

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

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.

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.

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*

*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.

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.

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.

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.

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».

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-

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

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

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

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-

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

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, dérogé 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

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.

* * *

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

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

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

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*

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

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-

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

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.

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

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-

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

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 :

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

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.

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

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».

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

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-*

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

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.
