analysés ci-dessus, que la communauté internationale a ressenti de plus en plus le besoin de rationaliser et d'harmoniser les mesures de conservation et de gestion pour qu'elles soient compatibles entre celles prises par l'Etat pour ses zones maritimes et celles adoptées par la communauté internationale pour les zones libres de la haute mer. Un appel est lancé à travers ces instruments à tous les Etats pour que dans leur législation ils se conforment à des *critères communs* dégagés et harmonisés par lesdits instruments.

89. La convention des Nations Unies sur les stocks chevauchants et poissons grands migrateurs, adoptée le 4 août 1995, n'est certes toujours pas encore entrée en vigueur, mais elle a été signée tant par l'Espagne que par le Canada, respectivement le 3 décembre 1996 et le 4 décembre 1995. L'article premier, paragraphe 1 b), de cette convention a défini les mesures de conservation et de gestion comme étant «*les mesures qui sont adoptées ou appliquées de manière compatible avec les règles pertinentes du droit international telles qu'elles ressortent de la convention et du présent accord...*»

90. On constate ainsi, et une fois de plus, que la définition ne se réduit pas à des éléments techniques, mais qu'elle intègre aussi l'élément fort important, qui est *la conformité au droit international*, et qui constitue la condition essentielle pour qualifier juridiquement les mesures de conservation et de gestion. L'arrêt en son paragraphe 70 dissocie les éléments techniques de l'élément de conformité au droit international public, en écartant ce dernier sous prétexte qu'il soulève le problème de la licéité de ces mesures que la Cour s'interdit d'examiner en la présente phase. C'est là une opération réductrice totalement injustifiée. Certes cet élément pose le problème de la licéité des mesures, mais ce n'est absolument pas une raison pour l'écarter de la définition, alors même que le législateur international déclare dans un très grand nombre d'instruments internationaux, comme la convention des Nations Unies de 1995 ci-dessus, qu'il reconnaît ces mesures dites d'ailleurs «*internationales*» de conservation et de gestion à différents facteurs, tant techniques que *juridiques*. Que ces derniers posent un problème de licéité est sans pertinence aucune pour les rejeter de la définition, qui sert ici de simple *identification* de ces mesures.

91. La Cour procède là de surcroît par une simple affirmation, et c'est là le point sans doute le plus faible de son arrêt, lorsqu'elle affirme que «*l'autorité dont [ces] mesures émanent, la zone qu'elles affectent et la manière dont leur exécution est prévue ne font pas partie des caractéristiques essentielles inhérentes à la notion même de mesures de gestion et de conservation*». La Cour évacue à bon compte, ce faisant, tout l'objet du différend.

92. En amputant de tout ce qui est juridique une définition qu'elle prétend vouloir pourtant «*juridique*», la Cour semble dire que les mesures canadiennes sont des mesures techniques courantes acceptées et suivies partout dans le monde. C'est une affirmation grave. Car alors il suffit à

88. The various international instruments discussed above are evidence that the international community has increasingly felt the need to rationalize and harmonize conservation and management measures in order to ensure that those taken by a State in respect of its maritime zones are compatible with those adopted by the international community in respect of the free zones of the high seas. These instruments appeal to all States to see to it that their legislation conforms to *common criteria*, identified and harmonized by those instruments.

89. The United Nations Agreement on Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, adopted on 4 August 1995, has not of course entered into force, but it was signed by both Spain and Canada, on 3 December 1996 and 4 December 1995 respectively. Article 1, paragraph 1 (*b*), of the Convention defined conservation and management measures as “*measures to conserve and manage one or more species of living marine resources that are adopted and applied consistent with the relevant rules of international law as reflected in the Convention and this Agreement*”.

90. Thus once again we find that the definition is not confined to technical elements but also incorporates the very important element of *conformity with international law*, which constitutes the prerequisite for the legal characterization of conservation and management measures. In paragraph 70 the Judgment divorces the technical aspects from the element of conformity with public international law, dismissing the latter on the pretext that it raises the problem of the legality of such measures, which the Court cannot consider in the present phase. This reductionist approach is totally unjustified. The element of conformity does indeed raise the problem of the legality of the measures, but that is absolutely no reason for excluding it from the definition, at a time when a very substantial body of international instruments, including the 1995 United Nations Convention mentioned above, demonstrates that the international legislator recognizes such conservation and management measures — which are moreover referred to as “*international*” — in light of various factors, both technical and *legal*. The fact that the latter raise an issue of legality is totally irrelevant to whether or not they should be included in the definition, which here serves simply to *identify* the measures in question.

91. What is more, the Court’s approach to this issue consists in a simple assertion — and this is undoubtedly the weakest point in its Judgment — that “*the authority from which such measures derive, the area affected by them, and the way in which they are to be enforced do not belong to the essential attributes intrinsic to the very concept of conservation and management measures*”. In this way the Court quietly disposes of the entire subject-matter of the dispute.

92. In emptying of all legal content a definition which it seeks nonetheless to present as a “legal” one, the Court appears to be saying that the Canadian measures are routine technical measures which are accepted and adopted worldwide. That is a serious assertion. For if this is what

n'importe quel Etat, côtier ou non, pour pouvoir agir comme il l'entend dans n'importe quelle zone, de haute mer ou sous juridiction nationale, de se conformer aux prescriptions techniques identifiées dans l'arrêt (nature des filets, sélection des pêches, etc.). Que restera-t-il alors de la liberté de la haute mer? Car si la Cour se déclare incompétente, elle n'aura jamais l'occasion de passer au stade du fond, celui de la licéité. S'il y a un domaine où l'aspect «*ratione loci*» a le plus d'importance, c'est dans celui du droit de la mer. Ce n'est pas à proprement parler la question de la licéité que j'évoque ici, en m'exposant trop facilement à la critique de vouloir prématurément examiner le fond. C'est plutôt l'élément *ratione materiae*, c'est-à-dire la définition des mesures de gestion et de conservation qui m'importe ici.

93. L'arrêt donne des mesures de conservation et de gestion une définition incomplète et partielle qui se contredit par la pratique internationale des Etats sur laquelle il a cherché à se fonder. L'arrêt ne tient pas non plus assez compte de l'approche nouvelle de la notion *internationale* des «mesures de conservation et de gestion», telle qu'elle était déjà perceptible au cours de la première conférence des Nations Unies sur le droit de la mer avec la «convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques», puis telle qu'elle s'est concrétisée dans la convention de Montego Bay, et telle enfin qu'elle a été décrite déjà en 1974 par l'arrêt de la Cour en l'affaire des pêcheries, qui déclare :

«*L'un des progrès dont le droit international maritime est redevable à l'intensification de la pêche est que, à l'ancienne attitude de laisser faire à l'égard des ressources biologiques de la haute mer, se substitue désormais la reconnaissance qu'il existe un devoir de prêter une attention suffisante aux droits d'autres Etats ainsi qu'aux impératifs de la conservation dans l'intérêt de tous*» (*Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 31, par. 72; les italiques sont de moi*).

94. Il est tout à fait clair que cette nouvelle approche ne pouvait être, et n'a été en fait, qu'une approche internationale, sans quoi on aurait substitué au désordre de la surpêche, un autre désordre, celui créé par chaque Etat de prendre à sa guise et en tout lieu les mesures de conservation et de gestion qu'il veut. Limiter ce progrès à une simple harmonisation des éléments techniques de la pêche, comme l'a fait l'arrêt, c'est ignorer tout le renouveau juridique qui, désormais, et depuis deux ou trois décennies, entoure ces mesures de conservation et de gestion et *qui exprime juridiquement un besoin profond des Etats de clarification, d'harmonisation et de coopération*. Ces mesures ne peuvent donc pas être réduites à n'importe quel acte que prendrait un Etat sur le plan des seuls choix techniques de conservation, en oubliant qu'elles doivent désormais s'insérer dans un réseau international de droits et d'obligations que les Etats se sont créé. *La logique économique et la logique juridique doivent ici se conjuguer, et se conjuguent en fait dans tous les instruments inter-*

they are, any State, whether coastal or not, in order to be able to act as and wherever it wishes, whether on the high seas or in areas under national jurisdiction, will merely have to satisfy the technical requirements which are identified in the Judgment (type of nets, regulation of catches, etc.). What will then be left of the freedom of the high seas? For, once the Court finds that it lacks jurisdiction, it will never have the opportunity to move on to the merits stage, the issue of legality. If there is any sphere of law in which the *ratione loci* aspect is of the greatest importance, it is the law of the sea. It is not the issue of legality as such that I seek to raise here; that would lay me open all too easily to the charge of pre-empting an examination of the merits. What concerns me rather is the *ratione materiae* aspect, that is to say, the definition of conservation and management measures.

93. The Judgment gives an incomplete and partial definition of conservation and management measures which is contradicted by the international practice of States in which it sought its basis. Nor does the Judgment take sufficient account of the new approach embodied in the *international* concept of "conservation and management measures", an approach which was already evident at the First United Nations Conference on the Law of the Sea and resulted in the Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas; it was then formalized in the Montego Bay Convention, and had in fact been described as early as 1974 in the Court's Judgment in the fisheries case:

"It is one of the advances in maritime international law, resulting from the intensification of fishing, that the former laissez-faire treatment of the living resources of the sea in the high seas has been replaced by a recognition of a duty to have due regard to the rights of other States and the needs of conservation for the benefit of all." (*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1974, p. 31, para. 72; emphasis added.)

94. It is perfectly clear that this new approach could only be — and indeed has been — an international one; otherwise the chaos created by overfishing would have been replaced by chaos of a different kind — that produced by each State taking, as and wherever it thought fit, whatever conservation and management measures it wished. To limit this advance to a simple harmonization of the technical aspects of fishing, as the Judgment has done, is to ignore the entire development, both now and over the last two or three decades, in the law on conservation and management measures, a process which gives judicial expression to a profound need on the part of States for clarification, harmonization and co-operation. Such measures cannot therefore simply be reduced to any act done by a State with regard to its choice of conservation techniques, whilst ignoring the fact that these measures now have to be incorporated into an international network of rights and obligations which States have created for themselves. *Here, economic logic and legal logic have to combine*

nationaux pour éviter le désordre aussi bien d'une surpêche sauvage que d'une réglementation illicite. La question de la conformité au droit international fait partie intégrante de la définition internationale des mesures de conservation et de gestion; elle est «*built in*». Il ne s'agit pas ici de juger au fond et de prononcer quelque responsabilité que ce soit. Il s'agit simplement de dire que l'interprétation de l'expression «mesures de conservation et de gestion» conduit à écarter la réserve.

95. Le paragraphe 70 de l'arrêt a l'ambition de donner la définition que le «*droit international*» offre de la notion de «mesures de gestion et de conservation», puisqu'il commence par la formule: «Selon le droit international, ...» Mais le paragraphe s'achève curieusement par un alinéa dans lequel l'arrêt écarte de cette définition, censée pourtant être de «*droit international*», tout ce qui se réfère aux caractéristiques *juridiques* (comme la qualité ou l'identité de l'auteur desdites mesures ou la nature des espaces maritimes concernés par elles), pour ne retenir que les aspects *techniques et scientifiques* de ces mesures. *Comment le droit international peut-il livrer une définition aussi incomplète qui, prise à la lettre, semblerait autoriser la violation du principe le mieux établi de ce même droit international, celui de la liberté de la haute mer? Je ne puis me laisser convaincre que je touche là à une question de fond, celle de la licéité. Je reste en réalité en deçà, au seuil de cette question, pour observer simplement que, à suivre l'arrêt, le droit international s'autodétruit en livrant une définition qui permet de le transgresser aussi frontalement. Comment pourrait-on ainsi opposer de manière aussi flagrante le droit international à lui-même?*

96. C'est d'une telle approche que souffre l'arrêt, notamment en tous ses paragraphes qui écartent trop commodément la question de la licéité, et spécialement ses paragraphes 54, 56, 79, 80, 85 et 87. A ne m'en tenir qu'au paragraphe 79 de l'arrêt, je regrette que la Cour y ait affirmé qu'«aucune règle d'interprétation n'exige que des réserves soient interprétées comme visant uniquement des actes compatibles avec le droit international ... [C]e serait là confondre licéité des actes et consentement à la juridiction...» Ce serait parfaitement exact s'il ne s'était agi que d'interprétation. Mais ici, on ne saurait interpréter un élément *constitutif* d'une définition internationale à l'exclusion d'un autre, faisant pourtant partie de la même définition par la volonté d'un législateur international. Tous ces éléments *sont préalables* à la démarche d'interprétation qui doit les viser tous, sans écarter aucun d'entre eux.

97. Il n'est donc pas possible d'interpréter les mesures canadiennes visant la haute mer en fonction de l'ordre juridique interne du Canada, car c'est bien cela que l'arrêt a fait en réalité, puisque la définition des mesures de conservation et de gestion que celui-ci prétend tirer du droit international s'est finalement trouvée réduite à une définition technique courante, la même qui inspire précisément les législations et réglementations canadiennes, sans égard pour le respect du principe de la liberté de la haute mer. Sur la base de sa réserve ainsi interprétée par l'arrêt, le

— as indeed they do in all international instruments — in order to avoid the chaos both of uncontrolled overfishing and of illegal regulation. Compatibility with international law is an integral part of the international definition of conservation and management measures; it is “built in”. This is not to adjudicate on the merits or to make any ruling on responsibility; it is simply to state that, on a true interpretation of the expression “conservation and management measures”, the reservation cannot be upheld.

95. Paragraph 70 of the Judgment sets out to give the definition to be found in “international law” of the concept of “conservation and management measures”, since it begins with the words: “According to international law, . . .”. But, strangely, it ends with a paragraph in which the Judgment removes from that definition — notwithstanding its claim to be a definition under “international law” — all references to the legal elements (such as the status or identity of the author of the measures or the nature of the maritime area affected by them), retaining only the *technical and scientific* aspects. *How could international law possibly supply such an incomplete definition, which, taken literally, would appear to authorize the violation of the most firmly established principle of this same international law, namely freedom of the high seas? I cannot be persuaded that I am touching here upon an issue going to the merits, that of legality. In reality I have stopped short of that, and would simply point out that, on the basis of the Judgment, international law is bent on a course of self-destruction in supplying a definition which allows it to be so directly violated. How is it possible to turn international law against itself in so flagrant a manner?*

96. It is this kind of approach which flaws the Judgment, including all those paragraphs in which the issue of legality is so conveniently dismissed, and especially paragraphs 54, 56, 79, 80, 85 and 87. Even confining myself to paragraph 79, I find regrettable the Court’s assertion that “there is no rule of interpretation which requires that reservations be interpreted so as to cover only acts compatible with international law . . . [T]his is to confuse the legality of the acts with consent to jurisdiction . . .”. That would be perfectly correct if interpretation alone had been involved. Here, though, it should not be the case that one *constituent* element of an international definition is interpreted to the exclusion of another, when an international legislator has made the latter a part of the definition. All these elements *are prerequisites* for the process of interpretation, which must look at them all, without exception.

97. It follows, therefore, that the Canadian measures relating to the high seas cannot be interpreted on the basis of Canada’s own internal legal order — for this in effect is what the Judgment has done — since the definition of conservation and management measures which the Judgment claims to draw from international law has ultimately been reduced to a commonplace technical definition — the very same that underlies the Canadian legislation and its implementing rules — without any regard for respect of the principle of freedom of the high seas. On the basis of its

Canada est protégé contre la sanction du juge. Mais en vérité les mesures de conservation et de gestion ne peuvent s'apprécier qu'au regard du droit international. S'il en est ainsi, et il ne peut pas en aller autrement, la Cour devait alors se déclarer compétente à ce stade et déterminer lors de l'examen du fond si les mesures prises contre les bateaux espagnols constituaient effectivement des mesures de gestion et de conservation (voir l'article 79, paragraphe 7, du Règlement).

(*Signé*) Mohammed BEDJAOUI.

reservation as thus interpreted by the Judgment, Canada is protected against judicial scrutiny. In reality, however, conservation and management measures fall to be assessed solely by reference to international law. If this is so — and it cannot be otherwise — then the Court was bound to declare itself competent at this stage and to undertake an examination of the merits in order to determine whether the measures taken against the Spanish vessels were in fact conservation and management measures (see Article 79, paragraph 7, of the Rules of Court).

(Signed) Mohammed BEDJAOUI.
