

## OPINION DISSIDENTE DE M. RANJEVA

*Sommaire analytique — Risque de remise en cause de la clause optionnelle — dénaturation de l'objet du différend principal.*

*Objet du différend — Modification judiciaire de l'objet du différend présenté par le demandeur constitutive d'un ultra petita.*

*Défaut de pertinence de la jurisprudence invoquée par l'arrêt — Interprétation de l'objet du différend par référence à l'acte de saisine — Absence de base légale pour la modification de l'objet du différend présenté dans la requête — Paragraphe 1 de l'article 40 du Statut de la Cour internationale de Justice — Obligation pour la Cour de respecter l'intégrité du petitum — Demandes au fond et objections ou exceptions à la compétence — Impossibilité juridique de définir l'objet définitif du différend principal.*

*Distinction entre différend réel et arguments ou fausses conclusions mise en œuvre lors de la phase de clôture de l'instance — Difficulté de statuer sur la causa petendi — Procédure préliminaire et situation de l'objet du différend.*

*Interprétation de la réserve canadienne — Historique des négociations sur la définition des « mesures de conservation et de gestion » de la convention de 1995 — Le Canada coauteur de la première proposition d'amendement incorporant le renvoi au droit international pour la définition des mesures de conservation et de gestion — Acceptation et portée de l'amendement coparrainé par le Canada — Analyse de la notion de « mesures de conservation et de gestion » — Absence de pratiques internationales contraires aux prescriptions de l'alinéa b) de l'article premier de l'accord de 1995.*

*Double objet du renvoi à la définition des « mesures de conservation et de gestion » à la convention de 1982 : élément de licéité relevant du fond et élément de définition pertinent pour la phase préliminaire — Renvoi au droit et définition juridique en général d'un concept — Référence au droit international pour la définition des concepts utilisés dans un acte unilatéral — Dualité de nature de l'acte unilatéral de réserve — Réseau de liens juridictionnels entre les parties à la clause optionnelle — Acceptation des conditions de l'auteur de la réserve lors du dépôt de la requête — Création de liens conventionnels entre défendeur et demandeur — Le droit international cadre commun de référence aux deux parties litigantes.*

*Question lors du différend préliminaire — Caractère non exclusivement préliminaire de l'objection du défendeur.*

Le respect que je porte à la Cour et à mes collègues ainsi que les exigences d'une bonne administration de la justice internationale m'amènent, à mon grand regret, à exprimer une opinion dissidente et à justifier les raisons de mon vote négatif au dispositif du présent arrêt.

1. Je forme le vœu que le présent arrêt de la Cour ne soit pas interprété par les commentateurs et les lecteurs comme sonnante le glas du mécanisme de la clause optionnelle du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de

la Cour internationale de Justice. L'arrêt a adopté une démarche critique qui peut porter atteinte à l'intégrité du mécanisme de la juridiction internationale dont la base de compétence est de nature consensuelle.

2. *En premier lieu*, il aurait été, à mon avis, plus approprié, à propos de l'objet du différend, de faire l'économie de longs développements autonomes qui aboutissent à la dénaturation de l'objet du différend principal: en effet, à l'objet défini par le demandeur, l'arrêt a substitué, sans jurisprudence pertinente à l'appui, un objet autre. Pour ma part, que l'objet du différend fût interprété de manière large comme l'entendait le demandeur ou de manière étroite selon le défendeur, la question importait peu; à la phase préliminaire, il s'agissait de déterminer si le différend entraînait ou non dans les prévisions de la réserve stipulée dans la déclaration de la partie défenderesse.

3. *En second lieu*, l'interprétation de la réserve de la partie défenderesse apparaît inacceptable lorsqu'elle limite l'interprétation, même à titre préliminaire, de la définition des «mesures de protection et de gestion» à la seule dimension matérielle et exclut toute référence à l'élément juridique de droit international incorporé dans la définition de ces mesures dans plusieurs instruments conventionnels pertinents; la définition des «mesures de protection et de gestion», utilisée par l'arrêt pour l'interprétation de la réserve canadienne, manque de base pour son effectivité. L'arrêt invoque des pratiques nationales, nécessairement en deçà de la zone des droits souverains de deux cents milles; en revanche, la décision n'est pas à même d'invoquer une seule pratique internationale contraire à la définition consensuelle de ces mesures et constitutive d'une *opinio juris*.

## I. OBJET DU DIFFÉREND

4. Contrairement à l'analyse effectuée par la Cour dans les paragraphes 29 à 33, j'estime que l'ensemble de la jurisprudence invoquée pour justifier la modification, par voie judiciaire, de l'objet du différend tel qu'exposé par le demandeur, n'est pas pertinente à l'analyse. La conclusion énoncée au paragraphe 35 est sans précédent dans la jurisprudence: la Cour ne s'est jamais reconnue la compétence pour modifier l'objet du différend, et l'eût-elle voulu qu'une telle décision aurait manqué de base légale et constitué un *ultra petita*.

5. Bien qu'à mon avis, il s'agisse d'une question subsidiaire pour le règlement du présent différend préliminaire, je me dois d'expliquer mon désaccord, compte tenu des conclusions auxquelles l'arrêt est parvenu sur ce point.

### 1. Défaut de pertinence de la jurisprudence invoquée

6. L'arrêt invoque plusieurs décisions antérieures de la Cour pour justifier la modification de l'objet du différend par rapport à l'objet du dif-

férend principal formulé par la partie demanderesse. L'analyse de la jurisprudence évoquée montre que la conclusion de l'arrêt est contestable: il n'y a pas de précédent qui autorise la Cour à disqualifier ou à changer les termes de l'objet défini par le demandeur; la juridiction, selon les circonstances propres de chaque espèce, a ajusté les limites du différend mais n'a pas substitué un nouvel objet à celui présenté par le demandeur au principal. La Cour ne s'est jamais prononcée de manière aussi catégorique qu'au paragraphe 29 de la présente décision lorsqu'elle affirme que: «La Cour ne saurait s'en tenir aux seuls termes de la requête ni, plus généralement, s'estimer liée par les affirmations du demandeur.» Afin de faciliter la compréhension du présent paragraphe, on suivra l'ordre adopté par l'arrêt.

### 1) Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)

7. La Cour n'a pas été saisie d'un compromis *stricto sensu* contrairement à la description qui a été faite dans le paragraphe 29. Les deux Parties «sont convenu[e]s ... que l'instance avait en fait été introduite par deux notifications successives du compromis que constitue l'accord-cadre du 31 août 1989» (*C.I.J. Recueil 1994*, p. 11, par. 8). Mais il y avait accord entre les deux Parties pour qualifier de *territorial* le différend les opposant dans la bande d'Aouzou. Les demandes respectives des Parties (portant sur l'étendue de la zone contestée) étaient si divergentes que la Cour devait définir la superficie litigieuse.

«18. La Cour a été saisie du présent différend entre la Libye et le Tchad par les notifications qui lui ont été faites du compromis constitué par l'accord-cadre du 31 août 1989 ... L'accord-cadre présentait le différend entre les Parties comme «leur différend territorial», mais ne le qualifiait pas davantage; or il ressort des écritures et des plaidoiries des Parties que celles-ci sont en désaccord sur la nature du différend ...

19. La Libye considère ainsi qu'il n'existe pas de frontière et demande à la Cour d'en déterminer une. Quant au Tchad, il considère qu'il existe une frontière et demande à la Cour de dire quelle est cette frontière. Pour la Libye, l'affaire a trait à un différend concernant l'attribution d'un territoire, tandis que, pour le Tchad, elle a trait à un différend sur le tracé d'une frontière.» (*C.I.J. Recueil 1994*, p. 14-15.)

Mais en réalité, il n'y avait pas de différence substantielle entre les Parties, sur le fond de la question. En effet, si le différend porte sur le tracé de la frontière ou s'il porte sur l'attribution d'un territoire, l'objet véritable du différend est d'établir les limites précises du territoire de chacun des deux Etats. La Cour, en principe, a admis que tel était le cas.

## 2) Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)

8. Dans les affaires des *Essais nucléaires*, la Cour a souligné qu'elle était en droit d'interpréter les conclusions des Parties pour s'assurer de l'objet véritable du différend, de l'objet et du but de la demande, en prenant en considération non seulement les conclusions du demandeur mais l'ensemble de la requête, les arguments développés devant la Cour par le demandeur, les échanges diplomatiques qui ont été portés à son attention et les déclarations publiques faites au nom du gouvernement demandeur. «Si ces éléments délimitent nettement l'objet de la demande, ils ne peuvent manquer d'influer sur l'interprétation des conclusions.»<sup>1</sup> La Cour a aussi souligné son pouvoir

«d'écarter, s'il est nécessaire, certaines thèses ou certains arguments avancés par une partie comme élément de ses conclusions quand elle les considère, 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»<sup>2</sup>.

9. Dans le premier arrêt, *Australie c. France*, les conclusions de la Cour se comprennent à la lumière des deux données suivantes :

- la France faisant défaut à la procédure, la Cour *proprio motu* et se fondant sur le paragraphe 2 de l'article 53 de son Statut s'est assurée du bien-fondé en droit et en fait des conclusions, c'est-à-dire des indications de ce que le demandeur lui demande de décider. Le doute pouvait, en effet, être instillé de la présence de deux paragraphes distincts de conclusion dans la requête, le second ayant un objet déclaratoire de droit ;
- c'est en se fondant sur le comportement persistant et les déclarations constantes de l'Australie, uniquement, que la Cour a défini l'objet du différend en distinguant ce que le demandeur réclamait et les éléments de la conclusion : les thèses, les arguments et les motifs.

10. Dans le second arrêt, *Nouvelle-Zélande c. France*, les termes du problème sont apparemment quelque peu différents, compte tenu du caractère spécifique des conclusions néo-zélandaises. L'arrêt, en effet, a procédé à l'analyse de l'entière de l'objet du différend en distinguant l'origine de l'objectif initial et ultime, dans le passage suivant :

«Il est clair cependant que le différend trouve son origine dans les

<sup>1</sup> *Essais nucléaires (Australie c. France)*, C.I.J. Recueil 1974, p. 263, par. 30, et *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, p. 467, par. 31.

<sup>2</sup> *Essais nucléaires (Australie c. France)*, C.I.J. Recueil 1974, p. 262, par. 29, et *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, p. 466-467, par. 30.

essais nucléaires atmosphériques effectués par la France dans la région du Pacifique Sud et que le demandeur a eu *pour objectif initial et conserve pour objectif ultime* la cessation de ces essais.» (C.I.J. Recueil 1974, p. 467, par. 31; les italiques sont de moi.)

Ainsi, c'est en se fondant sur la continuité et la cohérence de l'attitude et des demandes de la partie requérante que la Cour s'appuie pour interpréter l'objet du différend sans pour autant aboutir à une modification de cet objet initial. L'arrêt a interprété les conclusions de la Nouvelle-Zélande telles qu'elles étaient formulées dans la requête, confirmées par le comportement constant et continu du demandeur et finalisées dans les conclusions.

### 3) Droit de passage sur territoire indien

11. Dans cette affaire, la Cour, pour ne pas se laisser induire en erreur par un passage de la requête intitulé «Objet du différend», qui décrivait l'objet du différend de façon restrictive, a précisé cet objet en récapitulant les différentes formules des demandes déjà énoncées dans la requête, les plaidoiries et les conclusions des Parties.

### 4) Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahrein

12. L'objet du différend était, d'accord entre les Parties, défini selon la formule «bahréinite»; le Qatar, qui a saisi la Cour par voie de requête et qui n'a présenté que ses propres demandes n'a pas été pour autant déchu de son droit procédural pour n'avoir pas soumis l'entière du différend; par un jugement interlocutoire, il a été demandé aux Parties de présenter l'entière de l'objet du différend. Dans cette affaire, la Cour a confirmé que le différend soumis par Qatar le 30 novembre 1994 correspondait exactement aux accords et décisions précédents.

«Par suite, il apparaît que la formulation retenue par Qatar décrivait exactement l'objet du litige. Dans ces conditions, la Cour, tout en regrettant qu'un accord n'ait pu intervenir entre les Parties quant à ses modalités de présentation, est amenée à constater qu'elle est maintenant saisie de l'ensemble du différend, et que la requête de Qatar est recevable.» (C.I.J. Recueil 1995, p. 25, par. 48.)

En conséquence, d'une part la jurisprudence invoquée traite de l'interprétation de l'objet du différend en se référant aux termes utilisés dans l'acte de saisine, d'autre part cette interprétation a consisté à déterminer l'entière de cet objet sans pour autant en modifier les termes.

2. *Absence de base légale pour une modification par la Cour de l'objet du différend présenté par le demandeur devant la Cour*

L'article 40 du Statut en son paragraphe 1 et le caractère incident de la procédure préliminaire, n'autorisent pas la Cour à modifier l'objet du différend.

1) *Les dispositions du paragraphe 1 de l'article 40 sont claires*

13. a) L'indication de l'objet du différend dans l'acte introductif est une obligation prescrite directement par le Statut. Cette obligation est indépendante de la voie mise en œuvre pour permettre à l'instance de s'ouvrir. La meilleure interprétation de la notion d'objet du différend est fournie à deux reprises dans l'ouvrage de Stauffenberg lorsqu'est traitée la notion d'objet du différend à propos de la rédaction de l'article 40 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale :

« Cette requête détermine l'objet du différend. L'« objet », terme juridique, a paru plus précis et plus utile, au point de vue de l'effet de la chose jugée, que la « nature » dont parlait l'article 30 du texte des Cinq Puissances » (rapport du comité consultatif des juristes, p. 734, et *Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale — éléments d'interprétation*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1934, p. 294),

« lors de la session préliminaire, la suppression des mots « la désignation de la chose demandée » fut proposée, ces mots étant jugés superflus, puisqu'il est déjà fait mention de l'indication de l'objet du différend, ou bien erronés puisqu'il y a des cas dans lesquels on ne demande pas une chose mais tout simplement la déclaration du droit » (*Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale — éléments d'interprétation, op. cit.*, p. 301).

L'objet du différend est très étroitement lié à la « chose demandée », le *petitum*, c'est-à-dire la reconnaissance, par la voie judiciaire, d'un droit substantiel auquel prétend la partie demanderesse dans une requête unilatérale.

14. b) Dans une introduction de l'action par voie de requête, le demandeur a la responsabilité principale pour définir l'objet originel du différend. Formellement, le *petitum* est exposé dans la requête et c'est la seule description de l'objet du différend dont dispose la Cour. Tant que la partie défenderesse n'a pas formulé elle-même ses prétentions et ses propres *petita* au fond soit dans le contre-mémoire (article 43, paragraphe 2 du Statut) soit dans le cadre d'une demande reconventionnelle (article 80 du Règlement), l'objet du différend tel qu'exposé dans la requête s'impose à la Cour. Avant la détermination définitive de l'objet du différend qui

interviendra après le dépôt des *petita* du défendeur, l'immutabilité de l'objet initial du différend au principal à l'égard du juge est incontournable: la Cour ne peut se prononcer, dans ses actes, que sur la base de cette définition sans pouvoir en modifier les termes, ni surtout porter atteinte à l'intégrité du *petitum*. Dans l'exercice de son pouvoir d'explicitement les prétentions implicites, elle ne peut modifier le *petitum* du demandeur. Tout au plus peut-elle constater qu'il n'y a pas de différend sur l'objet ou sur certains aspects de cet objet exposés dans la requête; mais en disant que le différend véritable est tel que l'arrêt le présente dans le paragraphe 35, la Cour a modifié le *petitum* du demandeur et statué en dehors du cadre de ce qui est explicitement demandé sans s'attacher à la justification de son analyse sur les propres faits, actes et comportements de la partie demanderesse. Aussi est-ce en se fondant sur une interprétation inexacte car incomplète de la jurisprudence sus-rappelée que la Cour est parvenue à une conclusion inacceptable selon laquelle «plus généralement, [elle ne saurait] s'estimer liée par les affirmations du demandeur» (voir le paragraphe 29).

- 2) *Le caractère incident de la procédure préliminaire consacrée à la compétence et à la recevabilité fixe, par transposition des paragraphes 5 et 6 de l'article 79 du Règlement, le cadre et la mesure de la référence aux faits de l'espèce au stade actuel de la procédure*

15. Les faits et actes survenus à l'*Estai* sont pour la partie défenderesse au principal des arguments et des moyens utilisés pour justifier l'incompétence de la Cour et l'irrecevabilité de la demande espagnole. Les faits ne constituent pas des demandes ni des conclusions au fond; ils sont invoqués pour faire écarter la demande principale sans examen du fond du différend par la voie de la contestation du pouvoir de la Cour de statuer sur le différend qui lui est soumis.

16. Ne disposant pas des *petita* au fond du défendeur, ni de ses conclusions en défense, la Cour ne peut, à ce stade, procéder à la détermination définitive de l'objet du différend. Au stade actuel de la procédure, la rencontre de la demande principale et de l'objection du défendeur détermine l'objet du différend préliminaire; ce dernier différend est distinct du différend principal tout en lui étant incident; c'est aux seules fins de règlement du différend préliminaire dans les termes du paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement de la Cour que cette description d'objet est effectuée. Dans ces conditions, la Cour ne dispose que d'une seule prétention, celle du demandeur exprimée dans la requête initiale. Cette définition de l'objet principal continue à s'imposer à la Cour qui, sans affecter le fond du différend, ne peut modifier le *petitum* du demandeur. En l'espèce, cependant, la Cour a procédé à une redéfinition en invoquant au paragraphe 32 la distinction entre «le différend ... [réel] et les arguments utilisés par les parties à l'appui de leurs conclusions respectives sur ce différend».

3) *Différend réel et arguments utilisés à l'appui des conclusions du paragraphe 32 de l'arrêt*

17. Les arguments utilisés par le paragraphe 32 pour fonder la distinction entre différend réel et arguments utilisés à l'appui des conclusions manquent, à l'analyse, de base démonstrative concluante, compte tenu de la pratique de la Cour et de la nature de la cause de l'action judiciaire.

18. a) Dans la pratique constante de la Cour, la mise en œuvre de la distinction entre différend réel et arguments ou conclusions et fausses conclusions est opérée au stade de clôture de l'instance, lors de l'examen du fond du différend ou lors d'une décision préliminaire de non-lieu. Cette pratique s'explique aisément pour des raisons de bon sens et de considérations procédurales. On ne peut pas, évidemment, parler de différend au sens propre tant que seules les prétentions unilatérales au fond de l'une des parties, en l'occurrence le demandeur, ont été présentées devant la Cour. Par ailleurs, c'est une fois l'objet du différend définitivement et entièrement précisé, qu'on peut faire le départ entre l'ensemble ou la totalité du litige d'une part et l'objet précis de la controverse d'autre part: les faits et points de droit soumis à la décision du juge; c'est en effet dans l'objet du différend que la Cour doit déterminer les points précis sur lesquels elle peut statuer. Dans les deux affaires des *Essais nucléaires* de 1974, la Cour avait à statuer sur une question préalable, de caractère essentiellement préliminaire: l'existence ou non d'un différend; une décision de non-lieu aurait privé de tout intérêt une disposition sur la compétence. La mise en œuvre de la distinction entre conclusions et fausses conclusions a été effectuée au niveau de l'examen des liens logiques entre les différentes conclusions formelles des parties. En 1974, pour savoir laquelle des conclusions était la fausse, la Cour a dû procéder à l'examen de l'hypothèse d'une demande de jugement déclaratoire par rapport à l'objet de la demande principale qui était la cessation des essais nucléaires en atmosphère; cette revendication avait été, dans les circonstances de l'affaire, considérée comme satisfaite. L'hypothèse d'une demande de jugement déclaratoire a été écartée, compte tenu de la demande principale.

19. b) En exposant au paragraphe 34 une explication des relations entre les éléments de fait et de droit de l'affaire, l'arrêt a pris parti sur la ou les causes de la demande de l'Espagne. Le problème, à l'analyse, se réduit cependant à l'interrogation suivante: pour statuer sur la compétence et la recevabilité, doit-on avoir égard à l'examen du motif de la prétention du demandeur? En réalité, il est difficile de déterminer avec exactitude ce qui, parmi tous ces éléments, serait de nature à justifier l'action de la partie demanderesse c'est-à-dire la *causa petendi*, alors même que le débat contradictoire sur le fond n'a pas été entamé. Cette contrainte d'ordre logique et procédural explique la raison pour laquelle les éventuelles relations de causalité ne sont discutées qu'au niveau des seules conclusions formelles, les seules données qui soient certaines et qui expriment la pensée profonde des parties et dont on peut prendre connaissance

avec certitude. En donnant, dès la procédure préliminaire, aux faits et actes litigieux une qualification de caractère définitif (voir le paragraphe 34) autre que celle que la partie demanderesse a exposée dans sa requête, l'arrêt a procédé à une modification du *petitum* du demandeur. Cette conclusion n'est pas acceptable.

20. A la fin de la procédure préliminaire, la situation de l'objet du différend pourrait être décrite dans les termes suivants. La Cour a, à sa disposition, la partie la plus importante de l'objet du différend décrit dans l'objet de la demande tel que celui-ci est exposé dans la requête d'un côté et de l'autre un ensemble de faits et d'actes constitués par «les échanges diplomatiques, les déclarations publiques et autres éléments de preuve pertinents» et utilisés aux fins de soutenir une objection de la partie défenderesse (voir le paragraphe 31 de l'arrêt). A partir de ces données, la Cour a formulé une conclusion dans laquelle l'arrêt a fait entrer l'entière-*reté* du différend. Mais le résultat final de la procédure, en l'espèce, étant le rejet définitif de la demande de l'Espagne, l'arrêt est censé avoir jugé la demande sous toutes les qualifications et toutes les hypothèses. Une telle condition n'a pu être respectée en l'espèce; l'arrêt a en effet, *proprio motu*, procédé à une modification de l'objet du différend sans avoir épuisé l'examen préalable des hypothèses possibles.

Pour ces raisons l'arrêt, en modifiant l'objet du différend par rapport à l'objet du différend décrit dans la requête, a statué *ultra petita*.

21. Je souhaiterais, pour achever cette première partie, attirer l'attention sur les risques inhérents à une décision de cette nature:

- 1) la désertion du prétoire de la Cour, faute de garantie pour les Etats contre le risque d'une modification, dès la phase préliminaire, de l'objet du différend qu'ils soumettraient à la Cour;
- 2) l'incertitude du sort des droits des parties litigantes: quelle est en effet la mesure de la *res judicata* en l'espèce?

## II. INTERPRÉTATION DE LA RÉSERVE CANADIENNE

Dans l'interprétation de la réserve canadienne, l'arrêt a défini, *proprio motu*, les mesures législatives canadiennes de mesures de protection et de gestion des ressources halieutiques. En fait, la véritable question est de déterminer si une telle définition suffit au regard du droit international.

### 1. Méthode d'interprétation de la définition des «mesures de conservation et de gestion»

22. La méthode observée par la Cour pour interpréter la clause de réserve a consisté à faire prévaloir l'intention du Canada, ce qui est parfaitement correct à condition que cette intention soit contextualisée dans

le réseau des déclarations facultatives de juridiction obligatoire. Pour ce faire, elle a considéré comme étant de droit la définition et l'interprétation exposées par l'auteur de la réserve, nonobstant tous autres instruments juridiques auxquels participent au moins les deux Etats litigants. Au stade actuel de la procédure, il ne s'agissait pas de procéder à une définition *prima facie* des mesures de conservation, mais de vérifier si toutes les conditions pour que ce que le Canada qualifie de mesures de conservation et de gestion sont satisfaites.

23. Dans le paragraphe 70 l'arrêt limite la définition des «mesures de conservation et de gestion» à leur seule dimension technique et factuelle, ce qui amène la Cour à donner sa propre définition, contrairement à la définition explicitement visée dans les deux seuls instruments internationaux directement pertinents: la convention des Nations Unies de 1995 sur les stocks chevauchants et l'accord visant à favoriser le respect par les navires de pêche en haute mer des mesures internationales de conservation et de gestion de la FAO. Cette conclusion est inacceptable car la Cour ne s'est pas limitée à interpréter le droit positif, elle a créé du droit.

## 2. *Les instruments internationaux contenant la définition des mesures de protection et de gestion*

### 1) *Historique de l'accord de 1995 sur les stocks chevauchants*

24. Les instruments internationaux pertinents sont constitués par les articles premiers

- de l'accord aux fins de l'application des dispositions de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà des zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs, dénommé accord des Nations Unies de 1995 sur les stocks chevauchants;
- et de l'accord visant à favoriser le respect par les navires de pêche en haute mer des mesures internationales de conservation et de gestion, dénommé accord FAO de 1993 sur les navires de pêche.

Les articles premiers consacrés aux définitions stipulent:

#### a) Accord des Nations Unies de 1995 sur les stocks chevauchants:

«On entend par «mesures de conservation et de gestion» les mesures visant à conserver et à gérer une ou plusieurs espèces de ressources biologiques marines qui sont adoptées et appliquées de manière compatible avec les règles pertinentes du droit international telles qu'elles ressortent de la convention et du présent accord.»

b) Convention FAO de 1993 sur les navires de pêche :

«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 ... soit par accord international.»

25. L'étude comparative de ces deux stipulations ne manque pas d'intérêt à plusieurs titres. *En premier lieu*, l'influence déterminante de l'accord FAO de 1993 sur l'accord sur les stocks chevauchants lorsqu'il s'est agi de statuer sur l'incorporation de l'élément juridique dans la définition. Le droit de référence envisagé par rapport à la convention de Montego Bay de 1982 et à chaque accord spécifique qui énonce une définition est un élément constitutif de cette définition. *En deuxième lieu*, les deux accords sont des instruments conventionnels d'application de la convention de 1982 sur le droit de la mer. Enfin, bien que ces instruments ne soient pas encore en vigueur à la date du présent arrêt, le Canada tant que l'Espagne sont parties signataires de l'accord sur les stocks chevauchants respectivement le 4 décembre 1995 et le 3 décembre 1996.

26. L'examen de l'historique de la disposition 1 b) de la convention sur les stocks chevauchants révèle le rôle important joué par le Canada pour la consécration, dans le futur accord, de l'élément juridique international comme élément constituant de la définition juridique des «mesures de conservation et de gestion». Le Canada, le 14 juillet 1993, a été coauteur de la première proposition d'amendement qui prend en considération l'élément de droit international pour définir les «mesures de conservation et de gestion». Le document initial au projet de convention (A/CONF.164/L.22) présenté à la quatrième session ne contenait pas de dispositions pour définir les «mesures de conservation et de gestion». Ce fut le 14 juillet 1993 que, par la proposition A/CONF.164/L.11, les délégations d'Argentine, du Canada, du Chili, de l'Islande et de la Nouvelle-Zélande ont introduit la référence au droit international pour la définition des «mesures de protection et de gestion» dans les termes suivants :

«a) Le terme «mesures internationales de conservation et de gestion» s'entend des mesures visant la conservation ou la gestion d'un ou plusieurs stocks chevauchants ou stocks de poissons grands migrateurs en haute mer adoptées et appliquées conformément aux principes du droit international consacrés dans la convention des Nations Unies sur le droit de la mer et, en particulier, celles adoptées ou approuvées par des organisations régionales ou sous-régionales de conservation ou en vertu d'arrangements régionaux ou sous-régionaux de conservation des ressources halieutiques.»

La proposition conjointe d'amendement n'a pas reçu un appui suffisant pour pouvoir être immédiatement incluse dans la version révisée du projet; cette résistance de la conférence de négociations explique l'insistance dont a fait montre le Japon pour que le problème fût rouvert en mars 1995 avec l'amendement formel suivant:

«Article 1, paragraphe 1.

Ajouter l'alinéa suivant au texte du président:

- c) Par «mesures internationales de conservation et de gestion», on entend les mesures visant à conserver ou à gérer une ou plusieurs espèces de stocks chevauchants de poissons et de stocks de poissons grands migrateurs qui sont adoptées et appliquées conformément aux règles pertinentes du droit international telles que reflétées dans la convention. 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.»

(Cet alinéa a été rédigé en s'inspirant de l'alinéa *b*) de l'article 1 de l'accord de la FAO visant à favoriser le respect par les navires de pêche en haute mer des mesures internationales de conservation et de gestion).» (Texte miméographié non coté.) [*Traduction du Greffe.*]

27. Le document A/Conf.164/CRP.6 en date du 6 avril 1995 incorpore pour la première fois une définition de droit positif, des mesures de conservation et de gestion au sein de l'article premier du projet révisé:

- «a) On entend par «mesures de conservation et de gestion» les mesures visant à conserver et à gérer une ou plusieurs espèces de ressources biologiques marines qui sont adoptées et appliquées de manière compatible avec les règles pertinentes du droit international telles qu'elles ressortent de la convention et du présent accord.»

La version finale a repris celle révisée (doc. A/CONF.164/22/Rev.1) moyennant une modification mineure dans les termes suivants:

- «a) On entend par «mesures de conservation et de gestion» les mesures destinées à conserver ou à gérer une ou plusieurs espèces de ressources biologiques marines qui sont adoptées et appliquées de manière compatible avec les règles pertinentes du droit international exposées dans la convention et dans le présent accord.»

28. Au terme de ce rappel historique, deux observations méritent de retenir l'attention. *En premier lieu*, le rôle du Canada pour que la mention de la référence au droit international soit un élément visé dans la définition conceptuelle des mesures de conservation et de gestion; il s'agissait d'une disposition qui n'était pas une simple clause de style

puisque'il s'est écoulé un délai de vingt-deux mois entre la présentation formelle de la proposition et son incorporation dans le projet d'accord. *En second lieu*, l'idée de «mesures internationales» visant la conservation et la gestion dans la zone de «haute mer» s'est progressivement estompée en tant que notion autonome; elle n'a pas été reprise dans la proposition d'amendement du Japon, ni relevée dans les versions finale et définitive du texte de l'accord; il s'agissait, en effet, d'un pléonasme dès lors qu'on faisait référence à la convention de 1982.

2) *Analyse de la notion de mesures de conservation et de gestion, alinéa b) de l'article premier de la convention des Nations Unies sur les stocks chevauchants*

29. Sur le plan formel, la signature par les deux parties litigantes atteste leur adhésion conceptuelle, au moins au niveau des définitions juridiques, aux stipulations de cet instrument. Ainsi, la définition formulée dans l'article premier de l'accord sur les stocks chevauchants exprime, en leur état actuel, l'expression commune et raisonnée des dispositions qui sont de nature à recueillir l'appui le plus large de la part des sujets de droit international. Quant à l'interprétation propre du Canada de la notion de «mesures de conservation et de gestion», elle remonte à juillet 1993 et considère la référence au droit international comme un élément constituant de cette définition; par ailleurs cette interprétation canadienne a été donnée bien antérieurement aux événements liés au présent litige: la modification de la loi canadienne sur la protection des pêches côtières (12 mai 1994); les incidents survenus à l'*Estai* (9 mars 1995) sans oublier le dépôt de la nouvelle déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire (10 mai 1994). Contrairement à ce que l'on pouvait attendre du Canada, compte tenu de la séquence des événements liés à la «guerre du flétan», il n'est pas trouvé trace d'une modification du comportement de la partie défenderesse, au principal, lors des négociations de l'accord sur les stocks chevauchants en relation avec la définition des «mesures de conservation et de gestion».

30. En dépit de l'affirmation de l'arrêt, aucune pratique contraire internationale d'Etat ou traité international ne viennent infirmer la définition donnée par l'accord de 1995 sur les stocks chevauchants inspirée de la convention FAO de 1993. A l'appui de sa démonstration, l'arrêt évoque des dispositions de législation nationale ou de droit européen qui se limiteraient à définir des mesures de protection et de gestion à leur seule dimension matérielle et factuelle. Ces exemples ne sont pas pertinents, car insuffisants pour justifier au regard du droit international la qualification desdites mesures. Il s'agit d'éléments de fait qui doivent être considérés comme tels.

En revanche, aucune *opinio juris* fondée sur une définition de cette notion de mesure de conservation et de gestion à sa seule dimension matérielle n'a été exposée par les Parties, ni identifiée par la Cour. Ce constat de carence amène à examiner au fond la définition de l'article premier de la convention de 1995.

### 3. *Interprétation au fond de l'alinéa b) de l'article premier de la convention de 1995*

31. L'analyse de cette définition rappelée dans l'arrêt révèle les deux éléments constitutifs de la notion: un élément descriptif et un élément de référence à la règle de droit international.

Face au caractère composite de la définition, l'arrêt a délibérément opté pour la qualification des mesures eu égard au seul élément descriptif, à l'exclusion du second élément. Cette option est critiquable et inacceptable dans la mesure où la seule justification avancée par l'arrêt se borne à exposer les risques inhérents au renvoi à l'élément de droit: le risque d'une décision *ultra petita*. Pour la Cour une décision avant dire droit traitant de l'élément de référence au droit international affecterait le fond de l'affaire.

32. Avec la majorité des membres de la Cour, on doit admettre sans problème qu'il n'y pas à statuer à la phase actuelle sur la licéité. Mais le désaccord porte sur la question de savoir si une explication portant sur les relations entre les deux éléments de la définition était nécessaire pour justifier toute décision de la Cour. L'arrêt répond de manière négative en se retranchant derrière la nature factuelle de ces mesures de gestion et de conservation. Cette décision de la Cour est inacceptable car elle ne tient pas compte du second élément de la définition qui est à envisager aussi bien dans son objet que dans sa portée, la Cour n'ayant eu en vue que ce second élément-ci. Nonobstant toute question de licéité des mesures, il appartenait à la Cour de dire si l'élément de droit est un élément intrinsèque à la définition ou tout simplement un élément opératoire. En d'autres termes, si on prive la définition de l'article premier de l'élément légal, se trouve-t-on toujours devant des mesures de protection et de conservation au sens juridique? Une telle hypothèse connaît des réponses en droit tant interne qu'international.

### 4. *Élément de droit et définition juridique*

33. En droit suisse des contrats: lorsqu'on examine la source des contrats individuels, et en l'absence de régimes législatifs particuliers, ce qui est déterminant pour définir l'origine des règles «c'est ce dont les parties *sont valablement convenues*». Pour savoir quand elles sont liées et quelle est la validité de leur accord, il faut se reporter aux principes qui sont exposés en droit des obligations (P. Tercier, *Les contrats spéciaux*, 2<sup>e</sup> éd., 1995, p. 3, par. 19). Lorsque le droit suisse envisage dans le droit des contrats de «donner aux faits constatés leur qualification juridique et de juger notamment si les parties ont suffisamment manifesté leur intention», il considère une telle question comme relevant du droit (voir S. Cyboz et Gillieron, *Code civil suisse et code des obligations annotés*, C.O., 1993, p. 1).

Dans ces conditions, un accord de volontés portant sur la partie normative, c'est-à-dire l'objet des prestations réciproques, n'est pas suffisant

pour qualifier cette rencontre de volontés manifestées réciproquement et de manière concordante. Les volontés passent par le moule du droit pour que soient assurées l'identité de l'objet de la prestation et la concordance parfaite des volontés qui se rencontrent.

34. Dans le droit des traités, la définition du traité incorpore l'élément de droit international pour qualifier un accord de volontés des Etats de traité international. Il est bien connu que faute de renvoi au droit international, le concours de volontés ne constitue pas un traité, au sens du droit des traités. Cette soumission au droit international implique d'une part le caractère non exclusif de la soumission au droit international et d'autre part la distinction entre la sanction et l'existence de règle.

35. La soumission du traité au droit international exclut, à ce niveau, une idée de sanction, ou plus exactement la déclaration de conformité ou non à la norme; la question de la licéité au regard du droit international est hors de propos. Le problème est de savoir si les parties contractantes entendent soumettre leur accord au droit international ou non; si la réponse est affirmative, on a affaire à un traité. Mais la soumission au droit international ne signifie pas que le traité soit soumis exclusivement à celui-ci. Ainsi apparaît un espace mixte où se rencontrent pour s'appliquer dans leurs sphères respectives le droit international et le droit interne. C'est à juste titre que le Canada a édicté des dispositions de droit interne maritime pour la conservation et la gestion des ressources halieutiques. Mais en droit international, le problème ne se pose pas exactement dans les mêmes termes.

36. Le renvoi au droit international n'est pas envisagé *de manière générale à la manière d'une* clause-type analogue à celle qu'on retrouve dans les contrats privés. Il est envisagé de manière restrictive (*qualified*). La convention de 1982, en raison de son caractère universel, fixe le cadre juridique de toute activité en rapport avec le droit de la mer. Aussi est-il de pratique commune aux Nations Unies d'interpréter toute règle ou tout instrument de droit international dans le domaine du droit de la mer comme devant envisager spécialement la convention de 1982 et l'accord particulier en question.

37. La référence à la convention de Montego Bay pour la définition des concepts juridiques implique, à côté de la prise en compte des éléments normatifs de définition, la considération à accorder à l'aspect *ratione loci* du droit des espaces maritimes. Cette seconde donnée est capitale pour la compréhension de l'économie générale de la convention compte tenu du rôle joué par l'idée de «paquet» lors de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. La conséquence est que dans l'accord sur les stocks chevauchants, seules les mesures de conservation et de gestion soumises et conformes aux règles de la convention de 1982 peuvent être qualifiées comme telles — indépendamment de leur licéité —, bien qu'il faille admettre que la nuance soit très légère entre la définition de droit international et la licéité de ces mesures.

38. En conclusion, dans ces exemples tirés certes de rapports juridiques conventionnels, la référence au droit est une condition intrinsèque de la qualification d'un acte juridique.

*5. Élément de droit et définition juridique  
dans un acte unilatéral*

39. En la présente espèce, le problème tient à la nature unilatérale de la déclaration de réserve; l'arrêt en déduit comme conséquence la primauté de la volonté de l'auteur de la déclaration et partant la place large, sinon exclusive, accordée au droit interne de la partie défenderesse au principal. Il en résulte une restriction de la définition à son aspect matériel même pour une qualification de ces faits en droit international.

La législation de droit interne, au regard du droit international, relève de la même nature juridique que les faits soumis à l'examen du juge international qui est lié par la loi des parties. Il était donc nécessaire pour la Cour d'établir avec exactitude les faits pertinents aux fins de règlement du différend préliminaire; mais il était insuffisant de ne s'en tenir qu'à cette dimension, sauf à vouloir méconnaître la nature de l'acte unilatéral de réserve à la compétence obligatoire. Unilatérale quant à sa source, la réserve est internationale quant au déploiement de ses effets et en ce sens, elle relève à la fois du droit interne, ce que l'arrêt démontre à suffisance, et du droit international, ce que l'arrêt évite de trancher voire même d'envisager, ce qui est inacceptable.

40. Une déclaration assortie de réserve, parfaitement licite au regard du Statut de la Cour, comme l'est, en la présente espèce, la déclaration canadienne, ne peut en effet avoir pour conséquence de conférer au seul auteur de la réserve la réalisation de la condition de l'exercice par la Cour de sa compétence juridictionnelle. Les dispositions du paragraphe 6 de l'article 36 interdisent à la Cour de laisser à l'appréciation arbitraire de l'une des parties l'interprétation d'une déclaration que cette partie a effectuée de manière entièrement discrétionnaire.

En faisant droit à l'interprétation unilatérale de la réserve, une consécration judiciaire de la définition matérielle des mesures de conservation et de gestion méconnaît la nature du réseau de liens institué par les différentes déclarations d'acceptation du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. Les liens entre les parties litigantes se nouent au moment où les conditions stipulées par le défendeur sont acceptées, réserve comprise, par le demandeur lors du dépôt de la requête. Dorénavant, on n'a plus affaire à une seule volonté, unique, celle du défendeur, mais à la volonté commune des deux parties, telle que réalisée à l'occasion de la rencontre des volontés de l'auteur de la réserve et de l'Etat demandeur, concomitance qui a mis en action le lien juridictionnel entre les parties litigantes. Il est, dès lors, difficile de s'écarter des règles traditionnelles d'interprétation conventionnelle lorsqu'il y a lieu d'examiner la rencontre des volon-

tés, soutenue par des arrière-pensées différentes concernant la signification des mesures de conservation et de gestion.

41. La rencontre de volontés, en soi, ne suffit cependant pas pour la création d'obligations juridiques. Il en est ainsi lorsque les parties à un accord n'ont pas voulu établir entre elles un rapport juridique et qu'elles ont entendu écarter leur volonté commune de l'espace couvert par le droit. En matière de qualification juridique, comment peut-on être assuré de la rencontre des volontés sur l'acception commune d'une notion particulière si on n'a pas recours au mode d'expression accepté de l'*opinio juris* international, c'est-à-dire le droit international? La rencontre des volontés ne s'est ainsi opérée qu'à la condition que chaque partie ait coulé son consentement dans le moule de la définition des mesures de conservation et de gestion en droit international. Il en résulte que c'est par rapport à la définition en droit international que doit être interprétée la notion en cause aux fins de clôturer le différend intermédiaire dans la présente instance. Cette définition dans le droit comprend deux volets *ratione materiae* et *ratione loci*.

La question aurait été de nature différente si la réserve canadienne stipulait la compétence exclusive de l'auteur de la déclaration pour interpréter le droit international, mais une telle clause n'existe pas. Dans ces conditions, c'est à la Cour qu'il appartient de définir ces mesures de conservation et de gestion selon le droit international.

Mais la Cour ne peut répondre à la question essentielle du différend préliminaire (le différend présenté par le demandeur dans sa requête entre-t-il dans les prévisions de la déclaration et de la réserve du défendeur?) tant qu'elle n'a pas procédé à l'examen au fond du différend. Il faut en effet examiner le contenu de la mesure, la pratique des Etats, pour s'assurer s'il s'agit de mesures de protection et de gestion, au sens où l'entend la convention de 1982. Ainsi l'objection n'a pas un caractère exclusivement préliminaire. En répondant par l'affirmative à la question, l'arrêt donne droit aux revendications théoriques de fond du défendeur qui sollicite une immunité des mesures et actes qu'il accomplit, indépendamment de leur licéité.

Au terme de mon analyse:

- 1) les développements de l'arrêt relatif à l'objet du différend sont sans lien direct avec la question que la Cour a à traiter à l'occasion de la présente procédure préliminaire;
- 2) l'objection du Canada n'a pas un caractère exclusivement préliminaire et doit être jointe au fond.

(Signé) Raymond RANJEVA.