

OPINION DISSIDENTE DE M. TORRES BERNÁRDEZ

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
AVANT-PROPOS	584
CHAPITRE I. LA SINGULARITÉ DE LA PROCÉDURE	584
CHAPITRE II. LES FAITS GÉNÉRATEURS DU DIFFÉREND	590
CHAPITRE III. L'OBJET DU DIFFÉREND	601
A. La notion de l'objet du différend et ses composantes	601
B. L'objet du différend à la lumière de la « <i>causa petendi</i> » et du « <i>petitum</i> » du demandeur	603
C. Le titre comme cause de l'action en justice à la lumière de la jurisprudence de la Cour relative au droit de la mer	609
D. La position du défendeur sur l'objet du différend	613
E. La nouvelle définition faite par l'arrêt de l'objet du différend est-elle conforme au droit applicable et à la jurisprudence de la Cour?	616
F. Conclusion sur le chapitre III	628
CHAPITRE IV. LA COMPÉTENCE DE LA COUR DANS L'AFFAIRE	629
A. Questions générales	629
1. La manifestation du consentement à la juridiction dans le système de la clause facultative: les déclarations	629
2. Se pose-t-il dans le présent incident une question quelconque relative au principe du consentement à la juridiction ou à la non-présomption de ce consentement	631
3. La liberté des Etats d'insérer des conditions et des réserves dans les déclarations a-t-elle des limites?	634
4. La bonne foi et la confiance mutuelle comme principes essentiels du système de la clause facultative du Statut de la Cour	638
5. Règles et méthodes d'interprétation des déclarations invoquées par les Parties et position générale adoptée par l'arrêt sur la question	639
6. Les fonctions respectives des Parties et de la Cour dans une procédure préliminaire sur la compétence	644
B. La question de la recevabilité ou de l'opposabilité à l'Espagne de la réserve de l'alinéa <i>d</i>) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada dans les circonstances de l'espèce	646
C. L'interprétation de la déclaration du Canada du 10 mai 1994, y compris de la réserve de l'alinéa <i>d</i>) de son paragraphe 2	656
1. La déclaration canadienne comme objet de l'interprétation à faire par la Cour	656

2. La question de l'interprétation restrictive ou extensive de la réserve de l'alinéa <i>d</i>) du paragraphe 2 de la déclaration	659
3. L'économie générale de la déclaration du Canada	662
4. L'intention juridiquement pertinente pour l'interprétation de la déclaration du Canada	666
5. L'interprétation de bonne foi de la déclaration du Canada, y compris de la réserve de son alinéa <i>d</i>)	670
6. Le sens ordinaire des termes de la réserve de l'alinéa <i>d</i>) dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de la déclaration du Canada	674
7. Le rôle du droit international dans l'interprétation de la réserve de l'alinéa <i>d</i>) de la déclaration du Canada	681
8. Les circonstances entourant le dépôt de la déclaration du Canada comme moyen complémentaire d'interprétation	685
<i>a</i>) Les déclarations faites le 12 mai 1994 au Sénat par le ministre canadien des affaires étrangères et du commerce international	686
<i>b</i>) Les déclarations du ministre canadien des pêches et des océans	688
<i>c</i>) Le communiqué de presse du 10 mai 1994	689
9. Autres moyens complémentaires d'interprétation	689
<i>a</i>) La déclaration du Canada du 7 avril 1970	689
<i>b</i>) La convention de l'OPANO de 1978	691
10. L'interprétation de la réserve de l'alinéa <i>d</i>) de la déclaration canadienne à lumière des règles, éléments et méthodes d'interprétation du droit international	693
<i>a</i>) Les «mesures» prévues par la réserve	693
<i>b</i>) Les «navires pêchant» de la réserve	698
<i>c</i>) Les «mesures de gestion et de conservation» de la réserve et la non-définition de ces mesures dans la déclaration	703
<i>d</i>) Les mots l'«exécution de telles mesures» dans la réserve et le silence sur l'usage de la force dans les matières réservées par la déclaration	721
<i>e</i>) L'expression «différends auxquels pourraient donner lieu les mesures...» de la réserve et l'objet du différend soumis par l'Espagne	733
CHAPITRE V. AUTRES QUESTIONS	735
1. La compétence de la compétence de la Cour	735
2. Les objections ou exceptions n'ayant pas un caractère exclusivement préliminaire	736
3. La portée de la <i>res judicata</i> du présent arrêt	737
CONCLUSION GÉNÉRALE	737

AVANT-PROPOS

Dire que je me dissocie du présent arrêt rendu par la Cour est peu dire tant les divergences entre la majorité et moi-même sont profondes. C'est la raison de la longueur de la présente opinion dissidente dans laquelle je me suis fait le devoir d'exposer, avec le détail requis, mes vues sur les diverses questions de fait et de droit qui, à mon avis, se posent dans le présent incident préliminaire sur la compétence, car il arrive soit qu'un certain nombre de ces questions ne trouvent pas de réponse dans l'arrêt, soit que les réponses qu'on y trouve ne sont pas, pour moi, bien fondées, compte tenu de l'objet du différend soumis par l'Espagne, du droit applicable à l'interprétation et à l'application de la déclaration canadienne d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour et d'autres circonstances de l'espèce.

CHAPITRE I. LA SINGULARITÉ DE LA PROCÉDURE

1. La requête introductive d'instance déposée par l'Espagne le 28 mars 1995 contre le Canada fonde la compétence de la Cour en l'affaire sur le paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour, les deux pays étant des «Etats déclarants» dans le cadre du système de la clause facultative, l'Espagne par le dépôt de sa déclaration du 15 octobre 1990 et le Canada par le dépôt de sa déclaration du 10 mai 1994. La qualité d'Etat déclarant des deux Parties n'est pas en question dans la présente procédure comme c'est parfois le cas. Par exemple, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, où l'existence ou la validité de la déclaration du demandeur était au centre même du débat juridictionnel. Rien de tel dans la présente affaire.

2. Toutefois, le défendeur, dans un premier temps, s'est opposé à la requête de l'Espagne en alléguant dans sa lettre du 21 avril 1995 l'incompétence manifeste de la Cour. Invoquer *in limine* l'incompétence manifeste de la Cour entre Etats déclarants dans le cadre du système de la clause facultative est une attitude qui ne peut pas, et ne doit pas, être passée sous silence dans la mesure où elle représente une atteinte, au sein de ce système, à la compétence de la compétence dévolue à la Cour par le paragraphe 6 de l'article 36 du Statut, ainsi que par le droit international.

3. Tout Etat a le choix d'être ou de ne pas être Etat déclarant conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, mais aucun Etat déclarant n'a le droit d'accepter la juridiction obligatoire de la Cour avec la réserve mentale de pouvoir exclure unilatéralement, le moment venu, la compétence de la compétence de la Cour. La déclaration du Canada ne le fait d'ailleurs pas. Au contraire, elle contient une réserve de compétence nationale dont le sens doit être déterminé objectivement et non pas de manière subjective. Dans ces conditions, des allégations d'incompétence manifeste (qui trouvent leur origine historique dans des cas relevant de

l'article 53 du Statut) ne sont pas de mise et doivent être dénoncées car elles sont, en effet, peu compatibles avec les principes de la bonne foi et de la confiance mutuelle qui président aux rapports entre Etats déclarants dans le cadre du système de la clause facultative.

4. Ce qu'un Etat déclarant défendeur est censé faire, s'il s'oppose *in limine* à une requête d'un autre Etat déclarant, c'est de déposer en bonne et due forme un acte introductif d'exception préliminaire, conformément à l'article 79 du Règlement de la Cour, contenant l'exposé de fait et de droit sur lequel l'exception est fondée. Cet acte introductif d'exception est le «chaînon manquant», le «*missing link*» de la présente procédure et cette absence a eu des conséquences procédurales regrettables tant dans la phase écrite que dans la phase orale.

5. La position initiale du Canada sur l'incompétence manifeste fut modifiée à la suite de l'accord intervenu entre les Parties lors d'une réunion que le président de la Cour a tenue avec leurs représentants le 27 avril 1995, ainsi qu'il est expliqué dans l'ordonnance du 2 mai 1995 prise par le président; c'est par cette ordonnance que la présente phase incidente a été ouverte. Le Canada a donc admis qu'il appartient à la Cour, en vertu du paragraphe 6 de l'article 36 du Statut, de se prononcer sur l'objection à la compétence qu'il avait soulevée. Le contre-mémoire et les plaidoiries du Canada l'ont aussi confirmé.

6. L'ordonnance du 2 mai 1995 signale qu'«il a été convenu qu'il serait statué séparément, avant toute procédure sur le fond, sur la question de la compétence de la Cour en l'espèce; et que les Parties sont également convenues, au cours de la même réunion, des délais pour le dépôt des pièces de la procédure sur cette question». Dès lors, compte tenu de cet accord, la même ordonnance fixait la date d'expiration des délais pour le dépôt d'un mémoire de l'Espagne et d'un contre-mémoire du Canada sur la question de la compétence de la Cour.

7. Il est donc clair que le demandeur, l'Espagne, a donné son accord à l'ordre de présentation des pièces écrites fixé par l'ordonnance du 2 mai 1995. Toutefois, par lettre du 1^{er} mai 1995, parvenue au Greffe sous le couvert d'une lettre du 3 mai 1995 de l'ambassadeur d'Espagne aux Pays-Bas, l'agent de l'Espagne, sans revenir sur l'ordre du dépôt convenu des pièces écrites, proposa que le Canada devrait être invité par la Cour à présenter par écrit, avant une date déterminée, un exposé sommaire contenant des indications, en termes généraux, sur le ou les points sur lesquels le Canada se fonderait pour soutenir que la Cour n'a pas compétence en l'espèce ou que l'objet de la requête est irrecevable. A l'appui de cette proposition, la lettre de l'agent de l'Espagne signala que, s'il en allait autrement,

«il ne sera[it] pas possible de maintenir l'égalité des Parties et cela pourrait rendre difficile de mener à bien un exposé méthodique et ordonné des vues des Parties de façon à aider la Cour dans sa tâche, qui est de se prononcer sur sa compétence en vertu des dispositions de l'article 36, paragraphe 6, du Statut».

En d'autres termes, l'agent de l'Espagne proposa une procédure qui présentait *mutatis mutandis* certaines analogies avec celle adoptée depuis lors dans l'ordonnance de la Cour dans l'affaire *de la Délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* pour ce qui est des documents argués de faux par Bahreïn.

8. Par lettre du 15 mai 1995, transmise au Greffe sous le couvert d'une lettre du 17 mai 1995 de l'ambassadeur du Canada aux Pays-Bas, l'agent du Canada s'est opposé à la proposition de l'Espagne dans les termes suivants :

« Cette ordonnance [celle du 2 mai 1995] traduit exactement l'accord auquel sont parvenus les deux Parties et le président de la Cour lors de la réunion du 27 avril 1995, en ce qui concerne l'ordre, les dates limites de dépôt et l'objet des pièces de procédure écrite. La proposition de l'Espagne n'est pas acceptable pour le Canada. Nous considérons que la procédure prévue dans l'ordonnance doit être respectée. »

Dans cette lettre, l'agent du Canada revient encore une fois sur l'incompétence manifeste de la Cour « pour les raisons indiquées » dans la lettre du 21 avril 1995, signale que la procédure convenue et exposée dans l'ordonnance du 2 mai 1995 traduit « le principe que la compétence de la Cour internationale de Justice ne peut être présumée, mais dépend du consentement des deux Parties », et se termine par un commentaire sur les questions de recevabilité rappelant à ce propos que l'ordonnance du 2 mai 1995 ne parle que de la question de la compétence et que, dès lors,

« [i]l s'ensuit que les questions ne portant pas sur la compétence ne pourront pas être abordées au stade actuel. Il est entendu que les Parties conservent le droit de soulever au cours d'une phase appropriée les questions relatives à la recevabilité. »

9. Sa proposition n'ayant pas eu de suite, l'Espagne rédigea son mémoire sans connaître les considérations de fait et de droit fondant l'objection du Canada à la compétence de la Cour. Elle a eu à sa disposition, en tout et pour tout, la lettre du 21 avril 1995 du Canada (une page) où le défendeur affirmait l'incompétence manifeste de la Cour en excipant de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de sa déclaration du 10 mai 1994. L'Espagne émit donc dans son mémoire des hypothèses quant aux motifs de l'objection du Canada, alors que pour elle — Etat demandeur — la déclaration canadienne du 10 mai 1994 ne soulevait pas un problème de compétence, étant donné son texte et l'objet du différend soumis à la Cour par la requête espagnole. L'Espagne a dû aussi, dans son mémoire, traiter d'éventuelles questions relatives à la recevabilité de la requête, en raison des propos figurant *in fine* dans la lettre de l'agent du Canada du 15 mai 1995. Le Canada, lui, par contre, a pu rédiger son contre-mémoire en ayant à sa disposition deux actes formels de procédure de l'Espagne, à savoir la requête et le mémoire sur la compétence.

10. Cela enlève beaucoup de poids à certains commentaires faits dans le contre-mémoire du Canada qui, par ailleurs, feint d'ignorer l'objet et la nature du différend soumis par l'Espagne. Il n'est pas normal que le contre-mémoire sur la compétence du Canada ne contienne aucun chapitre ou section sur l'«objet du différend» alors que le défendeur affirmait que la Cour n'était pas compétente pour connaître dudit différend sur la base d'une réserve formulée en fonction d'une catégorie déterminée de différends mentionnée dans sa déclaration du 10 mai 1994. Au lieu de cela, le chapitre I du contre-mémoire du Canada sur la compétence, intitulé «Le contexte factuel et historique», porte sur la crise de la conservation des ressources halieutiques dans l'Atlantique Nord-Ouest. Ces considérations seraient à leur place dans une demande reconventionnelle ou comme moyen de défense au fond dans la mesure où elles pourraient servir à justifier une sorte d'état de nécessité face aux faits illicites internationaux que l'Espagne reproche au Canada d'avoir commis à son égard, mais, comme telles, elles n'ont rien à voir avec la question de la définition de l'objet du différend soumis à la Cour par la requête de l'Espagne du 28 mars 1995.

11. Mieux encore, le Canada a soulevé dans son contre-mémoire une nouvelle objection d'irrecevabilité (de non-lieu d'après la toute dernière terminologie de la Cour) dont il n'a été question ni dans sa lettre du 21 avril 1995, ni dans l'ordonnance du président de la Cour du 2 mai 1995, ni dans la lettre du Canada du 15 mai 1995. Le Canada a en effet consacré tout un chapitre de son contre-mémoire, le chapitre IV, à «attirer l'attention» de la Cour sur le fait que le différend aurait été réglé depuis le dépôt de la requête espagnole au motif que celle-ci était désormais sans objet étant donné l'accord conclu le 20 avril 1995 entre le Canada et la Communauté européenne. Cela confirme, si besoin est, que le Canada a toujours voulu redéfinir l'objet du différend malgré sa condition de défendeur dans l'instance.

12. Le Canada s'est ensuite opposé au deuxième tour de procédure écrite (réplique et duplique) demandé par l'Espagne. La décision de la Cour (ordonnance du 8 mai 1996) de ne pas ordonner un tel deuxième tour n'a pas contribué non plus à remédier aux défaillances signalées dans l'application du principe de la contradiction pendant la phase écrite.

13. Il a donc fallu attendre jusqu'à la phase orale pour que les positions respectives des Parties puissent vraiment être mises en opposition et pour que le principe de la contradiction fasse sentir pleinement ses effets bienfaisants dans le déroulement de l'instance. L'article 43 du Statut de la Cour veut, cependant, que cela se fasse tant durant la phase orale que durant la phase écrite de la procédure.

14. Ce n'est donc que durant la phase orale qui s'est déroulée en juin 1998 que l'Espagne a pu répondre aux arguments de fait et de droit du défendeur concernant la compétence. Et quelle fut alors la réaction du Canada? Se plaindre des thèses et argumentations espagnoles qui, a-t-on dit, ne seraient pas compatibles avec les exigences d'une procédure judiciaire internationale. Mais, à qui la faute de cette surprise affichée? Une

partie qui au cours de la phase écrite s'est systématiquement opposée à faire jouer le principe de la contradiction n'est pas dans la meilleure des positions pour faire de tels commentaires lors de la phase orale.

15. Dans ce contexte, des conseils du Canada ont aussi affirmé que le demandeur a le devoir de placer le défendeur devant des thèses juridiques bien définies. Mais, alors, un défendeur qui soulève une objection et qui en plus est un Etat déclarant dans le cadre du système de la clause facultative, n'a-t-il pas une obligation procédurale similaire dès la phase écrite de l'instance? Le Canada qui, dans la présente affaire, défend une conception subjective et unilatérale de la règle de droit voudrait, semble-t-il, étendre aussi cette manière de voir à la procédure judiciaire de la Cour elle-même.

16. Mais ce n'est pas tout. Le Canada après avoir «attiré l'attention» de la Cour, dans le chapitre IV de son contre-mémoire, sur sa thèse selon laquelle le différend était réglé, a fait marche arrière lors de la phase orale. Sans doute, s'est-il rendu compte qu'une telle thèse a permis aux conseils de l'Espagne d'approfondir lors de la phase orale ce qu'il avait voulu éviter à tout prix, à savoir le traitement détaillé de l'objet du différend soumis à la Cour par la requête espagnole. Dans la phase orale, en effet, l'agent adjoint du Canada a déclaré:

«En conséquence, la recevabilité, y compris la question de l'épuisement des recours internes, la question de savoir si la procédure est sans objet — savoir si le différend a été réglé — et la question du *locus standi* de l'Espagne pour engager la présente instance ne sont pas en cause à ce stade. Le Canada n'a donc pris aucune position sur ces questions.» (CR 98/14, p. 8.)

17. Dire que le Canada n'a pris aucune position sur la question de savoir si la procédure est sans objet après avoir affirmé dans tout un chapitre de son contre-mémoire que le différend était réglé n'est pas une affirmation qui correspond aux faits. Le Canada a bel et bien abandonné au cours de la phase orale cette allégation de non-lieu. L'Espagne, dans ses conclusions sur la présente procédure incidente, a pris acte de l'abandon par le Canada de l'allégation selon laquelle le différend qui l'oppose à l'Espagne n'aurait plus d'objet (voir paragraphe 12 de l'arrêt).

18. Il convient aussi de souligner ici que l'abandon du non-lieu par le Canada s'est produit après que l'Espagne eut épuisé son premier tour de parole aux audiences, le Canada étant le deuxième orateur lors de la phase orale. De ce fait, l'Espagne a consacré un temps considérable de son premier tour de parole à réfuter une allégation de non-lieu qui, par la suite, a disparu de l'instance. Il n'est pas logique, pour le déroulement normal d'une instance, de devoir attendre jusqu'au deuxième tour de parole de la phase orale pour être à même de connaître l'objet et la portée d'une objection préliminaire relevant de l'article 79 du Règlement de la Cour.

19. Dans la déclaration de l'agent adjoint du Canada citée au paragraphe 16 ci-dessus, il est aussi question de l'épuisement des recours internes ainsi que du *locus standi* de l'Espagne pour engager la présente instance. En ce qui concerne cette dernière question, il convient de souligner que le Canada a reconnu dans la présente procédure incidente l'existence d'un différend l'opposant à l'Espagne à la date de l'enregistrement de la requête espagnole le 28 mars 1995 et que, lors de la phase orale, comme je viens de le dire, il a abandonné son allégation de non-lieu. Dans le paragraphe 88 de l'arrêt, la Cour considère qu'elle n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, à rechercher d'office si le présent différend est ou non distinct de celui ayant fait l'objet de l'accord du 20 avril 1995 entre la Communauté européenne et le Canada.

20. Quant à la référence à la règle de l'épuisement des recours internes (mentionnée aussi dans le contre-mémoire canadien), le moins que l'on puisse dire est qu'elle semble déplacée, car, comme il ressort de la requête introductive d'instance, du mémoire et des plaidoiries du demandeur, l'action que l'Espagne a introduite par le dépôt de sa requête n'est pas un exercice de protection diplomatique en raison des dommages causés à des personnes, à des biens ou à des intérêts privés espagnols par le comportement du Canada.

21. L'instance introduite par l'Espagne le 28 mars 1995 concerne des comportements du Canada qui, d'après le demandeur, lèsent directement des droits et des intérêts de l'Espagne en tant qu'Etat souverain, notamment son droit à l'exercice de sa juridiction exclusive en haute mer sur les navires battant son pavillon et son droit de voir aussi le Canada respecter les libertés de la haute mer et les normes relatives à l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales. Il ne s'agit donc pas d'un différend en responsabilité internationale assujéti à la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes.

22. Il est vrai qu'à présent le Gouvernement du Canada fait l'objet devant ses propres tribunaux d'une action en dommages et intérêts intentée par les armateurs de l'*Estai* pour voies de fait en haute mer, actes dangereux en haute mer, piraterie, saisie illégale, etc. (voir le texte de la déclaration, en date du 28 juillet 1995, déposée auprès de la Cour fédérale du Canada par les avocats des armateurs de l'*Estai* relativement aux agissements du Canada à l'égard de ce bateau (mémoire de l'Espagne, annexes, vol. II, annexe 31). Mais la requête de l'Espagne du 28 mars 1995 n'est pas un exercice de protection diplomatique en raison des dommages causés aux armateurs de l'*Estai*. Cela ne préjuge en rien le droit de l'Espagne d'exercer éventuellement, le moment venu, une telle protection diplomatique moyennant le dépôt d'une nouvelle requête. Lors des plaidoiries, l'Espagne a réservé ses droits à cet égard.

23. Je voudrais enfin à l'occasion de la présente affaire faire valoir mon point de vue en ce qui concerne la nécessité du recours aux notes écrites des juges en particulier dans les affaires concernant une procédure préliminaire sur la compétence de la Cour. L'expérience acquise dans la présente affaire me conduit à penser que la rédaction de telles notes cons-

titue en pareil cas la seule méthode de travail qui doit être retenue. Les notes écrites procurent en effet les mêmes garanties objectives aux deux Parties, car les allégations d'incompétence sont, en règle générale, beaucoup plus simples que celles qui affirment la compétence.

CHAPITRE II. LES FAITS GÉNÉRATEURS DU DIFFÉREND

24. Les faits générateurs du différend soumis par la requête de l'Espagne se sont produits au début du mois de mars 1995. En effet, le 3 mars 1995, le règlement canadien sur la protection des pêcheries côtières, dans sa rédaction du 25 mai 1994, fut modifié par l'adjonction, notamment, aux «classes réglementaires de bateaux de pêche étrangers» visées par la loi de 1985 sur la protection des pêches côtières du Canada, telle que modifiée par la loi du 12 mai 1994 (projet de loi C-29), d'une nouvelle classe: «les bateaux de pêche étrangers qui naviguent sous le pavillon [du Portugal ou de l'Espagne]» pêchant dans la zone de réglementation de l'OPANO.

25. Il convient de rappeler que la zone de réglementation de l'OPANO est une zone de la haute mer située en dehors des 200 milles de la zone économique exclusive du Canada. La convention sur la future coopération multilatérale dans les pêches de l'Atlantique Nord-Ouest du 24 octobre 1978 (à laquelle le Canada et l'Union européenne sont parties) la définit comme suit au paragraphe 2 de son article premier:

«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.»

Dans la définition de la loi canadienne les mots: «au-delà des régions dans lesquelles les Etats côtiers exercent leur juridiction en matière de pêche» n'y figurent pas. Ces mots sont pourtant bien significatifs dans la convention de l'OPANO!

26. Cette extension, le 3 mars 1995, de la législation canadienne à des navires battant pavillon espagnol se trouvant dans la zone de réglementation de l'OPANO en haute mer — constituant en elle-même une prétention manifeste de juridiction du Canada en haute mer à l'encontre des navires espagnols et des droits souverains de l'Espagne dans un tel espace maritime — fut suivie quelques jours plus tard de voies de fait commises par les garde-côtes ou patrouilleurs canadiens à l'encontre des bateaux de pêche espagnols qui pêchaient, à ce moment-là, légitimement dans ladite zone de réglementation de l'OPANO. Ce n'est qu'au début du mois de mai 1995 que le règlement du 3 mars 1995 fut abrogé par le Canada.

27. En effet, six jours seulement après l'adoption du règlement du 3 mars 1995, l'*Estai*, bateau de pêche espagnol, fut arraisonné en haute mer dans la région des Grands Bancs, à 245 milles approximativement des côtes canadiennes, par le patrouilleur *Leonard J. Cowley* et le garde-

côtes *Sir Wilfred Grenfell* du Canada. Il le fut après une poursuite commencée aussi en haute mer, des tentatives successives d'abordage par des vedettes rapides avec des individus munis d'armes automatiques et des manœuvres d'intimidation avec tirs de semonce au moyen d'un canon de 50 millimètres monté sur le patrouilleur *Leonard J. Cowley*. Une fois arraisonné par l'usage de la force, l'*Estai* fut conduit par les patrouilleurs canadiens au port de St. John's (Terre-Neuve) et son capitaine arrêté et poursuivi devant la Provincial Court of Newfoundland pour prétendue «résistance à l'autorité» en application de la loi sur la protection des pêches côtières du Canada, dans sa rédaction modifiée du 12 mai 1994.

28. Le jour même de l'arraisonnement de l'*Estai*, c'est-à-dire le 9 mars 1995, l'ambassade d'Espagne au Canada a adressé deux notes verbales au ministère canadien des affaires étrangères et du commerce international. Aux termes de la seconde, le Gouvernement espagnol condamnait catégoriquement la poursuite et le harcèlement d'un vaisseau espagnol par des vaisseaux de la marine canadienne, en flagrante violation du droit international en vigueur, puisque ces faits s'étaient produits au-delà des 200 milles (voir paragraphe 20 de l'arrêt).

29. En outre, le 10 mars 1995, le ministère espagnol des affaires étrangères a fait tenir à l'ambassade du Canada en Espagne une note verbale ainsi conçue :

« En effectuant ledit arraisonnement [celui de l'*Estai*], les autorités canadiennes ont violé la norme universellement acceptée de droit international coutumier, codifiée aux articles 92 et concordants de la convention de 1982 sur le droit de la mer, conformément à laquelle l'Etat du pavillon possède une juridiction exclusive sur les navires en haute mer. Vu ce grave incident, qui a causé des dommages importants à des ressortissants espagnols, l'Espagne présente sa protestation la plus énergique, et simultanément elle exige la libération immédiate de l'équipage et du navire et se réserve le droit de réclamer les indemnités pertinentes.

Le Gouvernement espagnol considère que l'acte illicite commis par des navires de la marine canadienne ne peut en aucune manière être justifié par de présumées préoccupations de conservation des pêcheries de la zone, car elle viole ce qui est établi dans la convention [OPANO] dont le Canada est partie.

L'arraisonnement du navire est une infraction grave au droit international, qui ne correspond pas au comportement usuel d'un Etat responsable, effectuée sous le couvert d'une législation unilatérale non opposable aux autres Etats. Le Gouvernement espagnol exige, en conséquence, l'annulation de la législation en question.

Le Gouvernement espagnol se voit forcé, à la lumière de ces événements, à reconsidérer ses relations avec le Canada, en se réservant le droit de prendre les mesures qu'il estime pertinentes. » (Mémoire de l'Espagne, annexes, vol. I, annexe 8.)

(Le paragraphe 20 de l'arrêt ne reproduit que le premier paragraphe (en partie) et le deuxième paragraphe de la note ci-dessus.)

30. Comme il ressort de la simple lecture de cette note verbale, l'Espagne n'a soulevé durant ces premiers jours (et elle ne le fera pas non plus par la suite) aucune question relative à la conservation ou à la gestion des ressources biologiques dans la zone de réglementation de l'OPANO. Son différend avec le Canada concerne des questions relatives au titre, aux juridictions ou aux droits des Etats souverains en haute mer et, notamment, à la règle de la juridiction exclusive de l'Etat du pavillon sur ses navires en haute mer et à la non-opposabilité à l'Espagne de la législation canadienne. En fait, dans cette note verbale du 10 mars 1995, on peut déjà trouver tous les éléments principaux qui configureront la requête introductive d'instance que l'Espagne déposera le 28 mars 1995. A ce propos, il convient de rappeler aussi qu'aucun des éléments constitutifs du différend soumis à la Cour par l'Espagne ne concerne des compétences transférées en tout ou en partie à l'Union européenne par ses Etats membres dans le cadre de la politique commune de pêche de la Communauté.

31. Le 10 mars 1995, le ministère canadien des affaires étrangères et du commerce international a, à son tour, adressé une note verbale à l'ambassade d'Espagne au Canada, confirmant «que le Canada a[vait] dû procéder à l'arrestation d'un chalutier espagnol, l'*Estai*, le 9 mars vers 16 h 50» et indiquant que l'*Estai* avait résisté aux tentatives d'arraisonnement que les inspecteurs canadiens avaient effectuées conformément à la pratique internationale et que l'arrestation de l'*Estai* avait été rendue nécessaire pour mettre fin à la surpêche du flétan du Groenland pratiquée par les pêcheurs espagnols (voir paragraphe 20 de l'arrêt). Cette note verbale canadienne présente aussi un intérêt pour pouvoir apprécier certains autres aspects importants concernant les faits générateurs du présent différend entre l'Espagne et le Canada ainsi que la suite des événements.

32. En effet, dans les derniers paragraphes de cette note verbale canadienne (dont le texte n'est pas non plus reproduit dans l'arrêt), il est dit ce qui suit :

«Le communiqué ci-joint du 9 mars exprime la déception de l'honorable André Ouellet, ministre des affaires étrangères, *quant à la position de l'Union européenne qui a forcé le Canada à prendre des mesures coercitives à cette fin.*

«Le ministère rappelle également que le premier ministre du Canada a proposé au président de la Commission européenne un moratoire de soixante jours sur la pêche au flétan du Groenland au-delà de la zone des 200 milles du Canada, afin de permettre la recherche d'une solution négociée. En signe de bonne foi, l'honorable Brian Tobin, ministre des pêches et des océans, a annoncé le 9 mars que le Canada ne permettrait pas à ses propres pêcheurs de pêcher le flétan du Groenland pendant soixante jours, et ce tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la zone de 200 milles. A l'heure actuelle,

le ministère croit comprendre qu'aucun bateau espagnol ne pêche le flétan du Groenland sur le Nez et la Queue des Grands Bancs. Le ministère sollicite la coopération de l'ambassade pour que cette situation soit maintenue afin de permettre la reprise des négociations.» (Mémoire de l'Espagne, annexes, vol. I, annexe 9, p. 46-47; les italiques sont de moi.)

33. Ainsi donc, c'est la position adoptée par l'Union européenne qui aurait forcé le Canada à prendre les mesures coercitives qui ont conduit à l'arraisonnement de l'*Estai* le 9 mars 1995, plutôt que les activités de pêche du bateau espagnol lui-même. Il s'agissait de prendre en otage l'*Estai* et éventuellement la flotte de pêche espagnole se trouvant à ce moment-là dans la zone de réglementation de l'OPANO en vue de faire pression sur l'Union européenne pour que celle-ci change sa position sur le différend existant alors au sein de l'OPANO entre le Canada et l'Union européenne.

34. Par ailleurs, toujours le 10 mars 1995, la Communauté européenne et ses Etat membres ont saisi le ministre canadien des affaires étrangères de la note verbale mentionnée à la fin du paragraphe 20 de l'arrêt. Le texte de cette note verbale se lit comme suit :

«La Communauté et ses Etats membres souhaitent condamner dans les termes les plus énergiques l'acte illégal et totalement inacceptable que constitue l'arraisonnement, avec usage de la force, de l'*Estai*, bateau de pêche battant pavillon espagnol, par des patrouilleurs et garde-côtes canadiens dans les eaux internationales le 9 mars 1995.

L'arraisonnement d'un bateau dans les eaux internationales par un Etat autre que celui dont le bateau bat pavillon et de la juridiction duquel il relève constitue un acte illégal tant au regard de la convention de l'OPANO que du droit international coutumier et ne saurait se justifier de quelque façon que ce soit. Par cette action, le Canada non seulement viole de façon flagrante le droit international, mais ne respecte pas non plus le comportement normal des Etats responsables.

Cet acte est particulièrement inacceptable parce qu'il sape tous les efforts déployés par la communauté internationale, notamment dans le cadre de la FAO et de la conférence de l'Organisation des Nations Unies sur les stocks de poissons chevauchants et les stocks de poissons grands migrateurs, pour parvenir à une conservation efficace par le renforcement de la coopération en matière de gestion des ressources halieutiques.

Cette grave violation du droit international dépasse de loin la question de la conservation des pêcheries. Cet arraisonnement est un acte illégal portant atteinte à la souveraineté d'un Etat membre de la Communauté européenne. De surcroît, les navires canadiens ont, par leur comportement, manifestement mis en danger la vie de l'équipage et la sécurité du bateau espagnol en cause.

La Communauté européenne et ses Etats membres exigent que le Canada restitue immédiatement le bateau, répare les dommages occasionnés, cesse de harceler les bateaux battant pavillon des Etats membres de la Communauté et abroge sans délai la loi sous le couvert de laquelle il prétend prendre cette mesure unilatérale.

La Communauté européenne et ses Etats membres sont forcés de réexaminer leurs relations avec le Canada compte tenu de cette situation déplorable et réservent leur droit de prendre toute mesure qu'ils jugent indiquée.» (Mémoire de l'Espagne, annexes, vol. I, annexe 11; le premier et le dernier paragraphe de cette note ne sont pas reproduits non plus dans l'arrêt.)

35. La note verbale de la Communauté européenne et de ses Etats membres distingue, comme il se doit, entre «la question de la conservation des pêcheries» et celle des actes «portant atteinte à la souveraineté d'un Etat», confirmant ainsi l'autonomie de ces deux questions. La requête introductive d'instance déposée en l'espèce par l'Espagne ne s'occupe que des actes du Canada qui, d'après le demandeur, ont porté atteinte en mars et en avril 1995 à la souveraineté de l'Espagne en tant qu'Etat. Ajoutons que quelques jours après le 10 mars 1995, l'*Estai* fut restitué à l'Espagne et des négociations entre la Communauté européenne et le Canada sur leur différend au sein de l'OPANO purent s'ouvrir à Bruxelles. Par contre, l'abrogation du règlement du 3 mars 1995 et l'abandon des poursuites pénales contre le capitaine de l'*Estai* ne se sont produits qu'après la conclusion de l'accord du 20 avril 1995 entre la Communauté européenne et le Canada sur les pêches dans le cadre de la convention de l'OPANO.

36. Depuis l'épuisement des ressources biologiques dans la zone des 200 milles du Canada adjacente à la zone de réglementation de l'OPANO, qui s'est produit dans les années quatre-vingt — du fait de l'expansion excessive des pêches côtières canadiennes qui a suivi la déclaration de l'*Extended Fisheries Jurisdiction (EFJ)* de 1977 (voir, par exemple, à ce propos l'article de l'auteur canadien William E. Schruauk, «Extended Fisheries Jurisdiction, Origins of the Current Crisis in Atlantic Canada's Fisheries», *Marine Policy*, 1995, vol. 19, n° 4, p. 285-299) —, et au fur et à mesure de l'aggravation de la crise dans sa zone exclusive, le Canada devient de plus en plus exigeant dans ses prétentions concernant les pêches dans la zone de réglementation de l'OPANO, c'est-à-dire en haute mer. Cela a donné lieu à des divergences au sein de l'OPANO entre le Canada et d'autres parties à la convention de l'OPANO, notamment l'Union européenne.

37. Il faut aussi avoir présent à l'esprit l'arrière-plan du conflit de février/mars 1995 entre le Canada et l'Union européenne dans le cadre de l'OPANO. En février 1995, le Canada agit au sein de l'OPANO en vue de réduire considérablement le total admissible de captures (TAC) du flétan noir (ou flétan de Groenland) dans la zone de réglementation de l'OPANO et de le ramener à 27 000 tonnes pour l'année, tout en se fai-

sant attribuer la part du lion (16 300 tonnes), à savoir 10 300 tonnes de plus qu'en 1994. Soixante pour cent environ du TAC de 1995 sont donc ainsi réservés au Canada dans la zone de réglementation de l'OPANO. En même temps, il réussit, toujours au sein de l'OPANO, à une voix de majorité, à faire fixer la part réservée aux pêcheurs de l'Union européenne à douze pour cent environ du TAC de 1995, soit 3 400 tonnes de flétan noir seulement. Une quantité misérable d'après la presse canadienne elle-même, non rentable et bien inférieure au volume traditionnel de captures des pêcheurs de l'Union européenne dans la zone et à leurs besoins, alors que le volume attribué au Canada dépassait ses capacités de pêche (voir, par exemple, l'éditorial du 18 avril 1995 du journal *The Globe and Mail*; mémoire de l'Espagne, annexes, vol. I, annexe 23). On voit déjà que, dans cette crise de 1995 entre l'Union européenne et le Canada, il n'est pas seulement question de «conservation» mais bel et bien de «répartition» des ressources.

Devant une telle situation, la Communauté européenne a eu recours à la procédure d'objection, procédure légitime prévue dans la convention de l'OPANO, de façon à ce que les arrangements de l'OPANO prônés par le Canada ne lui fussent pas opposables, et, sans changer le TAC établi, elle a fixé elle-même à 18 630 tonnes le quota de flétan noir dans la zone pour les pêcheurs des Etats membres de la Communauté, pêcheurs espagnols y compris. Les quotas fixés par l'OPANO ne sont pas applicables à une partie qui fait objection conformément aux dispositions pertinentes de la convention de l'OPANO.

38. La première réaction du Canada à la position adoptée par l'Union européenne dans ce conflit de février/mars au sein de l'OPANO fut, sous prétexte de surpêche, l'adoption du règlement du 3 mars 1995 étendant la législation nationale canadienne sur la protection des pêches côtières aux navires portugais et espagnols. Cette prétention de juridiction en haute mer fut suivie de la proposition d'un moratoire de soixante jours sur la pêche au flétan noir, dont il est question dans la note verbale canadienne du 10 mars 1995 citée au paragraphe 32 ci-dessus.

39. Le 6 mars 1995, l'Union européenne accepta d'entamer des négociations bilatérales avec le Canada sur leur conflit au sein de l'OPANO, mais non sur le moratoire proposé, et rappela son opposition à la législation canadienne en matière de contrôle des activités de pêches de navires non canadiens au-delà des 200 milles (déclaration du Conseil «affaires générales» de l'Union européenne du 6 mars 1995; mémoire de l'Espagne, annexes, vol. I, annexe 10). C'est alors que la deuxième réaction canadienne se produisit et que l'*Estai* fut arraisonné par le recours à la force.

40. C'est à cette déclaration du 6 mars 1995 de l'Union européenne que fait allusion la note verbale canadienne du 10 mars 1995 (voir paragraphe 32 ci-dessus) lorsqu'elle se réfère à la déception ressentie le 9 mars 1995 par le ministre Ouellet et à la position de l'Union européenne qui, selon ses termes, aurait forcé le Canada à prendre des mesures coercitives dans la zone de réglementation de l'OPANO à l'encontre des bateaux de

pêche espagnols et dont la première cible fut le 9 mars 1995, comme nous venons de le voir, l'*Estai*.

41. Les considérations qui précèdent (que d'autres documents soumis à la Cour et des publications dans le domaine public confirment) permettent d'avoir une idée suffisamment précise de ce que le Canada cherchait en fait à atteindre en février/mars 1995, à savoir changer les règles de jeu dans la zone de réglementation de l'OPANO au détriment des droits dont l'Union européenne et ses Etats membres jouissent dans ladite zone en vertu de la convention de l'OPANO et du droit international général de la mer. Le Canada voulait modifier en sa faveur la situation juridique existante dans la zone au moins sur trois points, à savoir : 1) se voir reconnaître par l'Union européenne des droits juridictionnels ou de contrôle privilégiés dans les pêcheries de la zone de réglementation de l'OPANO ; 2) se voir reconnaître par l'Union européenne des droits préférentiels dans la répartition des quotas du TAC sur la base de sa condition d'Etat côtier sans se soucier des équilibres établis en la matière par la convention de l'OPANO ; 3) modifier la procédure d'objection prévue par la convention de l'OPANO ou limiter son exercice au détriment de l'Union européenne. Si l'on garde cela à l'esprit, il devient évident que les mesures prises au début du mois de mars 1995 à l'encontre des bateaux de pêche espagnols (adoption du règlement du 3 mars 1995 ; arraisonnement de l'*Estai* ; harcèlement d'autres bateaux de pêche espagnols) constituaient en réalité des mesures contre l'Union européenne qui n'avaient pour but que d'obtenir des concessions de celle-ci afin d'atteindre les objectifs que je viens d'énumérer. L'enjeu n'était donc pas *la conservation*, mais *la modification du droit* dans la zone de réglementation de l'OPANO.

42. La note verbale de la Communauté européenne et de ses Etats membres du 10 mars 1995 ne se trompe pas lorsqu'elle se réfère à « *la loi sous le couvert de laquelle [le Canada] prétend prendre* » des mesures unilatérales contre les bateaux de pêche espagnols. Cela n'est pas sans pertinence pour la tâche qui est celle de la Cour dans la présente procédure incidente, quoique l'arrêt l'ignore tout à fait. Voilà un bon exemple d'une question qui aurait mérité une réponse, que l'on ne trouve pas dans l'arrêt.

43. Dans les jours qui ont suivi l'arraisonnement de l'*Estai*, d'autres bateaux espagnols (*Monte Agudo*, *Freiremar Uno*, *José Antonio Nores*, *Verdel*, *Arosas*, *Mayi Cuatro* et *Pescamaro Uno*) ont fait l'objet de différentes mesures de harcèlement et de contrôle par plusieurs garde-côtes ou patrouilleurs canadiens. Tous ces actes de harcèlement ont eu lieu dans la zone de réglementation de l'OPANO, c'est-à-dire en haute mer. Devant l'accroissement de la tension dans la zone et pour mieux protéger sa flotte de pêche, l'Espagne envoya un certain nombre de navires de sa marine qui commencèrent à arriver dans la zone à partir du 17 mars 1995. Dans le document intitulé « *Rapports sur la participation de la marine espagnole dans les zones de pêche de la zone [OPANO]* », il est dit, en guise d'observation finale, ce qui suit :

«Pendant pratiquement tout notre séjour dans la zone [entre le 17 mars et le 4 avril environ], les navires de pêche espagnols ont été harcelés, avec plus ou moins d'intensité, par les patrouilleurs canadiens. Ne respectant pas dans certaines occasions la convention internationale pour prévenir les abordages en mer.» (Mémoire de l'Espagne, annexes, vol. I, annexe 5.)

44. Dans le cas du bateau *Pescamaro Uno*, le patrouilleur *Leonard J. Cowley* a sectionné les funes de son chalut, ce qui a causé la perte de l'engin et mis en danger la vie des marins à bord. Le document susmentionné décrit, comme suit, le harcèlement du *Pescamaro Uno* qui a eu lieu le 26 mars 1995:

«Vers 21 h 30 ce même jour, cinq patrouilleurs canadiens reviennent, à mesure qu'ils s'approchent de la flotte espagnole, ils se dispersent et harcèlent différents navires de pêche avec leurs projecteurs. Le *Pescamaro Uno* nous informe qu'un remorqueur et le *L. J. Cowley* se trouvent à côté de lui, un membre de l'équipage de ce dernier communique, en espagnol, au chalutier espagnol «qu'il est en train de violer les réglementations visant la protection de la pêche côtière canadienne. Il lui ordonne d'arrêter immédiatement ses machines et de placer l'échelle pour pouvoir aborder son embarcation. Conformément à la législation du Canada ils ne sont pas autorisés à pêcher du flétan noir dans cette zone.» Nous lui communiquons, depuis le *Vigia*, qu'ils sont en train d'enfreindre la réglementation OPAN[O] ainsi que le droit international. Ils nous répondent qu'ils obéissent aux lois canadiennes et non à celles de l'OPAN[O]. Vu la négative du capitaine du navire espagnol, le *L. J. Cowley* lui donne un délai pour retirer l'équipage du pont car il va lui couper les funes de chalut; le remorqueur canadien illumine le *Pescamaro Uno* avec de puissants projecteurs et en même temps passe de la proue à la poupe, à peu de mètres de son flanc et après avoir dépassé la poupe du navire de pêche espagnol, il vire de quatre-vingt-dix degrés pour passer perpendiculairement à sa poupe, moment où il largue un objet coupant (sans doute un grappin) qui sectionne les funes du chalutier espagnol, avec la perte subséquente de tout l'engin et le risque subséquent pour les marins qui se trouvaient sur le pont à ce moment-là. Après cet incident, la flotte et nous-mêmes mettons le cap vers l'est, en laissant les patrouilleurs canadiens derrière nous.

A aucun moment les patrouilleurs impliqués dans les événements du 26 n'ont hissé les pavillons d'inspection OPAN[O], ils hissèrent seulement deux pavillons et un autre indiquant le numéro de code international (S Q 3 — stoppez ou mettez les machines au point mort. Je vais monter à bord de votre embarcation) et en même temps, ils répétaient sans cesse qu'ils agissaient conformément à la loi côtière canadienne.» (*Ibid.*)

45. Ces actes de harcèlement, postérieurs à l'arraisonnement de l'*Estai*,

commis par le Canada à l'égard des bateaux espagnols pêchant dans la zone de réglementation de l'OPANO, se sont produits tant avant qu'après l'introduction de la présente instance ainsi qu'il ressort des notes verbales adressées au Canada par l'Espagne le 27 mars et le 7 avril 1995 (mémoire de l'Espagne, annexes, vol. I, annexes 3 et 4). Le Canada n'a pas répondu à ces notes. La négociation bilatérale n'a pas été possible en mars 1995 entre l'Espagne et le Canada en ce qui concerne l'objet du présent différend. L'arrêt garde le silence le plus total sur tous ces développements ultérieurs à l'arraisonnement de l'*Estai*, voire à l'introduction de l'instance.

46. Ainsi, le 28 mars 1995, l'Espagne, compte tenu de la condition d'Etat déclarant des deux pays dans le cadre du système de la clause facultative, a enregistré au Greffe de la Cour une requête introductive d'instance contre le Canada «au sujet d'un différend relatif à *certain aspects de la compétence exercée par le Canada en matière de pêcheries*» (paragraphe 2 de l'ordonnance du 2 mai 1995; les italiques sont de moi) et l'affaire reçut le titre de *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*. La requête précise que la question soumise à la Cour n'est pas la conservation et la gestion des ressources de pêche [mais] le titre pour exercer une juridiction sur des espaces en haute mer et [son] opposabilité à l'Espagne, notamment l'opposabilité à l'Espagne de la prétention du Canada d'exercer une juridiction sur les navires battant pavillon espagnol en haute mer et la responsabilité du Canada du fait de l'arraisonnement de l'*Estai* par la force en haute mer.

47. Par lettre, datée du 31 mars 1995, du représentant permanent de l'Espagne auprès des Nations Unies, distribuée comme document officiel de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité (doc. A/50/98, S/1995/252), le Gouvernement espagnol informe le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies du différend existant entre l'Espagne et le Canada comme suit:

«D'ordre de mon gouvernement, j'ai l'honneur de vous faire savoir que ces dernières semaines se sont produits en haute mer dans le nord-ouest de l'Atlantique un certain nombre d'incidents entre des bateaux de pêche battant pavillon espagnol et des patrouilleurs canadiens, incidents au cours desquels ces derniers ont fait usage de la force.

Je souhaite en particulier me référer au fait que, le 9 mars dernier, le bateau de pêche *Estai*, battant pavillon espagnol, a été arraisonné par des patrouilleurs canadiens faisant usage de la force armée, alors qu'il se trouvait dans des eaux internationales. Le bateau ainsi que l'équipage furent conduits au port de Saint John's où ils ont été retenus jusqu'à leur mise en liberté sous caution judiciaire. Il convient de souligner que cette caution a été versée par l'armateur du bateau arraisonné, qui a expressément fait savoir qu'il ne reconnaissait pas la compétence des tribunaux canadiens.

Postérieurement à ces faits se sont produits divers actes de harcè-

lement de la part de patrouilleurs canadiens contre des embarcations espagnoles pratiquant la pêche hauturière, notamment un incident sérieux, le 26 mars, au cours duquel les filets du bateau de pêche espagnol *Pescamar 1* ont été délibérément sectionnés par un patrouilleur canadien.

Ces faits, qui constituent une violation flagrante par le Canada du droit international et de la Charte des Nations Unies, ont causé de graves préjudices à des citoyens espagnols et, dans certains cas, ont mis en danger leur vie ou leur intégrité physique, ce qui a amené le Gouvernement espagnol à réagir sous la forme de protestations immédiates par la voie diplomatique, dans lesquelles il a pleinement réservé ses droits et réclamé les indemnisations pertinentes au titre des dommages et torts subis.

Soucieux de défendre ses nationaux, le Gouvernement espagnol a décidé en outre d'envoyer deux unités de l'armée espagnole dans la zone où s'étaient produits les faits, afin de protéger les embarcations espagnoles qui exercent leurs activités en se prévalant du principe de la liberté de la haute mer, dans le cadre des réglementations applicables établies par les organisations internationales compétentes en la matière.

Par ailleurs, le Gouvernement espagnol, résolu à résoudre pacifiquement les différends internationaux conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies, a introduit le 28 mars dernier une requête de l'Espagne contre le Canada à la Cour internationale de Justice pour que celle-ci puisse rendre son arrêt et que soient rétablis les droits ainsi foulés au pied.

Je vous serais reconnaissant de bien vouloir faire distribuer le texte de la présente lettre comme document de l'Assemblée générale, au titre des points 39 et 98 c) de la liste préliminaire, et du Conseil de sécurité.»

48. Comme dans la présente procédure incidente se posent aussi certaines questions d'interprétation relatives à l'exécution des mesures dites de gestion et de conservation par des moyens coercitifs, à savoir par l'usage de la force à l'encontre des bateaux de pêche espagnols en haute mer, il convient de rappeler ici qu'il y a eu des «menaces de l'emploi de la force» par la marine canadienne pendant la période où les bateaux espagnols ont continué à pêcher dans la zone de réglementation de l'OPANO après l'arraisonnement de l'*Estai* (environ jusqu'au début du mois d'avril 1995). Il y a eu des moments de considérable tension entre les deux pays qui ne sont pas sans rapport d'ailleurs avec les hauts et les bas qu'ont connus les négociations qui se déroulaient parallèlement à Bruxelles entre l'Union européenne et le Canada pour résoudre leur conflit au sein de l'OPANO. Des publications et des nouvelles de presse et d'autres moyens d'information publique ont parlé à l'époque de menaces, d'intimidation, de guerre du flétan, des «rules of engagement» de la marine de guerre canadienne, etc.

49. Un seul exemple qui se passe de commentaire suffira pour illustrer les faits que je viens de relater. Dans un article publié le 17 avril 1995 dans le journal *The Globe and Mail* de Toronto, intitulé «Naval Threat Brought Turbot Deal. Diplomacy Prevailed as Canadian Warships Sailed towards Confrontation with Spain» («Menace navale: entente sur le flétan noir. Victoire de la diplomatie alors que les navires de guerre canadiens allaient vers un affrontement avec l'Espagne»), on peut lire notamment ce qui suit:

[Traduction du Greffe]

«Ottawa a mis en œuvre un dispositif d'intervention navale mis au point quelque temps plus tôt et qui, selon tous les représentants canadiens, présentait des risques de confrontation armée.

Deux navires fortement armés de la marine canadienne, la frégate *Gatineau* et le contre-torpilleur *Nipigon*, se sont dirigés vers la zone contestée pour apporter leur appui à six patrouilleurs et garde-côtes stationnés dans l'Atlantique Nord-Ouest.

La flottille de pêche espagnole composée de seize chalutiers était protégée par deux patrouilleurs espagnols équipés uniquement de canons de petit calibre. Les Espagnols ne pouvaient pas rivaliser avec la puissance de feu des navires canadiens.

Selon certaines sources, le commandement maritime canadien a tenu l'armée espagnole parfaitement informée de la position des navires canadiens de manière à éviter tout affrontement accidentel.

.....

Lorsque l'Espagne a été informée de l'entrée en action du *Gatineau* et du *Nipigon*, le sérieux des intentions canadiennes ne faisait plus aucun doute pour les Espagnols, a déclaré une source diplomatique.

.....

Au moment même où les navires canadiens convergeaient vers la zone contestée, des hauts fonctionnaires canadiens à Ottawa et à Bruxelles ont averti des diplomates européens importants que le Gouvernement canadien était à bout de patience.

Les diplomates de haut rang de l'Union européenne, de l'Espagne et de la France, postés à Ottawa, ont été convoqués au ministère des affaires étrangères tard vendredi soir pour se faire dire par le sous-ministre, M. Gordon Smith, que le temps passait et que le Canada se remettrait «bientôt» à appliquer les mesures de contrôle de la pêche, et notamment à saisir les chalutiers ou couper les filets.» (Mémoire de l'Espagne, annexes, vol. I, annexe 23.)

50. La présentation des faits de l'espèce par l'arrêt n'opère pas de distinction entre les «faits générateurs» du différend devant la Cour et d'«autres faits» qui sont aussi pertinents dans la présente procédure incidente, mais pour d'autres fins, notamment pour l'interprétation de la réserve de l'alinéa *d)* du paragraphe 2 de la déclaration du Canada du

10 mai 1994. Ces derniers types de faits sont exposés d'une façon suffisamment détaillée dans l'arrêt. On ne peut pas en dire autant de la relation des «faits générateurs» du différend devant la Cour. C'est peut-être une des raisons de la surprenante conclusion de l'arrêt sur la question de l'«objet du différend» soumis par l'Espagne à la Cour. Cela explique aussi les développements de la présente opinion dissidente sur les «faits générateurs» du différend. Après tout, l'arrêt s'occupe tant de la question de la définition de l'objet du différend que de l'interprétation de la déclaration du Canada et il y a des faits pertinents aussi bien pour la première question que pour la seconde.

51. Par ailleurs, il faut en l'espèce prêter une attention particulière à la distinction des faits. Autrement, l'intention sous-jacente invoquée par le défendeur pourrait encore créer plus de confusion. L'intention relative aux «faits générateurs» du différend de mars 1995 n'est pas nécessairement la même que celle que le défendeur a pu ou dit avoir eue en mai 1994 lorsqu'il a procédé au dépôt de sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour. Je passe maintenant à l'examen de la question de l'objet du différend devant la Cour.

CHAPITRE III. L'OBJET DU DIFFÉREND

A. La notion de l'objet du différend et ses composantes

52. C'est un principe reconnu que :

«L'existence d'un différend international demande à être établie *objectivement*. Le simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas.» (*Interprétation des traités de paix, C.I.J. Recueil 1950*, p. 74; les italiques sont de moi.)

Dans la présente procédure incidente préliminaire, l'«existence» d'un différend entre les Parties à la date du dépôt au Greffe de la Cour de la requête de l'Espagne du 28 mars 1995 n'est pas contestée. Les Parties sont d'accord à ce sujet. Mais elles sont loin de l'être sur une autre question qui demande également à être «établie objectivement» par la Cour, à savoir l'«identification» du différend soumis par le demandeur et de son «objet». Comment l'objet du différend doit-il être apprécié? La jurisprudence de la Cour ne permet pas de nourrir de doutes à cet égard : «La Cour rappelle que l'objet du présent litige est indiqué dans la *requête* aussi bien que dans la *conclusion finale principale* du Gouvernement suisse...», la Suisse étant dans l'affaire l'Etat demandeur (*Interhandel, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 21; les italiques sont de moi).

53. D'ailleurs, l'article 40 du Statut exige que la requête indique l'«objet du différend», ce que le paragraphe 1 de l'article 38 du Règlement de la Cour confirme. En outre, d'après le paragraphe 2 de cette disposition du Règlement, la requête doit notamment, d'une part, indiquer «la nature précise de la demande», c'est-à-dire la chose demandée ou le *petitum*, et, d'autre part, contenir «un exposé succinct des faits et moyens sur

lesquels [la] demande repose», c'est-à-dire les motifs de fait et de droit de la demande ou la *causa petendi*. Il ne faut donc pas réduire l'«objet du différend» à l'«objet de la demande» (voir, par exemple, G. Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice*, 1983, p. 236). L'«objet de la demande» n'est qu'une des composantes de l'«objet du différend».

54. Déjà en 1927, M. Anzilotti soulignait que parmi les trois éléments traditionnels d'identification d'un différend soumis à la Cour, à savoir *persona*, *petitum* et *causa petendi*, ceux qui déterminaient l'objet du différend étaient les deux derniers. Comme le dit l'éminent juge, l'expression «le cas qui a été décidé» à l'article 59 du Statut «comprend aussi bien la chose demandée que la cause de la demande» et :

«C'est dans ces limites que l'arrêt de la Cour est obligatoire, et c'est dans ces mêmes limites que l'article 60 prévoit le droit pour toute Partie d'adresser à la Cour, en cas de contestation, une demande en interprétation.» (*Interprétation des arrêts nos 7 et 8 (usine de Chorzów)*, arrêt n° 11, 1927, C.P.J.I. série A n° 13, p. 23.)

55. A son tour, comme on vient de le dire, la *causa petendi* comprend, à la fois, les *éléments de fait et de droit* visés au paragraphe 2 de l'article 38 du Règlement de la Cour. Sous des différentes formules, les passages cités ci-dessous, tirés d'opinions de M. Anzilotti et de M. Read, confirment aussi que la *causa petendi* d'un demandeur est constituée par des éléments de fait et de droit :

«dans une demande en justice, l'indication de l'objet du différend ne peut être que l'indication de ce que le demandeur veut obtenir de la Cour et des motifs de droit ou de fait, pour lesquels il croit avoir le droit de l'obtenir (*petitum et causa petendi*)» (*Interprétation du statut du territoire de Memel, fond, arrêt, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 49*, p. 350, opinion dissidente de M. Anzilotti).

«le fond d'un différend comprend les points de fait et de droit qui donnent lieu à une cause d'action et qu'un Etat demandeur doit établir pour avoir le droit à la réparation demandée» (*Anglo-Iranian Oil Co., exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 148, opinion dissidente de M. Read).

56. Il découle de ce qui précède que la *causa petendi* d'une requête est toujours constituée par un ensemble de faits ou de situations générateurs *juridiquement qualifiés* par le demandeur par rapport à certains principes généraux de l'ordre juridique qu'il affirme avoir été violés par le défendeur à son détriment. Il est très important donc d'avoir à tout moment présent à l'esprit tant les éléments de fait que les éléments de droit de la *causa petendi* que le demandeur fait valoir dans sa requête à l'appui de sa demande, pour être à même d'identifier et d'apprécier l'objet du différend dont il s'agit. Cela est particulièrement vrai dans la phase préliminaire d'une affaire, car le *petitum* peut faire l'objet de conclusions qui, sans

dépasser le cadre global de l'objet du différend tel qu'il ressort de la requête, sont susceptibles de modification par le demandeur jusqu'à la fin de la phase orale sur le fond. La *causa petendi*, elle, n'est pas susceptible de modification sans changer d'affaire.

57. L'arrêt de la Cour dans l'affaire des *Terres à phosphates à Nauru* confirme, si besoin est, cet aspect des choses en rapport avec la question posée par la nouvelle demande de Nauru relative aux biens d'outre-mer des British Phosphates Commissioners (*C.I.J. Recueil 1992*, p. 264-267, par. 62-71). Comme il est rappelé dans cet arrêt, il faut que la demande additionnelle soit implicitement contenue dans la requête (*C.I.J. Recueil 1962, arrêt*, p. 36) ou découle directement de la question qui fait l'objet de la requête (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 203, par. 72). La jurisprudence de la Cour permanente le confirme aussi amplement (voir, par exemple, *C.P.J.I. série A/B n° 52*, p. 14, et n° 78, p. 173).

58. A la nécessité générale de toujours tenir compte des deux composantes de l'objet du différend pour identifier ce dernier, il s'ajoute, dans la présente instance incidente, le fait de la rédaction même du titre de juridiction en cause qui emploie le terme «différends» (*disputes*) et non pas celui de «demandes» (*claims*) (voir paragraphe 2 de la déclaration du Canada du 10 mai 1994). En fait, ce paragraphe de la déclaration canadienne mentionne cinq fois le terme «différends», y compris dans la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2. C'est donc sur le terme «différends» que l'attention du juge doit se porter et non sur le terme «demande» (*claim*), qui est un terme d'une portée juridique bien plus étroite, qui ne figure pas dans la déclaration canadienne et qui est susceptible, sans transformer l'objet global du différend de la requête, de modifications par le requérant jusqu'à la fin de la phase orale sur le fond.

B. L'objet du différend à la lumière de la «causa petendi» et du «petitum» du demandeur

59. Comme nous l'avons vu ci-dessus lors de l'examen des faits générateurs du présent différend, *les éléments de fait de la causa petendi* de l'Espagne sont essentiellement au nombre de deux, à savoir : 1) l'existence d'une législation canadienne sur la protection des pêches côtières autorisant, dans l'ordre juridique interne du Canada, l'exercice de certains actes de juridiction de ce pays sur des navires non canadiens dans la zone de réglementation de l'OPANO (zone située en haute mer), législation rendue applicable (en mars/avril 1995) aux navires espagnols pêchant dans ladite zone par le règlement canadien du 3 mars 1995 ; et 2) l'arraisonnement par l'usage de la force dans ladite zone de la haute mer, le 9 mars 1995, du bateau espagnol, l'*Estai*, par des garde-côtes ou patrouilleurs canadiens, après avoir reçu les «autorisations nécessaires» des autorités canadiennes compétentes (arraisonnement qui a été suivi en mars/avril 1995 du harcèlement d'autres bateaux espagnols pêchant dans la zone de la haute mer en question).

60. La loi canadienne sur la protection des pêches côtières cessa d'être appliquée aux bateaux de pêche espagnols au début du mois de mai 1995 lorsque le Canada abrogea le règlement du 3 mars 1995, mais la loi est toujours en vigueur et son application pourrait dès lors à nouveau être étendue par le Canada aux bateaux espagnols comme il l'avait fait en mars/avril 1995. En outre, le demandeur considère que la seule *existence* de la législation canadienne en question est un fait illicite international, indépendamment de tout acte concret d'application. Cela est conforme à la jurisprudence de la Cour dans l'avis consultatif concernant l'*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies (C.I.J. Recueil 1988, p. 12)*. En effet, dans cet avis, et à propos de la loi américaine contre le terrorisme promulguée le 22 décembre 1987, la Cour rejeta l'argumentation des Etats-Unis selon laquelle le différend allégué n'existait pas du fait que la loi contre le terrorisme en question n'avait pas encore été appliquée (*ibid.*, p. 29-30, par. 39-44)¹. Il va de soi que la non-opposabilité d'une loi ou législation nationale peut être l'objet d'une action en justice devant la Cour comme ce fut le cas dans des affaires concernant la juridiction en matière des pêcheries des années 1973-1974.

61. En ce qui concerne les *éléments de droit de la causa petendi*, la requête de l'Espagne (point 2 de la requête, p. 6-8) invoque certains principes bien connus de droit international général dont certains ont été codifiés. Il s'agit, pour l'essentiel, de principes de droit international relatifs au régime de la haute mer (statut juridique de *res communis* de la haute mer; juridiction exclusive de l'Etat du pavillon sur ses bateaux en haute mer; exercice par les Etats des libertés de la haute mer; coopération dans la gestion et la conservation des ressources de la haute mer; sécurité en mer...) et de principes de la Charte des Nations Unies et du droit international général concernant l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force dans les relations internationales, la bonne foi dans l'exécution des obligations internationales des Etats et la primauté du droit international sur le droit interne dans les relations internationales. La requête n'invoque pas comme motifs de droit de la demande les dispositions de la convention de l'OPANO de 1978.

62. Ces motifs de droit de la requête de l'Espagne sont largement suffisants, compte tenu des éléments de fait signalés, pour établir la *causa petendi* du requérant. Ce sont ces motifs de droit, et non d'autres toujours possibles, que le demandeur a choisis aux fins de fonder la demande contenue dans la requête. Parmi ces motifs, ceux qui occupent le devant sont incontestablement ceux relatifs à la juridiction exclusive de l'Etat du

¹ L'on constate ici un inflexissement de la jurisprudence de la Cour. Ce n'est qu'un exemple, il y en a d'autres dans le présent arrêt qui touchent à des questions d'intérêt général pour le règlement judiciaire international. En fait, l'arrêt abonde en innovations jurisprudentielles qui atteignent un nombre jamais vu dans un seul et même arrêt. Le Canada a été un plaideur bien chanceux, car tous ces inflexissements et innovations sont tombés de son côté de la barre. Cela n'arrive pas tous les jours.

pavillon sur ses navires en haute mer et à l'interdiction de la menace ou l'emploi de la force contre des navires étrangers qui exercent en haute mer les libertés ou les activités pacifiques reconnues dans un tel espace maritime à tous les Etats par le droit international et les conventions internationales.

63. A ce propos, le requérant affirme: 1) que ces principes juridiques existent en droit international; 2) qu'en l'espèce ils octroient certains droits à l'Espagne, et 3) qu'en l'espèce ces droits de l'Espagne ont été violés par le Canada.

64. Quant au *petitum*, la requête de l'Espagne (point 5) réclame:

- A) que la Cour déclare que la législation canadienne, dans la mesure où elle prétend exercer une juridiction sur les navires battant pavillon étranger en haute mer, au-delà de la zone économique exclusive du Canada, est inopposable à l'Espagne;
- B) que la Cour dise et juge que le Canada doit s'abstenir de réitérer les actes dénoncés, ainsi qu'offrir à l'Espagne la réparation due, concrétisée en une indemnisation dont le montant doit couvrir tous les dommages et préjudices occasionnés;
- C) que, en conséquence, la Cour déclare aussi que l'arraisonnement en haute mer, le 9 mars 1995, du navire sous pavillon espagnol *Estai* et les mesures de coercition et l'exercice de la juridiction sur celui-ci et sur son capitaine constituent une violation concrète des principes et normes de droit international indiqués dans la requête (voir: les éléments de droit de la *causa petendi*).

65. Aux fins de la présente phase juridictionnelle, l'intérêt de cette réclamation du requérant réside dans le fait qu'elle confirme, tout comme la *causa petendi*, le genre de différend sur lequel le demandeur demande à la Cour de statuer dans la présente affaire. On constate sans difficulté que le différend n'est pas un différend concernant la pêche ou des mesures de conservation et/ou de gestion de ressources biologiques de la haute mer. Comme il est dit expressément dans la requête (point 4), le différend soumis à la Cour par le demandeur:

«ne se réfère pas exactement aux différends concernant ces mesures, sinon à leur origine, à la législation canadienne qui est leur cadre de référence. La requête espagnole attaque directement le titre allégué pour justifier les mesures canadiennes et leurs actes d'exécution, une législation qui, allant beaucoup plus loin que la simple gestion et conservation des ressources de pêche, est en soi un fait illicite international du Canada, car elle est contraire aux principes et normes fondamentales du droit international; une législation, qui ne relève pas non plus exclusivement de la juridiction du Canada, selon sa propre déclaration (point 2, lettre *c*), de la déclaration); une législation, en outre, qu'uniquement à partir du 3 mars 1995 on a voulu élargir de façon discriminatoire aux navires battant pavillon espagnol et portugais, ce qui a produit les graves infractions au droit des

gens ci-dessus exposées. *La question n'est pas la conservation et la gestion des ressources de pêche sinon le titre pour exercer une juridiction sur des espaces de la haute mer et leur opposabilité à l'Espagne.*» (Les italiques sont de moi.)

Il s'agit bel et bien d'une demande en responsabilité internationale pour des faits qui, d'après le demandeur, seraient autant de faits internationalement illicites imputables au défendeur et que celui-ci aurait commis au détriment du respect dû à la souveraineté de l'Espagne et à la juridiction exclusive de l'Espagne sur les navires battant son pavillon se trouvant en haute mer.

66. La première réclamation principale (point A) du *petitum* demande à la Cour de déclarer l'inopposabilité de la législation canadienne à l'Espagne dans la mesure où cette législation a été invoquée et peut être invoquée encore pour justifier l'exercice de la juridiction du Canada sur des navires battant pavillon espagnol se trouvant en haute mer. Elle ne demande pas cependant à la Cour de déclarer l'invalidité de ladite législation. Il s'agit seulement d'inopposabilité à l'Espagne. La réclamation n'a donc pas la même portée, sur ce point, que celles du Royaume-Uni et de la République fédérale d'Allemagne dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries* des années 1973-1974. Il y a lieu aussi de noter que la réclamation parle des «navires» et non des «bateaux de pêche» et qu'elle vise «la haute mer» dans son ensemble, n'étant pas limitée à une zone déterminée quelconque de cet espace maritime.

67. Ayant précisé ci-dessus la *causa petendi* et le *petitum* du demandeur, on est maintenant en mesure d'apprécier l'objet du différend, c'est-à-dire le véritable problème en cause devant la Cour, la vraie question que lui a soumise le demandeur. Cette question est du plus haut intérêt pour le présent incident juridictionnel car, comme la Cour l'a déclaré en 1960, dans son arrêt en l'affaire du *Droit de passage sur le territoire indien*: «Pour apprécier la compétence de la Cour, il faut considérer quel est l'objet du différend» (*C.I.J. Recueil 1960*, p. 33). Pourquoi la requête affirme-t-elle qu'il existe entre l'Espagne et le Canada un différend:

«qui, dépassant le cadre de la pêche, affecte gravement l'intégrité même du *mare liberum* de la haute mer et de ses libertés comme concept et catégorie de base de l'ordre international depuis des siècles, et implique, en outre, une atteinte très grave contre les droits souverains de l'Espagne, un précédent inquiétant de recours à la force dans les relations inter-Etats...» (point 3 de la requête).

68. Parce que, d'après le demandeur, la législation canadienne invoquée par le défendeur pour justifier l'exercice par le Canada de sa juridiction en haute mer sur des navires étrangers et appliquée en 1995 par lui à des bateaux de pêche espagnols, en ayant en plus recours à l'usage de la force, ne saurait valoir titre en droit international dans les relations entre

les deux Etats, et ceci quelle que soit la qualification ou la portée des mesures adoptées par le Canada dans son ordre juridique interne et de l'exécution, dans ce cadre juridique, de telles mesures par ses autorités et ses agents.

69. Le Canada oppose à cette thèse juridique du demandeur sa propre thèse, d'où la naissance d'un désaccord à cet égard entre les deux Etats ayant pour objet la question du titre ou du défaut de titre du Canada pour agir en haute mer contre des navires espagnols. Le demandeur a précisé qu'il emploie la notion de «titre» dans le sens de la jurisprudence de la Cour dans l'affaire du *Différend frontalier*, où il est dit que la notion de titre:

«peut également et plus généralement viser aussi bien tout moyen de preuve susceptible d'établir l'existence d'un droit que la source même de ce droit» (*Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, C.I.J. Recueil 1986, p. 564, par. 18).

La question du titre ou du défaut de titre du Canada comme objet du différend soumis à la Cour par le demandeur fut confirmée dans le mémoire de l'Espagne sur la compétence et, à défaut de réplique, amplement exposée par l'agent et les conseils de l'Espagne au cours des plaidoiries.

70. D'après l'argumentation de l'Espagne, il y aurait défaut de titre international du Canada et ceci entraînerait toute une série de conséquences importantes pour la tâche qui est celle de la Cour dans le présent incident juridictionnel préliminaire, notamment:

- a) que les mesures adoptées par le Canada à l'égard des navires espagnols en haute mer, et l'exécution de telles mesures par les autorités et les agents canadiens par l'emploi de la force, constitueraient des faits illicites internationaux engageant la responsabilité internationale du Canada vis-à-vis de l'Espagne et ne sauraient être considérées, en droit international, comme des mesures de gestion et de conservation de ressources ou l'exécution de telles mesures par un Etat, qu'il soit ou non Etat côtier ou riverain de la zone de la haute mer en question;
- b) que le différend soumis à la Cour par l'Espagne en qualité d'Etat du pavillon ne concerne ni la pêche ni la gestion ou la conservation de ressources biologiques dans la zone de réglementation de l'OPANO, mais bel et bien un conflit de compétences souveraines en haute mer entre le Canada et l'Espagne en raison de l'existence d'une législation canadienne, toujours en vigueur, qui a créé une situation ou un fait illicite international continu, qui est à la base de l'atteinte grave portée en 1995 à la souveraineté de l'Espagne par le Canada en haute mer;
- c) que, de par son objet, le différend soumis à la Cour par l'Espagne ne tombe pas dans le champ d'application de la réserve de l'alinéa d) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada, car il concerne un préalable logique et juridique (un *prius*), une prémisse fondamentale,

ayant en droit international une existence tellement autonome et séparée des mesures de gestion et de conservation de ressources qu'il ne saurait être considéré comme implicitement compris dans un tel type de réserve compte tenu de l'économie générale de la déclaration;

d) que l'objet du différend soumis à la Cour ne concerne pas la gestion et la conservation des pêcheries, mais la question de l'exercice de la juridiction et du contrôle de l'Etat du pavillon sur ses navires en haute mer; il s'agit d'ailleurs d'une matière qui ne relève pas des compétences transférées à la Communauté européenne par ses Etats membres, d'où il suit que l'accord conclu en 1995 entre la Communauté et le Canada dans le cadre de l'OPANO n'a pas pu rendre sans objet (*moot*) le présent différend, comme le Canada l'affirme au chapitre IV de son contre-mémoire.

71. D'après l'Espagne, ni l'exercice de la pêche par des bateaux espagnols, canadiens ou d'un pays tiers — ni la conservation et la gestion de ressources biologiques de la haute mer dans la zone de réglementation de l'OPANO ou ailleurs — ne font partie de l'objet du différend qu'elle a soumis à la Cour. Celui-ci concernerait, comme on vient de le dire, le titre ou le défaut de titre international du Canada pour prétendre exercer sa juridiction en haute mer sur des navires espagnols et/ou pour employer la force contre ces navires dans un tel espace maritime sans l'accord de l'Espagne. Pour le demandeur, le Canada n'aurait pas un tel titre et l'emploi de la force contre l'*Estai* en invoquant la législation canadienne ne saurait non plus être conforme ni au droit international général ni à la Charte des Nations Unies.

72. Dans ce contexte, l'agent de l'Espagne a rappelé que d'après la jurisprudence de la Cour l'adjacence naturelle ne génère pas de titre international sur la haute mer, ainsi que l'a précisé la Chambre de la Cour dans l'affaire du *Golfe du Maine*:

«il est donc correct de dire que le droit international attribue à l'Etat côtier un titre juridique sur un plateau continental *adjacent* ou sur une zone maritime *adjacente* à ses côtes, il ne le serait pas de dire que le droit international reconnaît le titre *attribué à l'Etat par l'adjacence* de ce plateau et de cette zone, comme si le seul fait naturel de l'adjacence entraînait par lui-même des conséquences juridiques» (*Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 296, par. 103; les italiques sont dans l'original*).

73. Ajoutons que la législation canadienne en question (y compris les règlements) n'indique pas, par voie de renvoi ou autrement, un titre international quelconque du Canada — même sous forme de prétention — comme fondement des mesures envisagées (ou de leur exécution) à l'égard des bateaux non canadiens se trouvant en haute mer. *La législation canadienne garde le silence sur le titre international du Canada pour agir unilatéralement dans la zone de réglementation de l'OPANO en haute mer.*

La réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada est aussi muette à cet égard. Ainsi le titre international éventuel du Canada ne fait partie ni de la législation sur la protection des pêches côtières, ni de la déclaration du 10 mai 1994.

74. Il convient aussi de rappeler que la règle de la juridiction exclusive de l'Etat du pavillon sur ses navires en haute mer est une règle coutumière de droit international établie de longue date que la Cour permanente dans son arrêt concernant l'affaire du *Lotus* énonça en ces termes :

«Le principe de la liberté de la mer a pour conséquence que le navire en haute mer est assimilé au territoire de l'Etat dont il porte le pavillon, car, comme dans le territoire, cet Etat y fait valoir son autorité, et aucun autre Etat ne peut y exercer la sienne. Tout ce qu'on peut dire est que, en vertu du principe de la liberté de la mer, un navire est placé dans la même situation que le territoire de l'Etat...» (*Lotus, arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10, p. 25.*)

C. Le titre comme cause de l'action en justice à la lumière de la jurisprudence de la Cour relative au droit de la mer

75. Pour pouvoir exercer une juridiction dans un espace maritime quelconque, les Etats doivent être en possession d'un titre. La jurisprudence de la Cour relative au droit de la mer abonde en passages consacrés à cette question, éminemment juridique, du titre, question qui relève d'ailleurs du droit international et qui, comme telle, rentre dans la compétence générale de la Cour et est aussi comprise dans la notion de «différends d'ordre juridique» du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut.

76. Le titre des Etats pour exercer une juridiction dans un espace maritime quelconque est de surcroît une question parfaitement détachable d'autres questions concernant aussi des principes du droit international de la mer. Elle est douée de l'existence et de l'autonomie requises pour pouvoir constituer à elle seule l'objet d'une demande en justice devant la Cour internationale de Justice. La jurisprudence de la Cour confirme amplement cette conclusion.

77. A ce propos, s'agissant dans la présente affaire de la haute mer et seulement de la haute mer, c'est-à-dire d'un espace maritime ayant le statut de *res communis* en droit international, il convient de commencer l'examen de cette jurisprudence en rappelant ce que la Cour a dit dans l'arrêt de 1993 dans l'affaire de la *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen* :

«La côte de Jan Mayen, tout autant que celle du Groenland oriental, génère un titre potentiel sur les espaces maritimes reconnus par le droit coutumier, c'est-à-dire en principe jusqu'à la limite des 200 milles à partir de ses lignes de base.» (*C.I.J. Recueil 1993, p. 69, par. 70; les italiques sont de moi.*)

Il est donc correct de présupposer, aux fins du présent incident préliminaire, que les côtes du Canada géographiquement adjacentes à la zone

dite de «réglementation de l'OPANO» génèrent un *titre potentiel* sur les espaces maritimes reconnus par le droit coutumier jusqu'à la limite des 200 milles à partir de leurs lignes de base. L'*Estai* fut arraisonné le 9 mars 1995 — il convient de le rappeler — à 245 milles des côtes canadiennes approximativement. Le défendeur n'a pas nié ce fait dans la présente phase incidente de l'affaire.

Et il est également correct, s'agissant de la haute mer, d'adopter comme point de départ que cet espace maritime est ouvert à tous les Etats, qu'il est affecté à des fins pacifiques et qu'aucun Etat ne peut *légitimement prétendre* en soumettre une partie quelconque à sa souveraineté (articles 87, 88 et 89 de la convention sur le droit de la mer de 1982).

78. Quelques exemples serviront largement à illustrer la conclusion que le titre comme catégorie juridique du droit de la mer peut justifier à lui seul une action en justice devant la Cour. Dans l'arrêt de 1985 dans l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, il est dit :

«[L]es Parties à la présente instance ont longuement débattu de la portée à attribuer à la pratique étatique en matière de délimitation du plateau continental — ainsi d'ailleurs que du titre sur le plateau — question qui sera approfondie dans la suite du présent arrêt. Il est néanmoins indéniable que, ayant été adoptée par l'écrasante majorité des Etats, la convention de 1982 revêt une importance majeure, de sorte que, même si les Parties ne l'invoquent pas, il incombe manifestement à la Cour d'examiner jusqu'à quel point l'une quelconque de ses dispositions pertinentes lie les Parties en tant que règle de droit international coutumier. Dans ce contexte, en particulier, les Parties se sont attachées à distinguer entre *le droit applicable au fondement du titre sur des zones du plateau continental* — autrement dit les règles régissant l'existence «*ipso jure et ab initio*» et l'exercice de droits souverains de l'Etat côtier sur des étendues de plateau continental situées devant ses côtes — et *le droit qui gouverne la délimitation de ces étendues de plateau entre Etats voisins.*» (C.I.J. Recueil 1985, p. 30, par. 27; les italiques sont de moi.)

On voit bien que ce passage de l'arrêt distingue nettement entre «le droit applicable au fondement du titre» et «le droit qui gouverne la délimitation du plateau». Il les considère comme deux catégories juridiques distinctes.

Il est donc évident que la question du fondement du titre du Canada pour exercer sa juridiction nationale en haute mer sur des navires battant pavillon espagnol — objet du différend soumis par l'Espagne — n'est pas une question que l'on est autorisé, en droit, à confondre avec celle des règles de droit international gouvernant la conservation et la gestion des ressources biologiques de la haute mer ou avec celles des mesures adoptées et/ou exécutées à ces fins par les Etats. Elle a une existence propre et distincte.

79. Le titre est d'autre part un préalable juridique indispensable pour agir en mer, c'est le titre ou droit à l'exercice d'une juridiction dans un espace maritime donné qui est déterminant pour trancher les questions qui peuvent se poser concernant d'autres questions juridiques relevant du même espace et non pas vice versa. Et pourquoi? Parce que le droit international de la mer est un ordre juridique cohérent. Par exemple, dans l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)* mentionnée ci-dessus, l'arrêt de la Cour nous dit :

«La Cour n'a guère de doute quant au critère et à la méthode qu'elle doit employer en premier lieu pour parvenir à une position provisoire à propos du présent litige. Le critère est lié au *droit relatif au titre juridique* d'un Etat sur le plateau continental. Comme la Cour l'a constaté plus haut, le droit applicable au présent litige, c'est-à-dire à des prétentions portant sur des plateaux continentaux situés à moins de 200 milles des côtes des Etats en question, ne se fonde pas sur des critères géologiques ou géomorphologiques, mais sur un critère de distance de la côte, ou, pour reprendre l'expression traditionnelle d'adjacence, sur le principe d'adjacence mesurée par la distance. La Cour estime donc logique que le choix du critère et de la méthode qu'elle doit employer en premier lieu pour parvenir à un résultat provisoire *soit effectué d'une manière cohérente avec les concepts à la base de l'attribution du titre juridique.*» (C.I.J. Recueil 1985, p. 46-47, par. 61; les italiques sont de moi.)

80. Les arrêts de 1974 dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries (fond)* entre le Royaume-Uni et l'Islande et entre la République fédérale d'Allemagne et l'Islande distinguent aussi nettement entre la question du titre juridique (les désaccords sur «l'élargissement unilatéral par l'Islande de sa juridiction sur les pêcheries [jusqu'à 50 milles marins]») et la question de la répartition des ressources halieutiques et des mesures de conservation visant celles-ci (les désaccords «quant à l'étendue et à la portée de[s] ... droits respectifs [des Parties] sur les ressources halieutiques et quant aux mesures propres à conserver ces ressources») (C.I.J. Recueil 1974, p. 21, par. 47).

81. La possibilité de fonder une action en justice devant la Cour sur la question du titre pour agir en haute mer est aussi reconnue dans les arrêts de 1973 concernant la *Compétence en matière de pêcheries (compétence de la Cour)* où on lit ce qui suit :

«Le fait que l'Islande est exceptionnellement tributaire de ses pêcheries et le principe de la conservation des stocks de poisson ayant été reconnus, il reste le point de savoir *si l'Islande a la compétence voulue pour s'attribuer unilatéralement une juridiction exclusive en matière de pêcheries au-delà de 12 milles. En la présente phase de l'instance la Cour n'a à se prononcer que sur sa compétence pour trancher ce point.*» (C.I.J. Recueil 1973, p. 20, par. 42; les italiques sont de moi.)

C'est justement la «compétence voulue» du Canada pour «s'attribuer une juridiction» dans la zone de réglementation de l'OPANO de la haute mer sur des navires espagnols qui constitue l'objet du différend soumis par l'Espagne à la Cour et c'est sur la compétence de la Cour pour trancher cette question que l'on doit se prononcer dans la présente procédure incidente compte tenu de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada.

Dans son opinion individuelle jointe à ces arrêts de 1973, M. Fitzmaurice fait la distinction qui s'impose, lorsqu'il s'agit de la haute mer, entre le problème du titre, d'une part, et les mesures de conservation en matière de pêcheries, d'autre part, dans les termes suivants :

«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.)

82. Ainsi, même si les thèses exposées par le Canada, dans la présente procédure incidente, relativement à l'interprétation de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de sa déclaration étaient correctes pour les besoins de l'argument, il resterait encore à déterminer si ces mesures et leur exécution peuvent de par leur nature même donner lieu, en droit international, à un différend dont l'objet ne porte que sur la question du titre nécessaire pour pouvoir adopter ou exécuter les mesures en question et si, en cas de silence du texte de la réserve sur cette matière, celle-ci peut quand même être interprétée comme comprenant dans la catégorie de différends qu'elle exclut ceux résultant des comportements du Canada *prima facie* sans titre ou contre un titre de l'Espagne d'après le droit international.

83. Ce qui est toutefois certain à la lumière de la jurisprudence de la Cour ci-dessus, c'est que l'Espagne, en tant que demandeur, est en possession d'un droit procédural l'autorisant à soumettre à la Cour un différend dont l'objet n'est, en dernière analyse, que le titre ou le défaut de titre du Canada pour agir comme il l'a fait à l'égard de l'Espagne en haute mer. Celle-ci a le droit d'intenter une action en justice contre le Canada ne portant que sur cette question du titre en tant que catégorie juridique différenciée et autonome du droit de la mer. L'intérêt juridique de l'Espagne, en sa qualité d'Etat souverain, d'obtenir que la Cour se prononce sur un différend n'ayant qu'un tel objet saute aux yeux. Il est

incontestable et se passe de commentaire. L'arrêt cependant méconnaît cet intérêt juridique du demandeur. C'est grave, très grave même de la part d'un organe juridictionnel international comme la Cour.

D. La position du défendeur sur l'objet du différend

84. Le Canada a eu des difficultés avec l'objet du différend de la requête de l'Espagne. Lors de la phase écrite du présent incident, il a biaisé sur ledit objet, tout en essayant en même temps de le remplacer par un autre objet relatif, celui-ci, à la gestion et à la conservation des pêches. Le Canada s'est abstenu cependant de déposer une demande reconventionnelle ou une requête principale contre l'Espagne sur cet autre objet éventuel. Comme je l'ai déjà dit au chapitre I de la présente opinion dissidente («La singularité de la procédure»), le contre-mémoire canadien traite non pas de l'exercice de la juridiction étatique en haute mer, mais de la crise de la conservation des ressources halieutiques dans l'Atlantique Nord-Ouest comme «contexte factuel et historique» du présent différend. Pour le Canada, l'objet du différend avec l'Espagne serait la conservation et la gestion des pêches dans la zone, question qui selon le contre-mémoire aurait d'ailleurs été réglée (argument du non-lieu). Ces arguments du défendeur illustrent bien son refus de reconnaître *le véritable objet* du différend dont la Cour a été saisie par l'Espagne.

85. Pourquoi le défendeur a-t-il cherché à redéfinir ou à contourner dans son contre-mémoire *le véritable objet du différend* devant la Cour? Tout simplement par manque de confiance dans la portée de sa réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration dont il excipe. Le Canada a voulu remplacer le véritable objet du différend devant la Cour par un autre objet qui tomberait tel quel dans le champ d'application de cette réserve. Pour en arriver là, il fallait plaider la coïncidence entre l'objet du différend soumis par l'Espagne et l'objet des différends visés par la réserve *d*) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada.

86. Ainsi, en ce qui concerne la phase écrite, on peut conclure que, pour le Canada, le différend soumis par l'Espagne était un différend *sur* la gestion et la conservation des ressources. Mais c'était tout de même solliciter un peu trop la requête et la réserve. Alors, au cours de la phase orale, devant les plaidoiries espagnoles, le Canada a changé quelque peu son argument sur *l'identité entre l'objet du différend et l'objet de la réserve*, tout en gardant évidemment à l'esprit son but de faire entrer le différend soumis à la Cour dans les différends exclus par la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour.

87. En effet, pendant les audiences, le Canada va élaborer une thèse sur l'objet du différend différente de celle de son contre-mémoire. C'est dans ce nouveau contexte que les conseils canadiens parleront, finalement, du véritable objet du différend soumis à la Cour par l'Espagne. Bien entendu, selon ces conseils, *l'objet du différend de la requête* ne serait plus qu'un simple argument du demandeur, à savoir «la thèse espa-

gnole». De là à s'arroger eux-mêmes le droit de présenter une autre thèse ayant dans la procédure une fonction similaire à celle du demandeur, il n'y avait qu'un pas à faire et ce pas a été franchi. C'est ainsi que la question de l'objet du différend va s'entremêler dans les plaidoiries avec celle du rôle respectif du demandeur et du défendeur dans la définition de l'objet d'un différend. Mais, tout de même, les conseils canadiens parleront enfin lors des audiences de l'objet du différend de la requête de l'Espagne et reconnaîtront que: «le critère de la réserve — ligne de partage entre ce qui relève de la compétence de la Cour et ce qui n'en relève pas — c'est l'objet du différend» (CR 98/14, p. 25).

En fait, pendant la phase orale, le Canada va défendre la thèse que j'appelle de l'«aussi». L'objet du différend soumis par l'Espagne ne porterait pas exclusivement sur la pêche ou sur la gestion ou la protection des ressources biologiques, mais aussi sur ces dernières questions. Et les conseils du Canada de conclure que ledit différend était alors exclu par la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration canadienne. Pour en arriver là, ils vont tout simplement méconnaître tant le concept de *différend* que celui de *l'objet du différend*.

88. Tout d'abord, le Canada va remplacer le concept de *différend*, terme qui figure dans la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration, par «*catégorie de faits*»:

«La première chose à retenir au sujet de la réserve canadienne ... est qu'elle vise une catégorie de faits. Elle exclut de la juridiction de la Cour tout ce qui relève d'une catégorie définie de situations de fait, à savoir: tout ce qui concerne directement ou indirectement les mesures de conservation et de gestion des ressources halieutiques prises par le Canada contre les navires pêchant dans la zone de réglementation de l'OPANO ... tout différend concernant cette loi [le projet de la loi C-29] ou des mesures prises en vertu de celle-ci entre dans le champ d'application *factuel* de la réserve canadienne et échappe dès lors à la juridiction de la Cour.» (CR 98/11, p. 46; les italiques sont de moi.)

Cette première opération a donc consisté à réduire la notion de «différend» aux éléments de fait de la *causa petendi*. On laisse simplement de côté rien de moins que les éléments de droit de la *causa petendi* et le *petitum* du demandeur. «Différend» serait ainsi l'équivalent des «éléments de fait» de la *causa petendi*. Pourtant, la jurisprudence de la Cour nous enseigne que «les faits et les situations qui ont mené à un différend ne sauraient être confondus avec le différend même» (*Interhandel, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 22). D'autre part, la jurisprudence de la Cour ne nous dit pas qu'à partir de certains faits ou situations ne puisse s'établir qu'un seul et même différend entre deux Etats, ou que la Cour ne puisse être saisie que d'un seul différend par ces Etats, ou encore que la Cour puisse être compétente pour un de ces différends tout en ne l'étant pas, éventuellement, pour un autre.

Et pourquoi la jurisprudence ne dit-elle pas et ne peut-elle dire cela?

Parce que, dans le règlement judiciaire, les éléments de fait invoqués en vue d'établir le droit subjectif par lequel se traduit juridiquement la demande, prétention ou *petitum*, doivent toujours être accompagnés par des éléments ou allégations de droit ou d'un intérêt légitime, ou bien encore par l'indication d'un texte ou d'un principe juridique en cause, c'est-à-dire des moyens de droit sur lesquels le *petitum* ou la demande repose.

89. Cela fait, l'opération a continué par une reformulation de la notion d'«objet du différend» du règlement judiciaire international. La *causa petendi* et le *petitum* de la requête ne seraient pas suffisants pour l'identification de l'objet du différend. On y ajoute en fait un troisième élément, à savoir *le droit applicable au fond par le juge*. Mais, comment en arrive-t-on là? En faisant valoir qu'«un différend est constitué par un ensemble indivisible de données factuelles et de règles de droit» et en ajoutant qu'«il ne peut pas y avoir compétence de la Cour pour l'une de ses composantes et incompétence pour l'autre» (CR 98/12, p. 40). Or, ces «*règles de droit*» qui deviendraient dans la thèse canadienne un des deux éléments constitutifs de la définition de l'objet du différend international, engloberaient tant les éléments de droit de la *causa petendi* que le droit applicable au fond par le juge! Ce faisant, le Canada introduit un nouvel élément général additionnel pour établir la compétence de la Cour, élément qui n'est exigé ni par les textes ni par la jurisprudence et qui peut seulement intervenir au stade de la compétence lorsqu'il est explicité dans les titres juridictionnels en cause.

90. Les éléments de droit de la *causa petendi* ne sont pas le droit applicable au fond par la Cour pour régler le litige entre les Parties quoi qu'en dise le Canada, mais les principes de droit international, les points de repère juridiques utilisés par le demandeur sur le plan judiciaire pour la qualification juridique de l'ensemble des faits dans le but de fonder la demande (*petitum*) qu'il soumet au juge dans sa requête. Certes, le droit international comme ordre juridique, et même la notion de «différend international» dûment comprise (*persona, causa petendi et petitum*), répond à un concept d'unité, mais le concept de «compétence» du juge international, qui est fondé sur la volonté des justiciables, ne fait pas partie de cet «ensemble indivisible» dans le sens dont parle le Canada. Au contraire, la compétence du juge international est fragmentaire et c'est le droit international qui le veut. La thèse du Canada est ainsi échafaudée sur une confusion entre les éléments de droit de la *causa petendi*, qui participent de la définition du différend et de son objet et qui, à ce titre, interviennent dans l'établissement ou la détermination *in casu* de la «compétence» du juge international, et le droit appliqué au fond par ce même juge pour régler le litige en question.

91. Les titres juridictionnels peuvent bien sûr écarter ou modifier le droit applicable au fond par le juge international, bien qu'il n'en soit pas ainsi dans le présent incident juridictionnel, mais le droit applicable au fond n'est en aucun cas un élément de la définition ou de l'identification

d'un différend comme tel ou de son objet dans le règlement judiciaire international. Evidemment, le but recherché par la thèse canadienne n'était pas théorique. Il s'expliquait par le souhait du Canada d'élargir autant que possible la portée de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, bien qu'elle fût formulée dans la déclaration comme «une exception» à une juridiction obligatoire autrement acceptée. Je ne saurais souscrire à une thèse qui ferait d'une réserve formulée en termes de la conservation et de la gestion des ressources biologiques de la mer une sorte de trou noir (*black hole*), pour utiliser la terminologie des conseils espagnols, qui aspirerait tout différend sur le régime de la haute mer et sur les droits qu'ont les Etats dans un tel espace maritime d'après le droit international de la mer et, pourquoi pas, l'ensemble du droit international et des obligations énoncées dans la Charte des Nations Unies.

92. L'Espagne s'est opposée, à juste titre à mon avis, à ces tentatives d'intervention canadiennes dans la définition de l'objet du différend de la requête du 28 mars 1995. Je ne peux qu'être d'accord avec le principe que le défendeur ne saurait redéfinir ou modifier l'objet du différend soumis par un Etat demandeur à la Cour par voie de requête.

Il s'agit bien là d'un droit procédural du demandeur. Les moyens procéduraux du défendeur sont l'exception préliminaire, la demande reconventionnelle et la possibilité, qui lui est ouverte, de présenter une autre requête principale contre le demandeur de la première. Le Canada n'a utilisé aucune de ces trois possibilités. A la place, il a prétendu ignorer l'objet du différend tel que défini par la requête de l'Espagne ou le remplacer par l'objet des différends dont il est question dans la réserve de la déclaration dont il excipe. Mais le défendeur n'a pas un tel droit procédural sous réserve évidemment de sa faculté de faire connaître à la Cour son point de vue sur l'objet du différend défini par le demandeur dans sa requête.

E. La nouvelle définition faite par l'arrêt de l'objet du différend est-elle conforme au droit applicable et à la jurisprudence de la Cour?

93. Dans le paragraphe 35 de l'arrêt, l'objet du différend devant la Cour est défini comme suit:

«Les actions spécifiques ... 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.»

Cette définition, acceptée apparemment par la majorité, ne correspond cependant ni à celle qui résulte de la lecture — naturelle et raisonnable — du texte de la requête de l'Espagne du 28 mars 1995 compte tenu de l'intention du demandeur au moment où il l'a déposée au Greffe de la Cour, ni à son mémoire et à ses plaidoiries, voire aux conclusions déposées par l'Espagne à la fin de la présente phase incidente préliminaire, dans lesquelles son agent a confirmé que :

«l'objet du différend est le défaut du 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» [notamment l'arraisonnement de l'*Estai* avec usage de la force et le harcèlement d'autres bateaux espagnols] (voir le paragraphe 12 de l'arrêt).

94. Rien de nouveau donc dans ces conclusions espagnoles qui confirment l'objet du différend tel que le *petitum* et la *causa petendi* de la requête du 28 mars 1995 le définissent. Par contre, la définition du paragraphe 35 de l'arrêt est une formulation qui pose des problèmes très sérieux, tant par son nouveau contenu (par rapport à l'objet du différend de la requête) que par le fait que la Cour s'est substituée au demandeur pour ce faire.

*

95. L'arrêt arrive à la *définition* de l'objet du différend dans son paragraphe 35 à partir de la *conclusion* suivante en son paragraphe 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 réglementaires du Canada.»

96. Une telle conclusion pose tout d'abord la question : que veut dire l'arrêt avec une telle rédaction ? Il semblerait que l'on voudrait écarter des prononcés judiciaires sur des principes de droit international *in abstracto*. Or, si cela était le cas, je ne vois pas le rapport avec la requête de l'Espagne du 28 mars 1995. La requête du demandeur ne parle que des *faits* du Canada. Il s'agit de comportements ou d'actions spécifiques du Canada, bien concrets et *admis* par le défendeur. Ce sont ces comportements du Canada qui sont les faits générateurs du présent différend. Il s'agit avant tout du fait de l'adoption du règlement du 3 mars 1995 (étendant aux navires espagnols pêchant dans la zone de réglementation de l'OPANO l'application d'un autre fait du Canada, à savoir la loi sur la protection des pêches côtières dans sa rédaction modifiée du

12 mai 1994) et du fait de l'arraisonnement de l'*Estai*. C'est cet ensemble de comportements ou de faits canadiens, et non pas comme tels des *textes* législatifs, réglementaires ou autres du Canada qui sont en cause. Il n'est pas question des textes en tant que tels, mais bel et bien des comportements canadiens précis dont l'Espagne a été la victime. Pour l'Espagne, ces comportements ont porté atteinte en mars/avril 1995 à ses droits en haute mer et pourraient le faire encore à l'avenir car la loi modifiée en 1994 est toujours en vigueur au Canada. Voilà les actions spécifiques auxquelles la requête de l'Espagne demande à la Cour de remédier par un arrêt. Ces actions n'ont rien d'abstrait.

97. Ajoutons que, en posant la question en termes de *non-opposabilité* à l'Espagne de la législation canadienne en cause, il n'y a pas le moindre doute que, pour la requête, l'objet du différend soumis à la Cour est le *titre international* du Canada pour agir à l'égard de navires espagnols en haute mer comme il l'a fait en mars/avril 1995. L'arraisonnement de l'*Estai* n'est qu'un aspect particulier, un épiphénomène dudit objet principal de la requête. L'arrêt inverse l'ordre naturel des choses pour ce qui est de la définition de l'objet du différend.

*

98. Les deux catégories de faits du Canada visés par l'objet de la requête et les conclusions du demandeur sont donc :

- 1) le fait d'avoir adopté le règlement du 3 mars 1995 rendant applicable aux navires espagnols pêchant dans la zone de réglementation de l'OPANO (en haute mer) la loi canadienne sur la protection des pêches côtières dans sa rédaction modifiée de 1994;
- 2) les faits d'avoir poursuivi et arraisonné le 9 mars 1995 l'*Estai* en ayant recours à l'usage de la force et d'avoir harcelé par la suite d'autres navires espagnols pêchant aussi légitimement dans la zone de réglementation de l'OPANO, à savoir en haute mer.

La requête espagnole nie que le Canada soit en possession d'un titre international quelconque pouvant justifier tant le premier fait que les seconds.

99. Ainsi, le présent différend est un différend entre l'Espagne et le Canada concernant l'exercice de certaines compétences étatiques à l'encontre des navires espagnols assumées *proprio motu* par le Canada en haute mer sans le consentement de l'Espagne (*conflit de juridiction*) et non pas un différend concernant des divergences entre l'Union européenne et le Canada ou entre l'Espagne et le Canada relatives à la gestion et à la conservation des ressources biologiques dans la zone de réglementation de l'OPANO (*conflit de gestion et de conservation au sein de l'OPANO*). La requête est très précise à cet égard. Il faut tout simplement la lire ou, plutôt, vouloir la lire.

100. La réclamation de la requête espagnole est fondée sur les deux séries de faits reprochés au Canada que, par défaut de titre international de ce dernier, le demandeur affirme être autant de faits internationalement illicites engageant la responsabilité internationale du Canada envers l'Espagne. Ces faits violeraient, d'après le demandeur, des droits que l'Espagne tient, en tant qu'Etat souverain, du droit international général et, notamment, son droit à voir respecter les libertés de navigation et de pêche en haute mer pour ses navires et celui de l'exercice exclusif de sa juridiction sur lesdits navires en haute mer.

*

101. Si l'on compare ce que je viens de dire sur l'objet du différend soumis par la requête espagnole avec la définition de l'objet du différend qui découle des paragraphes 34 et 35 de l'arrêt, on constate que leurs divergences sont frappantes et surprenantes. Il ne fait pas de doute que l'arrêt façonne l'objet du différend d'une manière radicalement différente de celle de la requête introductive d'instance, du mémoire, des plaidoiries et conclusions du demandeur. La Cour se substitue ainsi à l'Espagne pour ce qui est de la définition de l'objet du différend que celle-ci a soumis le 28 mars 1995!

102. En effet, la première demande principale du point 5 de la requête — demande A — qui commande le reste du *petitum* ou de la réclamation de l'Espagne, à savoir l'inopposabilité de la législation canadienne en question au demandeur, a tout simplement disparu de l'objet du différend tel qu'il est reformulé par la Cour. Il ne resterait donc par rapport à l'objet originel du différend que la demande C du *petitum* ou de la réclamation de la requête de l'Espagne. Mais ce n'est pas tout. La demande C subit, elle aussi, une modification radicale par rapport à la requête. Elle devient maintenant une demande concernant exclusivement les «mesures» prises par le Canada à l'égard de l'*Estai* sans référence à la question fondamentale de la «souveraineté» posée par la requête en termes du titre international du Canada pour ce faire. Le paragraphe 35 de l'arrêt se garde bien en effet de faire une référence quelconque à la règle de la juridiction exclusive de l'Etat du pavillon sur ses navires en haute mer et à la question du titre international du Canada pour adopter les mesures dont il s'agit dans la demande C. Le but de cette nouvelle définition de l'objet du différend par l'arrêt ne peut donc être plus clair. La majorité écarte la *causa petendi* et le *petitum* principaux de la requête en supprimant toute mention, directe ou indirecte, du titre ou du défaut de titre international du Canada pour adopter les comportements qui lui sont reprochés par l'Espagne et cela aussi bien en ce qui concerne l'opposabilité de la législation canadienne à l'Espagne que pour ce qui est de l'arraisonnement de l'*Estai*.

103. Cette transformation judiciaire de l'objet du différend est justifiée dans l'arrêt par la considération suivante qui comporte, en fait, deux volets:

«Il incombe à la Cour, tout en consacrant une attention particulière à la formulation du différend utilisée par le demandeur, *de définir elle-même*, sur une base objective, le différend qui oppose les Parties, en examinant la position de l'une et de l'autre.» (Arrêt, par. 30; les italiques sont de moi.)

C'est une justification, acceptée sans aucun doute par les juges composant la majorité, mais qui est dépourvue pour moi de tout fondement en fait ou en droit. Je la rejette sans appel et sans remords car, à mon avis, elles n'est conforme ni aux principes et règles de droit pertinents ni à la jurisprudence de la Cour ni aux circonstances de l'espèce. Disons dès maintenant que je ne saurais souscrire à une telle novation de l'objet d'un différend dans le cadre du système de la clause facultative. Ma conviction juridique m'oblige à la dénoncer compte tenu : des principes de ce système ; des principes juridiques généraux et de la logique qui gouvernent la procédure judiciaire internationale ; du Statut et du Règlement de la Cour ; de la condition d'Etat souverain du demandeur ; et de la propre jurisprudence de la Cour en la matière.

104. La définition de l'objet des différends que les Etats souverains soumettent à la Cour par requête n'est pas une fonction de la Cour. Soutenir le contraire, c'est assumer une grave responsabilité vis-à-vis de la bonne administration de la justice internationale, car c'est une règle élémentaire que l'on ne peut pas être à la fois juge et partie. En tout cas, si le présent arrêt fait un jour jurisprudence, les Etats déclarants dans le cadre du système de la clause facultative doivent se rendre compte qu'ils peuvent désormais entrer au Palais de la Paix avec un différend déterminé et en ressortir quelque temps après en étant obligés par la *res judicata* d'un arrêt portant sur un différend ayant un autre objet. Que diront-ils alors du droit souverain qu'ils avaient lorsqu'ils ont décidé de porter un différend déterminé devant la Cour ? Et même, plus généralement, de leur consentement à la juridiction de la Cour ? L'avenir répondra à ces questions inquiétantes. C'est le privilège du demandeur de «définir» le différend qu'il soumet à la Cour, quitte à celle-ci d'apprécier, de préciser ou d'interpréter l'objet du différend dont elle a été saisie. Là s'arrêtent les pouvoirs de la Cour en la matière, car qui dit «définir» dit avoir compétence pour «modifier». La compétence de la compétence du paragraphe 6 de l'article 36 du Statut ne comporte pas une telle faculté de modification. Je serai toujours le dernier à nier le devoir de la Cour de circonscrire le véritable problème en cause et, partant, sa faculté d'apprécier, de préciser ou d'interpréter l'objet d'une requête. Mais modifier l'objet, ou le remplacer par un tout autre objet, c'est autre chose. L'on sort, en fait, du règlement judiciaire des différends internationaux sans savoir vers quoi l'on s'achemine à la place.

105. Ma position de principe sur cette question de la «définition» par la Cour de l'objet du différend soumis par requête (premier volet de la justification de l'arrêt) est développée, avec toute la précision requise, dans l'opinion dissidente commune des juges Onyeama, Dillard, Jiménez

de Aréchaga et sir Humphrey Waldock, jointe aux arrêts de 1974 relatifs aux affaires des *Essais nucléaires*. Je la fais mienne aux fins de la présente opinion. Les paragraphes pertinents se lisent comme suit :

«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 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 revisé 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 précise 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.)

106. Le présent arrêt cite justement à l'appui de la définition qu'il donne de l'objet du différend les arrêts de la Cour de 1974 sur les *Essais*

nucléaires. Ces arrêts ont une place de choix dans le présent arrêt (voir les paragraphes 30, 31 et 32). Voyons alors ce qu'ils disent sur la question sans couper le passage pertinent :

«C'est donc le devoir de la Cour de circonscrire le véritable problème en cause et de préciser l'objet de la demande. Il n'a jamais été contesté que la Cour est en droit et qu'elle a même le devoir d'interpréter les conclusions des parties; c'est l'un des attributs de sa fonction judiciaire. Assurément, quand la demande n'est pas formulée comme il convient parce que les conclusions des parties sont inadéquates, la Cour n'a pas le pouvoir de «se substituer [aux parties] 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), mais tel n'est pas le cas en l'espèce et la question d'une formulation nouvelle des conclusions par la Cour ne se pose pas non plus. En revanche, la Cour a exercé à maintes reprises le pouvoir qu'elle possède 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. C'est ainsi que, dans l'affaire des *Pêcheries*, la Cour 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. 262-263, par. 29; p. 466-467, par. 30.)

A la lecture de ce passage on constate qu'il n'est nullement question de «définition» par la Cour de l'objet du différend. Tout au contraire, les arrêts de 1974 distinguent très nettement entre, d'une part, «circonscrire le véritable problème en cause et ... préciser l'objet de la demande» et, d'autre part, «la question d'une formulation nouvelle des conclusions par la Cour». Il est même souligné que *la Cour n'a pas le pouvoir de se substituer aux parties pour formuler de nouvelles conclusions* lorsque les parties elles-mêmes ont formulé leurs conclusions d'une façon inadéquate. Le seul pouvoir que se reconnaît la Cour dans ce passage est celui de faire la distinction entre «thèses ou arguments» et «demandes» pour ce qui est des «conclusions» des parties et entre des éléments relevant des «motifs» ou de l'«objet» pour ce qui est de son arrêt.

107. Il faut également rappeler que, dans les arrêts relatifs aux *Essais nucléaires* de 1974, la question alors considérée se posait dans le contexte d'un éventuel «non-lieu *superveniens*» et non pas en rapport avec la détermination de la «compétence» de la Cour comme en l'espèce. En outre, le défendeur avait fait défaut. La procédure appliquée était donc celle de l'article 53 du Statut qui impose à la Cour des devoirs de vigilance particuliers. Ce n'est pas le cas non plus de la présente affaire. Malgré tout cela, des juges dissidents, en 1974, ont critiqué très durement l'application que la Cour a faite, à l'époque, de son devoir d'apprécier, de

préciser ou d'interpréter les conclusions des parties malgré les circonstances très particulières du cas d'espèce. C'est pour dire que l'exercice d'un tel devoir n'est pas non plus à l'abri d'appréciations subjectives des majorités au sein de la Cour. Le présent arrêt est à cet égard un exemple d'école. Il en découle que l'opposition que l'arrêt fait entre «la formulation du différend utilisée par le demandeur», d'une part, et la définition par la Cour elle-même «sur une base objective» de l'objet du différend, d'autre part, est bien loin d'emporter ma conviction dans le présent incident préliminaire.

*

108. Je ne saurais non plus souscrire aux conclusions du présent arrêt concernant la prise en considération de la position du demandeur et de celle du défendeur dans une opération visant à faire *définir* ou *préciser*, selon les cas, l'objet du différend par la Cour (deuxième volet de la justification au paragraphe 30 de l'arrêt). L'arrêt place à toutes fins utiles sur un même pied les positions des Parties à cet égard. Or il ne s'agit pas de cela dans la jurisprudence de la Cour. Par exemple, dans l'arrêt concernant l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, on lit ce qui suit :

«69. 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 figuraient 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).

La même Cour a déclaré, dans l'affaire de la *Société commerciale de Belgique* :

«Il y a lieu d'observer que la faculté laissée aux parties de modi-

fier 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 32, 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.).» (*C.I.J. Recueil 1992*, p. 266-267.)

109. Cette jurisprudence confirme sans aucun doute possible qu'il appartient au demandeur de définir l'objet du différend à cette seule réserve près que les conclusions ne peuvent pas dépasser les limites de la demande formulée dans la requête. Pourquoi? Parce que le différend porté devant la Cour par requête pourrait alors, par voie de modifications ultérieures apportées aux conclusions, se transformer en un autre différend dont le caractère et l'objet ne seraient pas les mêmes. Cela pourrait avoir alors des incidences sur le droit d'intervention des Etats tiers. Mais, aussi, et surtout, parce qu'un *changement de l'objet du différend soumis peut avoir une répercussion sur la compétence de la Cour*. C'est précisément ce qui arrive dans la présente affaire du fait de la nouvelle définition de l'objet du différend faite par la Cour dans l'arrêt. En tout cas, si la Cour s'engage dans la formulation de «définitions nouvelles», ou de «précisions» modificatrices de l'objet du différend de la requête d'un demandeur, n'est-elle pas tenue, pour le moins, d'être guidée par les critères qu'elle a même appliqués dans le passé aux demandeurs, par exemple dans l'affaire de *Certaines terres à Nauru*? J'ai le droit de me le demander.

110. Le défendeur a évidemment le droit procédural de prendre position sur l'objet du différend de la requête du demandeur et la Cour peut, évidemment, tenir compte des observations du défendeur lorsqu'elle apprécie, précise ou interprète l'objet du différend soumis par le demandeur, mais le défendeur ne participe pas à la définition de l'objet du différend par le demandeur et il ne saurait pas y participer lorsque, comme dans le présent arrêt, la Cour se substituant au demandeur, assume elle-même la tâche et la responsabilité de «redéfinir» l'objet du différend ou d'en formuler une «nouvelle définition». En tout état de cause, la présente affaire réduit le rôle fondamental du demandeur dans la définition de l'objet du différend à celui d'un simple participant à une opération tripartite, tout en le tranquillisant, en lui disant que sa position sera exa-

minée par la Cour avec une «attention particulière» lorsqu'elle entreprendra de définir l'objet du différend! (Voir paragraphe 30 de l'arrêt.)

*

111. A l'appui de cette extraordinaire conclusion d'une sorte de participation paritaire du demandeur et du défendeur à une nouvelle définition de l'objet du différend par la Cour, l'arrêt cite un passage de l'arrêt de 1960 sur le fond dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien* (paragraphe 30 de l'arrêt), et de nouveau les arrêts de 1974 sur les *Essais nucléaires*. Cette dernière jurisprudence est bien mal choisie pour en faire la démonstration car la France, qui avait fait défaut, n'avait pas participé alors à la tâche que s'était assignée la Cour de préciser l'objet du différend. Le passage ci-après ne peut être plus clair :

«c'est à la Cour qu'il appartient de s'assurer du but et de l'objet véritable de la *demande* et elle ne saurait, pour ce faire, s'en tenir au sens ordinaire des termes utilisés; elle doit considérer 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*.» (*Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 263, par. 30; les italiques sont de moi.)

112. Par ailleurs, la citation de l'arrêt sur le *Droit de passage sur territoire indien* ne prouve pas non plus ce que le présent arrêt voudrait qu'elle prouve. Dans le cas d'espèce, il s'agissait de l'interprétation d'une condition *ratione temporis* de la déclaration de l'Inde qui avait été jointe au fond lors de la phase préliminaire de 1959, étant donné qu'elle posait des problèmes d'un ordre non exclusivement préliminaire, compte tenu de l'objet du différend de la requête du Portugal. Les termes «les conclusions des Parties et les déclarations faites à l'audience» (*C.I.J. Recueil 1960*, p. 33) concernent la phase sur le fond de l'affaire et ils sont évoqués aux fins de «confirmer» l'objet du différend de la requête du Portugal. Dans le présent incident préliminaire, le Canada n'a présenté aucune conclusion sur le fond et l'Espagne, étant donné la singularité de la procédure suivie, n'a pas non plus soumis de mémoire sur le fond.

113. Il est vrai que lorsque, dans un cas d'espèce, un demandeur accompagne ses conclusions de «thèses» ou d'«arguments», non pas comme des indications de son *petitum* ou de sa demande (ou comme cause ou fondement de ceux-ci), mais plutôt comme des considérations ou motifs invoqués pour que la Cour se prononce dans le sens désiré, celle-ci peut les écarter en tant que demande ou fondement de la demande. Toutefois, dans la pratique, cette distinction n'est pas facile à manier. Le

présent arrêt en est la meilleure preuve. D'ailleurs, en invoquant les arrêts de 1974 sur les *Essais nucléaires*, le paragraphe 32 de l'arrêt attire justement l'attention sur ceux qui ont donné le plus matière à controverse à cet égard. De plus, que disent ces arrêts de 1974 lorsqu'on les examine de près? Que la Cour a tenu compte de certaines déclarations publiques faites par des ministres des parties demanderesses, mais non pas du défendeur, pour conclure qu'une des demandes des demandeurs «ne serait qu'un moyen utilisé en vue d'une fin [l'autre demande] et non une fin en soi». La Cour ajouta même dans ces arrêts qu'elle avait bien «conscience du rôle joué par les jugements déclaratoires mais [que] la présente affaire n'[était] pas de celles où un tel jugement [était] demandé» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 263, par. 30).

114. En l'espèce, les autorités espagnoles n'ont pas fait, après l'enregistrement de la requête du 28 mars 1995, de déclarations susceptibles d'être considérées comme modifiant l'objet du différend soumis par l'Espagne à la Cour. Par ailleurs, les autorités canadiennes n'ont pas non plus fait savoir à l'Espagne qu'elles s'engageaient à ne plus appliquer à l'avenir leur législation nationale relative à la protection des pêches côtières à des navires espagnols en haute mer ni fait non plus une déclaration unilatérale en ce sens comme celle faite par la France en 1974. Le Canada n'a pas déclaré qu'il renonçait à tout jamais à invoquer sa législation sur la protection des pêches côtières à l'égard des navires espagnols en haute mer. La question de l'opposabilité à l'Espagne de cette législation continue donc à se poser. En outre, dans l'accord conclu le 20 avril 1995 à Bruxelles entre la Communauté européenne et le Canada, il est dit que les deux parties :

«maintiennent leurs positions respectives sur la conformité de l'amendement de la loi canadienne sur la protection de la pêche côtière du 25 mai 1994, et des règlements suivants, avec le droit coutumier international et la convention OPANO» (point D, 1, du compte rendu concerté (*agreed minutes*) qui fait partie de l'accord de Bruxelles).

*

115. Les demandes A et C du *petitum* de la requête de l'Espagne gardent donc toute leur raison d'être et la Cour n'a à décider que si elle est compétente ou incompétente pour statuer à leur égard. L'arrêt ne le fait pas. Je ne peux pas accepter cette manière de répondre au demandeur.

116. La jurisprudence de la Cour dans l'avis consultatif concernant l'affaire de l'*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies* est particulièrement pertinente pour comprendre le sens et la portée de ladite demande A de la requête de l'Espagne, ainsi que le fait que cette demande fasse partie de l'objet du différend devant la Cour tant

subjectivement qu'objectivement². En outre, cette demande n'est pas non plus devenue sans objet (*moot*) au moment du prononcé du présent arrêt. Dès lors, à quel titre l'arrêt l'écarte-t-elle de la définition de l'objet du différend? Peut-on sérieusement croire que l'adoption, l'application et le maintien en vigueur de la législation canadienne sont des questions abstraites de droit international dans la présente affaire? Ou encore qu'il y a une identité quelconque — je dis bien quelconque — entre les circonstances de l'affaire du *Cameroun septentrional* et celles de la présente affaire?

117. Dans la procédure arbitrale, des questions sur l'objet du différend comme celles que je viens de signaler peuvent être invoquées comme motif de nullité des sentences arbitrales. Toujours est-il que, pour ce qui est de la Cour, l'article 56 du Statut tranche la question: «L'arrêt est motivé.» Ajoutons que, pour les procédures judiciaires internationales, les législations nationales sont des «faits» et la question de savoir si, dans un cas donné, la législation adoptée par un Etat constituerait une violation d'une obligation internationale de l'Etat vis-à-vis d'un autre Etat est sans aucun doute susceptible de générer un différend international et d'être tranchée par la Cour sur la base de son Statut. Finalement, en ce qui concerne les compromis et autres titres de juridiction de nature conventionnelle (paragraphe 29 et 31 de l'arrêt), il convient d'observer que la référence est également inappropriée. Dans ces situations, l'objet du différend n'est pas défini en fonction du *petitum* et de la *causa petendi* de la requête du demandeur, ou des conclusions, mais par le compromis ou l'accord des parties en question. Dès lors, il faut effectivement que la Cour interprète la volonté commune des parties exprimée dans le compromis ou l'accord s'il existe à cet égard des divergences entre elles.

F. Conclusion sur le chapitre III

118. Compte tenu des considérations exposées dans l'ensemble du présent chapitre, j'arrive à la conclusion que l'objet du différend est bien celui formulé dans la requête de l'Espagne en date du 28 mars 1995 et confirmé dans son mémoire et dans ses plaidoiries et conclusions au cours de la présente procédure incidente préliminaire. Je rejette donc la définition que donne de l'objet du différend le paragraphe 35 de l'arrêt, ainsi

² Comme il est dit dans cet avis consultatif:

«si l'existence d'un différend suppose une réclamation trouvant son origine dans un comportement ou une décision de l'une des parties, elle n'implique nullement que toute décision contestée ait été matériellement exécutée. Bien plus, un différend peut naître même si la partie en cause donne l'assurance qu'aucune mesure d'exécution ne sera prise tant qu'elle n'aura pas été ordonnée par une décision des tribunaux nationaux» (*C.I.J. Recueil 1988*, p. 30, par. 42).

que toutes les considérations et conclusions y relatives (paragraphe 29 à 34 de l'arrêt).

119. J'ai la conviction que la compétence de la Cour (paragraphe 6 de l'article 36 du Statut) ne l'autorise pas à «redéfinir» l'objet des différends que les Etats demandeurs lui soumettent par voie de requête dans l'exercice de leur souveraineté. La Cour peut certes apprécier, préciser ou interpréter l'objet du différend d'une requête dans un incident préliminaire, mais elle ne peut pas le modifier ou le remplacer par un autre objet. Ce n'est pas à elle de «définir» l'objet du différend de la requête. Cela est également vrai lorsque, par exemple, une demande faisant partie de l'objet d'un différend de la requête n'est pas rédigée d'une façon adéquate. La Cour ne peut pas non plus se substituer au demandeur pour la corriger. Elle invite le demandeur à le faire et, si celui-ci ne le fait pas, la Cour ne se prononcera pas sur la demande en question (*C.P.J.I. série A n° 7*, p. 34-35). On est bien loin de la jurisprudence établie dans le présent arrêt. Celui-ci ne corrige même pas l'objet du différend soumis par l'Espagne, il présente à sa place un nouvel objet du différend. L'objet de la requête est donc dénaturé.

120. Dans le chapitre suivant de la présente opinion, le chapitre IV, je me prononcerai sur la compétence de la Cour en l'espèce, compte tenu de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada, en gardant présent à l'esprit l'objet du différend que je considère comme étant le véritable objet du différend soumis à la Cour par la requête que l'Espagne a déposée au Greffe le 28 mars 1995.

CHAPITRE IV. LA COMPÉTENCE DE LA COUR DANS L'AFFAIRE

A. Questions générales

1. La manifestation du consentement à la juridiction dans le système de la clause facultative: les déclarations

121. La Cour ainsi que sa devancière, la Cour permanente, ont confirmé maintes fois le principe fondamental du consentement à la juridiction inscrit dans le Statut. Par exemple, dans ce passage de l'arrêt de 1928 dans l'affaire des *Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)*:

«La juridiction de la Cour dépend de la volonté des Parties. La Cour est toujours compétente du moment où celles-ci acceptent sa juridiction, car il n'y a aucun différend que les Etats admis à ester devant la Cour ne puissent lui soumettre.» (*Arrêt n° 12, 1928, C.P.J.I. série A n° 15*, p. 22.)

La «juridiction obligatoire» du système de la clause facultative ne fait pas exception au principe du consentement à la juridiction. Les types de juridiction admis par le Statut se distinguent les uns des autres seulement par les formes autorisées de manifestation du consentement et le moment

où cette manifestation a lieu, mais le consentement de l'une et de l'autre partie est toujours nécessaire pour que la Cour soit compétente dans une affaire donnée, y compris dans le cadre du système de la clause facultative.

122. Dans ce système, le consentement des parties doit se manifester par le dépôt des déclarations unilatérales faites conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. Les Etats sont libres de faire ou de ne pas faire ces déclarations, de les rédiger, de les modifier, de les retirer, de les remplacer ou d'y mettre fin, mais *pendant leur existence*, les déclarations en question ont pour effet juridique de valoir acceptation par l'Etat déclarant de la juridiction obligatoire de la Cour dans les termes exprimés dans la déclaration, en vertu précisément de la norme conventionnelle énoncée au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour.

Un des traits les plus caractéristiques du système de la clause facultative est que le consentement du déclarant se manifeste avant la naissance du litige. Entre déclarants l'instance peut être introduite par requête unilatérale. Dans les cas relevant de ce système, il y a en conséquence un *demandeur* et un *défendeur*, positions qu'occupent respectivement l'Espagne et le Canada dans la présente affaire.

123. Les déclarations faites en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut doivent être déposées auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Elles sont aussi enregistrées au Secrétariat des Nations Unies, tout comme les traités, et publiées ensuite dans le *Recueil des traités* des Nations Unies et dans l'*Annuaire* de la Cour. Les déclarations sont des actes unilatéraux qui comportent pour l'Etat déclarant un engagement juridique international vis-à-vis des autres Etats déclarants, engagement qui relève du Statut de la Cour, partie intégrante de la Charte des Nations Unies et du droit international. En d'autres termes, il s'agit d'engagements internationaux incorporés dans des instruments internationaux unilatéraux appelés «déclarations», dont les effets sont régis par le Statut de la Cour et le droit international. Une fois faite et déposée, la déclaration constitue pour l'Etat déclarant un *engagement juridique international donné par écrit et formel* d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour. Toute déclaration de ce genre a pour objet et but de produire certains effets, juridiquement contraignants, dans les relations internationales pour ce qui est de l'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour aux fins du règlement des différends entre Etats souverains, conformément au droit international.

124. Mais l'engagement assumé par l'Etat déclarant n'est pas un engagement *erga omnes*. Il a un caractère mutuel et aussi réciproque. Il ne produit d'effet que dans les relations avec d'autres Etats déclarants non exclus par la déclaration elle-même (*mutualité*) et seulement, en outre, dans le cas où le différend dont il s'agit *in casu* entre tant dans la sphère du consentement exprimé par la déclaration de l'Etat demandeur que dans celle du consentement exprimé par la déclaration de l'Etat défendeur (*réciprocité*). Comme il est dit au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, il faut que «la même obligation» ait été acceptée par le deman-

deur et par le défendeur, expression qui renvoie à la fois à la mutualité et à la réciprocité. Dans la présente affaire, il ne se pose pas de problèmes de mutualité, l'Espagne ayant déposé sa déclaration le 15 octobre 1990 et le Canada le 10 mai 1994.

125. La requête de l'Espagne du 28 mars 1995 s'étant fondée uniquement sur ces deux déclarations pour établir la compétence de la Cour, la présente affaire est une affaire qui, en ce qui concerne le consentement à la compétence de la Cour, relève exclusivement du système de clause facultative du Statut.

2. *Se pose-t-il dans le présent incident une question quelconque relative au principe du consentement à la juridiction ou à la non-présomption de ce consentement?*

126. L'amalgame fait dans le contre-mémoire du Canada entre le principe du consentement à la juridiction et la question toute différente de l'interprétation de sa déclaration du 10 mai 1994 ne saurait créer un problème là où il n'existe pas autrement. Malheureusement, à la lecture de l'arrêt, force est de constater que cette stratégie a porté ses fruits dans la présente affaire. La majorité de la Cour s'est posée la question de la compétence, objet de la présente procédure incidente préliminaire, en fonction du principe de consentement à la juridiction, plutôt que dans l'optique de l'interprétation du consentement du Canada tel qu'il s'exprime dans sa déclaration du 10 mai 1994. C'est justement là où l'on doit aller chercher la véritable *ratio decidendi* du présent arrêt pour ce qui est de l'interprétation de ladite déclaration par la majorité.

127. Le moyen que le Canada a utilisé pour persuader la majorité de sa thèse consiste à mélanger deux choses qui sont en elles-mêmes fort différentes. Il a opposé d'emblée la notion de «consentement réel» à celle de «consentement présumé». Mais l'Espagne, dans la présente affaire, n'invoquait aucun «consentement présumé» du Canada et la question objective de mutualité entre les Parties ne se posait pas non plus. Le Canada comme l'Espagne ont donné un «consentement réel» lorsqu'ils ont fait leurs déclarations respectives d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour et les ont déposées auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

La réalité d'un consentement du Canada et d'un consentement de l'Espagne ne fait pas de doute dans la présente affaire. Le seul problème qui se posait à la Cour était celui de la portée du consentement exprimé par le Canada dans sa déclaration (étant donné son opposition à la compétence) et, pour régler ce problème, la seule chose à faire était d'interpréter ladite déclaration conformément au droit international. Mais le consentement comme tel du Canada exprimé dans sa déclaration n'a rien de présumé. Il est si réel qu'il a pu être déposé, enregistré et publié.

128. Pourquoi le Canada cherchait-il alors à opposer à son «consentement réel» un prétendu «consentement présumé» que personne n'invo-

quait? Les choses deviennent tout à fait claires à la lecture du contre-mémoire du Canada et en particulier de la section intitulée «Les déclarations en vertu de la clause facultative doivent être interprétées d'une manière naturelle et raisonnable, de façon à donner plein effet à l'intention de l'Etat déclarant» (les italiques sont de moi). Ce que le Canada voulait avec cette référence à l'intention de l'Etat déclarant, c'est que la Cour, par voie d'interprétation, assume la tâche de bâtir à posteriori, pour le besoin de la cause du Canada dans la présente instance incidente, un «consentement présumé» du Canada qui viendrait se substituer au «consentement réel» qu'il a manifesté dans sa déclaration du 10 mai 1994 et sur lequel l'Espagne s'est fondée au moment du dépôt de sa requête!

129. C'était quand même une prétention si extraordinaire du Canada que l'on aurait pu penser qu'elle ne pourrait pas être retenue par la Cour, surtout si l'on a présent à l'esprit que l'intitulé susindiqué ne correspond pas au passage de l'arrêt dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* dont il s'inspire. En effet, dans ce passage il est question de «la manière naturelle et raisonnable de lire *le texte*, eu égard à l'intention de l'Iran à l'époque où celui-ci a accepté la compétence obligatoire de la Cour» (*exception préliminaire, C.I.J. Recueil 1952, p. 104*). Il s'agit donc de la manière naturelle et raisonnable de lire *le texte* de la déclaration, eu égard à l'intention lors du dépôt, et non pas de lire d'une manière naturelle et raisonnable une prétendue intention du déclarant que celui-ci qualifie d'ailleurs, dans le contre-mémoire, d'«*intention sous-jacente*». En fait, le Canada l'a reconnu lui-même dans d'autres paragraphes de son contre-mémoire et surtout lors de ses plaidoiries dans la phase orale. D'autre part, cette jurisprudence de l'arrêt de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* fut aussi invoquée systématiquement par l'Espagne à l'appui de son interprétation de la déclaration du Canada, mais toujours dans son intégralité, c'est-à-dire sans jouer à cache-cache avec les mots «*le texte*».

130. L'ambivalence que le Canada a entretenue tout au long de la procédure sur la manière naturelle et raisonnable de lire soit sa prétendue intention sous-jacente, soit le texte de sa déclaration, accompagnée de l'argument psychologique du «consentement réel» opposé au «consentement présumé», a certainement porté ses fruits au sein de la Cour. La majorité a cru le Canada par une sorte d'acte de foi. Ce faisant, elle a introduit dans le processus interprétatif de la déclaration du Canada tel qu'il résulte de l'arrêt les arguments et les thèses que ce pays avançait et que je viens de signaler. Je ne saurais l'accepter, car ces thèses et arguments ne sont pas des éléments interprétatifs que le droit international positif contemporain fait intervenir dans l'interprétation des instruments internationaux, qu'ils soient multilatéraux ou bilatéraux, ou qu'ils aient, comme les déclarations, une origine unilatérale. En acceptant l'invitation à peine voilée du Canada, la majorité s'est attachée dans les motifs de l'arrêt à reconstruire le consentement exprimé dans la déclaration canadienne dans le sens recherché par le Canada dans la présente procédure incidente, sans trop se soucier de l'intention de celui-ci en mai 1994,

lorsqu'il a déposé sa déclaration. Or le consentement à la juridiction de la Cour est une chose et l'interprétation juridique d'une déclaration en est une autre. Le but de l'interprétation d'une déclaration est de rechercher l'intention exprimée dans la déclaration elle-même et la démarche interprétative doit se faire sans à priori. L'opération interprétative se développe à partir du texte de la déclaration et elle est inductive. En tout cas, elle n'est point une opération déductive à partir des à priori juridiques, politiques ou psychologiques.

Le principe du consentement à la juridiction et de la non-présomption du consentement *n'est pas une règle d'interprétation des déclarations faites conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut*. Il n'est pas censé intervenir dans l'opération juridique d'interprétation des déclarations proprement dite, opération qui obéit à des règles juridiques de droit international, à des considérations logiques et aux systèmes de valeurs reconnus et protégés par le droit international dans son ensemble. Je crains fort que l'interprétation faite par le présent arrêt de la déclaration du Canada de 1994 est non seulement, dans sa démarche, déductive à partir d'un postulat extérieur au texte, mais aussi une interprétation *libre* qui ne se soucie guère des règles du droit international positif régissant l'interprétation des instruments internationaux. En d'autres termes, l'arrêt se place, en matière d'interprétation, comme si l'on était encore en droit international dans une phase prénormative en matière d'interprétation.

131. Du moment où un Etat se reconnaît Etat déclarant dans le cadre du système de la clause facultative, cela n'a pas de sens de poser le principe du consentement à la juridiction et de la non-présomption du consentement comme une sorte de *préalable* commandant l'interprétation de la déclaration par la Cour. Quel est l'intérêt pour l'interprétation de la déclaration de proclamer que la Cour tire son autorité de la volonté des Etats, ou que la compétence ne se présume jamais, ou encore que les Etats sont totalement libres de participer ou non au système de la clause facultative? Ni le demandeur ni personne ne peut dire autre chose, car le principe en question est une règle objective incorporée au Statut de la Cour.

132. Dans le système de la clause facultative, lorsque l'on parle du consentement d'un Etat déclarant à la juridiction obligatoire de la Cour, on se réfère toujours par définition à un consentement dudit Etat, incorporé dans sa déclaration, antérieure au différend et à la date de l'introduction de l'instance, c'est-à-dire à un *consentement préétabli donné en forme écrite et solennelle*. Dans la présente affaire, ce consentement préétabli du Canada s'est manifesté le 10 mai 1994 lors du dépôt de sa déclaration. Il ne s'agit maintenant que d'interpréter cette déclaration conformément aux règles du droit international relatives à l'interprétation des instruments internationaux et non pas d'opposer au consentement préétabli de la déclaration du Canada un prétendu consentement «sous-jacent» du Canada, politique ou psychologique, qui, en plus, prévaudrait sur celui manifesté dans la déclaration en question.

3. *La liberté des Etats d'insérer des conditions et des réserves dans les déclarations a-t-elle des limites?*

133. La liberté des Etats d'insérer des conditions et des réserves dans les déclarations relevant du système de la clause facultative est reconnue depuis les années vingt, au temps de la Société des Nations, et a été confirmée expressément à la conférence de San Francisco comme une *pratique établie*.

134. Les Parties à la présente affaire sont évidemment d'accord sur le principe général de la liberté des Etats déclarants d'insérer des conditions et des réserves dans les déclarations faites conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour. Elles ont d'ailleurs exercé cette liberté lorsqu'elles ont formulé leurs déclarations en vigueur. Mais, tandis que le Canada affirme que la possibilité d'émettre des réserves est la pierre angulaire de la clause facultative et que les réserves aux déclarations sont des manifestations de la *liberté absolue* des Etats d'accepter ou de limiter la compétence obligatoire, l'Espagne a parlé d'*interprétations* automatiques, subjectives, antistatutaires, antijuridiques et même d'*interprétations* allant à l'encontre de la Charte des Nations Unies, s'agissant de la réserve de l'alinéa d) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada de 1994.

Ainsi, le débat entre les Parties sur cette question concerne plutôt la manière d'interpréter les réserves formulées que la liberté des Etats de formuler des réserves dans leurs déclarations. Toutefois, la question de principe a été posée. Ma position à cet égard est que la souveraineté des Etats a peu de sens excepté dans le cadre d'un ordre juridique que nous appelons «droit international» et qu'en conséquence il n'y a pas de «libertés absolues» des Etats, y compris en ce qui a trait à la question considérée, mais des libertés devant s'exercer dans le cadre dudit ordre. En matière de réserves dans les déclarations relevant du système de la clause facultative, cette liberté est très large, mais elle n'est pas sans limites.

135. La première limitation découle du Statut même de la Cour, l'exemple classique étant les réserves de compétence nationale dites «subjectives». Mais l'on peut en imaginer d'autres encore, par exemple, des réserves qui concerneraient des compétences incidentes ou dérivées de la Cour, de base exclusivement statutaire, ou des réserves relatives à la force obligatoire ou à la *res judicata* des arrêts, ou des réserves ayant trait à des principes fondamentaux de la procédure judiciaire comme celui de l'égalité des parties, etc.

En devenant parties au Statut, les Etats acceptent la compétence générale de la Cour et les principes et règles établis du règlement judiciaire. Aucun Etat n'est obligé de devenir partie à la Charte des Nations Unies et au Statut de la Cour. Ainsi, lorsqu'ils le font, ils exercent leur liberté souveraine. Cela comporte pour eux à la fois des droits et des obligations. Il est donc contraire aux principes juridiques les plus élémentaires et notamment à celui de la bonne foi de prétendre par la suite invoquer ces droits tout en oubliant les obligations assumées. Il convient de rappeler,

dans ce contexte, que le dépôt des déclarations dans le cadre du système de la clause facultative résulte aussi d'un choix souverain et libre et que ces déclarations sont faites en application du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut et conformément à cette disposition conventionnelle.

136. Je considère donc qu'en présence d'une réserve contraire au Statut la Cour est dans son droit de l'écarter, car aucun Etat n'a le droit ni de dénaturer le règlement judiciaire par l'insertion de réserves antistatutaires dans une déclaration faite dans le cadre du système de la clause facultative, ni d'abuser de la bonne foi et des attentes des autres Etats déclarants. Il reste la question, moins étudiée, de la limitation éventuelle de la liberté de faire des réserves qui seraient contraires à des principes ou normes fondamentaux de la Charte des Nations Unies ou du droit international général. Je pense que, dans ce domaine, il existe également des limitations mais que les conclusions doivent être plus nuancées, étant donné le principe du consentement à la juridiction de la Cour qui fait aussi partie de la Charte des Nations Unies et du Statut de la Cour.

137. Il se pourrait que, dans certains cas, une réserve de ce type serait à écarter, mais non dans d'autres cas. Par exemple, serait-il légitime d'exclure par une réserve une disposition structurelle comme celle de l'article 103 de la Charte des Nations Unies? Ou les pouvoirs et compétences que le Conseil de sécurité tient de la Charte? Ou le principe de l'égalité souveraine des Etats? Quant au droit international général, il pourrait également y avoir des réserves qui, par leur objet ou par leur but, pourraient être dénuées d'effet. Je pense, par exemple, à des réserves faites avec l'intention de promouvoir une guerre d'agression, le génocide, la traite d'esclaves ou des actes de piraterie en haute mer, etc. Il reste en outre la question particulière qui pourrait se poser du fait de l'existence de règles du *jus cogens*, car les déclarations aboutissent en dernière analyse à des accords juridictionnels avec chacun des autres Etats déclarants.

138. L'Etat animé d'une telle intention doit s'abstenir de faire une déclaration ou de la faire pour une ou des catégories des différends déterminés seulement à l'exclusion de tous les autres, comme c'est son droit le plus strict. Ce qu'il n'a pas le droit de faire vis-à-vis des autres Etats déclarants, c'est de bouleverser le système de la clause facultative, c'est-à-dire commettre *un abus de droit* par le dépôt d'une déclaration trompeuse par son ampleur et par son libellé, tout en se réservant le pouvoir d'invoquer, le moment venu, des interprétations allant à l'encontre du Statut, de la Charte des Nations Unies ou du droit international général. On a le droit d'accepter ou non le système de la clause facultative et d'insérer des conditions et des réserves dans les déclarations, mais sans dépasser les limites des principes de bonne foi et de confiance mutuelle à la base du système. Dans l'exercice de sa compétence de la compétence, la Cour ne devrait pas hésiter à exercer un tel contrôle. Le présent arrêt renonce à le faire. Cela est pour moi aussi grave que la redéfinition par la Cour elle-même de l'objet du différend soumis par l'Espagne le 28 mars 1995.

139. L'arrêt fait mention de la question de l'invalidité ou du caractère

inopérant des réserves en raison de leur incompatibilité éventuelle avec le Statut, la Charte des Nations Unies et le droit international. Telle qu'elle est rédigée, la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada ne pose pas pour moi un problème d'incompatibilité. D'autre part, la réserve de l'alinéa *c*) du même paragraphe n'énonce pas non plus une réserve de compétence nationale subjective ou automatique qui empêcherait la Cour d'exercer sa compétence de la compétence conformément au paragraphe 6 de l'article 36 du Statut de la Cour. A mon avis, la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration canadienne, *comme telle*, ne rentre pas dans la catégorie de ces réserves qui pourraient être considérées *prima facie* comme étant exclues de la liberté d'émettre des réserves dont jouissent les Etats déclarants. La question soulevée par l'Espagne concernait une autre question, à savoir celle des *interprétations* de la réserve allant à l'encontre du Statut, de la Charte des Nations Unies ou du droit international. L'Espagne a défendu la thèse, à laquelle je souscris, qu'en cas de doute entre deux interprétations possibles d'une déclaration il faut, comme principe général, interpréter la déclaration, y compris ses réserves, en conformité avec le Statut de la Cour, la Charte des Nations Unies et le droit international. La question de l'incompatibilité de la réserve canadienne en tant que telle, voire de sa nullité éventuelle, ne fut pas posée par le demandeur et l'arrêt ne s'en occupe pas. Toutefois, l'arrêt tombe dans le piège de l'interprétation automatique des réserves du moment où le prétendu *effet voulu* par le Canada commande en fait l'interprétation qu'il fait de la réserve, car cet effet voulu est pour l'arrêt *celui que le défendeur affirme dans le présent incident préliminaire avoir eu lorsqu'il a fait sa déclaration en 1994*.

*

140. Ajoutons que la possibilité d'appliquer le principe de la *divisibilité* aux différents éléments composant une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour ne saurait, sur le plan des principes, être remise en question. Le principe comme tel est admis. Le commentaire de la Commission du droit international sur l'article 41 de son projet final d'articles sur le droit des traités l'admet d'ailleurs explicitement pour les déclarations dans le passage qui suit :

«La question de la divisibilité des dispositions d'un traité aux fins d'interprétation soulève des difficultés toutes différentes de celles de l'application du principe de la divisibilité en matière de nullité des traités ou dans les cas où il est mis fin à un traité. Toutefois, si la jurisprudence des deux Cours ne projette pas beaucoup de lumière sur ces dernières questions, il est certain que quelques juges dans l'affaire des *Emprunts norvégiens* [C.I.J. Recueil 1957, p. 55-59] et dans l'affaire de l'*Interhandel* [C.I.J. Recueil 1959, p. 57, 77, 78, 116 et 117] ont admis que le principe de la séparation des dispositions

d'un traité s'appliquait dans un cas où était alléguée la nullité d'une déclaration unilatérale faite en vertu de la clause facultative, cela en raison d'une réserve dont la validité était contestée.» (Nations Unies, *Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur le droit des traités*, documents de la conférence, p. 62.)

141. La Cour ne s'est pas prononcée sur les effets de la non-validité établie d'une réserve sur la déclaration elle-même. Mais lors des affaires des *Emprunts norvégiens* et de l'*Interhandel*, certains juges (Lauterpacht, Spender) ont conclu à la nullité de la déclaration tout entière, mais d'autres juges (Klaestad, Read) ont été d'un avis contraire. Par exemple, dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt dans l'affaire de l'*Interhandel* (*exceptions préliminaires*), le président Klaestad est arrivé à la conclusion suivante :

«Ces considérations m'ont amené à la conclusion que la Cour, tant par son Statut que par la Charte, est empêchée d'agir en conformité de la partie de la réserve qui est en contradiction avec l'article 36, paragraphe 6, du Statut, mais que cette circonstance n'implique pas nécessairement qu'il est impossible pour la Cour de donner effet aux autres parties de la déclaration d'acceptation qui sont conformes au Statut. A mon avis, la partie *a*) de la quatrième exception préliminaire doit donc être rejetée.» (*C.I.J. Recueil 1959*, p. 78.)

En ce qui concerne les traités, la convention de Vienne de 1969, dans son article 44, admet (avec quelques exceptions) la divisibilité des dispositions d'un traité en cas d'invocation de la nullité ou de l'extinction, de retrait d'une des parties ou de la suspension d'application du traité à la condition que la disposition soit séparable du reste du traité et qu'elle ne constitue pas une base essentielle du consentement des parties à être liées par le traité dans son ensemble. Savoir quand l'on est en présence d'une telle condition devient ainsi une question d'espèce qui doit être résolue par interprétation. Je pense que cette solution est applicable *mutatis mutandis* aux déclarations. La nullité de la déclaration ne saurait être automatique. Il s'agit d'interpréter l'intention du déclarant compte tenu des circonstances de l'espèce.

142. En ce qui concerne certaines catégories de réserves aux déclarations, par exemple, celles dites subjectives ou automatiques, certains auteurs modernes évitent la sanction de nullité pour l'ensemble de la déclaration et proposent à sa place d'autres solutions, comme la non-opposabilité ou l'irrecevabilité. Disons, finalement, que la Cour européenne des droits de l'homme a écarté des déclarations (réserves) relatives à certaines dispositions de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tout en acceptant comme valides les déclarations d'acceptation de la compétence de la Cour sur des différends concernant la convention en question (arrêt du 23 mars 1995 dans l'affaire *Loizidou c. Turquie, exceptions préliminaires*).

4. *La bonne foi et la confiance mutuelle comme principes essentiels du système de la clause facultative du Statut de la Cour*

143. La jurisprudence de la Cour est riche en prononcés sur la bonne foi et la confiance mutuelle comme principes essentiels du système de la clause facultative. Par exemple, dans l'arrêt de 1984 sur la compétence et la recevabilité dans l'affaire relative aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* où il était aussi question de déclarations relevant du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, il est dit :

« En fait les déclarations, bien qu'étant des actes unilatéraux, établissent une série de liens bilatéraux avec les autres Etats qui acceptent la même obligation ... en prenant en considération les conditions, réserves et stipulations de durée. Dans l'établissement de ce réseau d'engagements que constitue le système de la clause facultative, le principe de la bonne foi joue un rôle essentiel ; et la Cour a souligné la nécessité de respecter, dans les relations internationales, les règles de la bonne foi et de la confiance en termes particulièrement nets... »
(*C.I.J. Recueil 1984*, p. 418, par. 60 ; les italiques sont de moi.)

144. Le paragraphe 2 de l'article 36 du Statut établit un véritable « système de juridiction » dit « juridiction obligatoire » à caractère facultatif en ce sens que les Etats parties au Statut sont entièrement libres d'y participer ou de s'abstenir de le faire. Il est dans la nature des choses qu'au cours de l'examen par la Cour des affaires qui lui sont soumises les déclarations des Etats acceptant la juridiction obligatoire de la Cour occupent tout le terrain. Mais les déclarations ne sont que le moyen par lequel les Etats qui le souhaitent participent au système avec une ampleur plus ou moins grande et pendant des périodes de temps plus ou moins longues. Les déclarations, actes unilatéraux des Etats participants, ne sont qu'un moyen de mise en œuvre d'un système qui a une base de nature conventionnelle, le Statut de la Cour, qui fait partie intégrante de la Charte des Nations Unies. Or, comme il est dit au paragraphe 2 de l'article 2 de la Charte, les Membres de l'Organisation, afin d'assurer à tous la jouissance des droits et avantages résultant de leur qualité de Membre, « doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la présente Charte ».

145. Ainsi, si l'on assume, en toute liberté et par un choix propre et délibéré, aux termes du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, des obligations juridictionnelles solennelles à l'égard des autres Etats déclarants par le dépôt d'une déclaration, l'on assume une obligation que, par sa nature, par ses origines et par sa base conventionnelle, l'Etat déclarant en question est tenu remplir de bonne foi. Par exemple, ne serait pas conforme à la bonne foi du système le comportement d'un Etat déclarant trompeur pour les autres Etats déclarants ou visant à lui servir de déguisement respectable pour commettre des faits internationalement illicites. Ces visées éventuelles d'un Etat déclarant ne sont pas compatibles avec le

système de la clause facultative. L'Etat qui aurait de tels desseins doit s'abstenir de participer au système de la clause facultative, car il n'a pas le droit d'abuser de la confiance des autres Etats déclarants ni de tromper les attentes que ceux-ci ont fondées sur la déclaration qu'il a déposée. Les principes de bonne foi et de confiance mutuelle ne se situent pas du tout hors du système de la clause facultative. Au contraire, ils font corps avec le système à l'intérieur duquel ils agissent en tant qu'éléments de contrôle des comportements ou de la conduite des Etats déclarants et ils ont, à ce titre, des effets normatifs susceptibles d'appréciation judiciaire.

146. Tant qu'il participe au système de la clause facultative et demeure dans ce système, l'Etat déclarant doit se conformer — et on doit présumer qu'il se conforme — aux principes de bonne foi et de confiance mutuelle qui président à ce système. Le présent arrêt néglige la dimension normative de ces principes au sein du système de la clause facultative. Il s'agit là d'une grave lacune, car les circonstances de la présente affaire, d'après certains aveux, confirmés par des informations dans le domaine public, soulèvent des questions inquiétantes sur l'utilisation que le Canada aurait fait du système de la clause lorsqu'il a rédigé puis déposé sa déclaration le 10 mai 1994 auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

147. C'est pour dire, comme nous le verrons dans la suite de la présente opinion, que dans le cas d'espèce la bonne foi n'intervient pas seulement en tant qu'élément d'interprétation de la déclaration canadienne. Elle a aussi un deuxième rôle à jouer, en rapport avec la question différente de la recevabilité ou de l'opposabilité à l'Espagne dans les circonstances de l'espèce de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la dite déclaration du Canada.

5. *Règles et méthodes d'interprétation des déclarations invoquées par les Parties et position générale adoptée par l'arrêt sur la question*

148. Comme je l'ai dit, le présent incident préliminaire ne pose aucun problème véritable en ce qui concerne le principe de l'existence d'un consentement du Canada à la juridiction de la Cour. Outre la question de la recevabilité ou de l'opposabilité à l'Espagne de la réserve de la déclaration du Canada, qui est d'une autre nature, la question qui se pose est en fait celle de déterminer, par interprétation, le sens et la portée dudit consentement du Canada tel qu'il l'a exprimé dans sa déclaration. En effet, la Cour doit interpréter cette déclaration pour être à même de conclure à sa compétence ou à son incompétence dans le différend soumis par l'Espagne, compte tenu du fait que le Canada s'oppose à la compétence de la Cour sur la base de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de sa déclaration.

Ce différend interprétatif entre les Parties est au cœur même du présent incident préliminaire. Or, qui dit interprétation dit règles, éléments et méthodes d'interprétation. Il est donc dans la nature des choses que les Parties aient débattu ces règles, ces éléments et ces méthodes.

149. D'une manière générale, on peut dire que l'Espagne a défendu une interprétation à partir du texte de la déclaration du Canada par l'application de règles, d'éléments et de méthodes d'interprétation objectifs, analogues *mutatis mutandis* à ceux du système d'interprétation de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. D'après l'Espagne, cette façon de procéder correspondrait à la jurisprudence de la Cour et de la Cour permanente relative à l'interprétation des déclarations relevant du système de la clause facultative. Soulignons que l'Espagne défend le système de l'interprétation objective de Vienne et de la jurisprudence de la Cour avec tous ses éléments interprétatifs et non pas une interprétation purement *grammaticale* ou *littérale*. Elle n'écarte pas non plus du tout les moyens complémentaires pourvu que leur rôle dans le processus interprétatif soit celui que le droit international leur reconnaît.

150. Par contre, dans son contre-mémoire, le Canada a mis l'accent sur ce qu'il appelle l'«intention sous-jacente» du déclarant. Tous les éléments des écoles d'interprétation subjectivistes sont présents dans les règles, les éléments et les méthodes d'interprétation proposés dans le contre-mémoire du Canada. Je n'hésite pas à qualifier ledit système interprétatif du Canada de «système d'interprétation subjective». A y regarder de plus près, il s'agit même d'un système subjectif extrême :

- a) subjectivisme quant à l'*objet* de l'opération interprétative, qui ne serait pas la déclaration déposée mais ce que le contre-mémoire dénomme l'«intention sous-jacente» du Canada lorsqu'il a déposé sa déclaration, c'est-à-dire qu'il s'agirait d'une intention «psychologique» ou de motifs d'ordre «politique» (on parle même de «libre arbitre politique») tels que le Canada les formule dans la présente instance (au lieu de le faire lors du dépôt dans sa déclaration) et que l'on serait censé aller chercher en dehors de la déclaration et de l'acte de son dépôt;
- b) subjectivisme quant au *but* de l'opération interprétative que doit effectuer la Cour, qui ne saurait être celui de donner plein effet au consentement exprimé par le Canada dans sa déclaration, mais celui de donner plein effet à une intention non manifestée du Canada, à savoir la prétendue «intention sous-jacente» mentionnée ci-dessus;
- c) subjectivisme quant à la *méthode* générale à suivre pour l'interprétation du consentement donné par le Canada, qui ne saurait consister à rechercher une interprétation qui soit en harmonie avec la «manière naturelle et raisonnable *de lire le texte*» de la déclaration, mais avec une «manière naturelle et raisonnable» d'interpréter l'«intention sous-jacente» invoquée par le Canada dans la présente instance;
- d) subjectivisme quant à la définition de l'*instrument* que la Cour doit interpréter qui ne saurait être la déclaration du Canada dans son ensemble, mais plutôt la réserve de l'alinéa *d)* de son paragraphe 2 prise isolément, avec le résultat que la déclaration pourrait être interprétée, sans que l'on sache pourquoi, d'une façon restrictive, tandis

- que la réserve pourrait l'être d'une façon plus large ou libérale; et, finalement,
- e) subjectivisme aussi quant aux *éléments interprétatifs* qui interviendraient dans l'opération interprétative, en donnant une valeur interprétative similaire, au moins, à la déclaration et aux «circonstances ayant entouré son dépôt» (certaines déclarations ministérielles faites au cours des débats parlementaires sur le projet de loi C-29), c'est-à-dire sans faire la distinction qui s'impose entre les éléments interprétatifs incorporés à la règle générale d'interprétation (bonne foi; texte; contexte; objet et but; droit international, etc.) et les moyens complémentaires (travaux préparatoires; circonstances).

151. Tout cela n'a rien à voir, à mon avis, avec la jurisprudence antérieure de la Cour relative à l'interprétation des déclarations relevant du système de la clause facultative, ni avec les règles de droit international relatives à l'interprétation d'engagements internationaux sous forme écrite, lesquels distinguent entre le texte et les autres éléments interprétatifs de la règle générale d'interprétation d'une part, et les moyens complémentaires, d'autre part. Cela est particulièrement vrai lorsque les déclarations unilatérales, comme celles relevant du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, sont faites dans le contexte d'une convention ou d'un traité ou en application de ses dispositions, sont déposées et enregistrées et sont ensuite publiées dans des recueils et annuaires internationaux officiels. Je ne vois pas en quoi les trois arrêts, appelés «grands arrêts» par le Canada (*Phosphates du Maroc, 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74, p. 10; Anglo-Iranian Oil Co., exception préliminaire, C.I.J. Recueil 1952, p. 93; Plateau continental de la mer Egée, C.I.J. Recueil 1978, p. 3*) peuvent étayer un subjectivisme interprétatif comme celui prôné dans le contre-mémoire du Canada.

152. Lors de la phase orale, le Canada n'a pas renoncé à ce que la Cour interprète la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration en introduisant dans le processus interprétatif des éléments des critères et des méthodes d'interprétation propres à l'interprétation subjective, car il a toujours parlé d'une intention sous-jacente qui n'est explicitée ni dans la déclaration ni dans des instruments ou documents canadiens y relatifs antérieurs au dépôt de la déclaration ou concomitants de ce dépôt. Et elle n'a pas non plus été explicitée après le dépôt, malgré le paragraphe 3 de la déclaration de 1994, relatif à des modifications de la déclaration en vigueur. Mais, lors de la phase orale, le Canada a fait des présentations générales de la question qui sembleraient admettre que le point de départ de l'opération interprétative est la déclaration déposée. Ainsi, l'on peut conclure qu'à la fin des plaidoiries le système d'interprétation prôné par le Canada était ambivalent. Il oscillait entre la prétendue intention sous-jacente et la déclaration et son texte, la première ayant toujours la préférence du défendeur.

*

153. Pourtant, l'invocation par le défendeur de son intention sous-jacente, sous la forme qu'elle revêt dans le contre-mémoire ou sous celle plus édulcorée qui lui est donnée dans les plaidoiries, comportait certaines conséquences négatives pour lui, que l'arrêt n'aurait pas dû passer sous silence. Il s'agit de l'aveu indirect, mais tout de même notoire, que cela implique, à savoir que la déclaration du 10 mai 1994, telle que formulée et déposée, pourrait après tout être insuffisante pour étayer la conclusion d'incompétence du Canada. Sinon, il est certain que le Canada aurait insisté pour que la Cour interprète sa déclaration sur la base des présupposés, des règles, des éléments et des méthodes de l'interprétation objective. Il n'est pas raisonnable de penser que le Canada, ses conseils et ses avocats, ignorent ces présupposés, ces règles, ces éléments et ces méthodes d'interprétation. Le Canada était donc bien loin des certitudes de l'incompétence manifeste dont il a fait part à la Cour et à l'Espagne dans sa première lettre du 21 avril 1995! C'est une constatation importante. Or la majorité de la Cour n'en tire aucune conclusion pour ce qui est de son interprétation de la réserve canadienne. Au contraire, l'arrêt est lui-même une fuite en avant par rapport à la direction qui avait été tracée par le défendeur en ce qui concerne l'application à la déclaration canadienne d'un système subjectif d'interprétation.

154. En fait, l'arrêt réussit le tour de force d'adopter un système d'interprétation de la déclaration canadienne encore plus subjectif que celui prôné par le défendeur lors de la phase écrite! Pourtant, c'était bien difficile à faire. Ainsi, le paragraphe 46 de l'arrêt nous dit que la Cour «*relève que les dispositions de la convention de Vienne peuvent s'appliquer seulement par analogie dans la mesure où elles sont compatibles avec le caractère sui generis de l'acceptation unilatérale de la juridiction de la Cour*»! Et nous voilà revenus aux écoles d'interprétation subjectivistes extrêmes et minoritaires qui existaient avant la codification du droit des traités en 1969. C'est ce qu'affirme l'arrêt après que la jurisprudence de la Cour, dès 1991, a affirmé à plusieurs reprises que les dispositions pertinentes de la convention de Vienne étaient déclaratoires du droit international général.

155. Le caractère *sui generis* des déclarations (instrument unilatéral rédigé par son auteur en vue de participer à un système de base statutaire conventionnelle) n'est pas invoqué par l'arrêt par rapport à des particularités dans l'application de l'un ou de l'autre élément interprétatif admis par le droit international. Ce qui est *sui generis* pour l'arrêt, c'est «*l'acceptation unilatérale de la juridiction de la Cour*»! C'est le système de la clause facultative tout entier qui est en fait visé par le *sui generis* de l'arrêt. Je n'ai aucune difficulté à affirmer que cet arrêt est en fait hostile à cette forme d'acceptation par les Etats de la juridiction de la Cour.

156. A partir de là, tout se comprend, y compris la question fondamentale de ce qui est l'*objet de l'interprétation* pour l'arrêt. Cet objet n'est plus, dans l'arrêt, pour l'essentiel, la déclaration rédigée et déposée par le Canada auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations

Unies, comme on aurait pu le croire, mais «l'acceptation unilatérale de la juridiction de la Cour» par le Canada. C'est-à-dire les considérations, les motifs ou les raisons, politiques ou autres, qui ont conduit le Canada à déposer sa déclaration du 10 mai 1994. La déclaration comme telle est écartée ou joue un rôle d'appoint mineur dans l'arrêt pour ce qui est de l'interprétation du consentement juridiquement pertinent du Canada à la juridiction.

157. Le véritable objet de l'interprétation pour l'arrêt, du premier instant même de la mise en œuvre du processus interprétatif, ce sont les motifs politiques ou psychologiques internes du Canada qui ont conduit celui-ci à déposer la déclaration de 1994. Il ne s'agit plus d'interpréter la déclaration *qua* instrument unilatéral international ou le consentement du Canada objectivé dans la déclaration déposée et dégagé par interprétation, mais bel et bien les visées de son gouvernement lorsqu'il a fait sa déclaration. Voilà où nous en sommes avec l'interprétation des déclarations relevant du système de la clause facultative près de quatre-vingts ans après l'adoption du premier Statut. Il serait bien difficile de porter un coup plus grave à la sécurité juridique et au *modus operandi* du système de la clause facultative.

158. L'arrêt accepte donc que ce que la Cour doit interpréter c'est l'«intention sous-jacente» dont parlait le Canada, mais elle définit celle-ci d'une façon encore plus floue et plus subjective que le Canada ne l'a fait dans son contre-mémoire et dans ses plaidoiries. L'interprétation ayant un tel objet dans l'arrêt et la Cour ayant, évidemment, la compétence nécessaire pour interpréter la déclaration canadienne, tout devient possible, car l'opération interprétative à réaliser n'est plus une opération assujettie aux contraintes normatives que le droit international établit en matière d'interprétation d'instruments internationaux. On est donc en face d'une *interprétation libre* d'une prétendue «intention sous-jacente» du Canada.

159. Je ne saurais accepter un tel système d'interprétation des déclarations relevant du système de la clause facultative. Même si la Cour est l'interprète, l'interprétation des déclarations doit se faire à partir de leur texte, en dégagant l'intention du déclarant au moyen des règles normatives d'interprétation qui énoncent de nos jours le droit international positif et qui ont d'ailleurs été élaborées par les Etats en tenant dûment compte de la jurisprudence de la Cour en la matière. Si le système d'interprétation des déclarations retenu par le présent arrêt se confirmait à l'avenir, les Etats déclarants devraient désormais, pour savoir à quoi s'en tenir, faire dans chaque cas une recherche des *visées ou raisons* politiques ou autres qui ont pu amener chacun d'entre eux à accepter la juridiction de la Cour par le dépôt d'une déclaration.

160. La technique utilisée par l'arrêt pour étayer la méthode d'interprétation qu'il applique consiste à faire rentrer le principe du consentement à la juridiction dans l'opération interprétative comme s'il s'agissait d'un principe qui serait en même temps un élément interprétatif des

déclarations. En d'autres termes, en créant un cercle vicieux. Ce qui doit être démontré par interprétation (le sens et la portée du consentement du déclarant) devient partie intégrante de la démonstration, c'est-à-dire du processus d'interprétation que doit réaliser l'interprète. On mélange dès lors deux choses, pourtant bien différentes, à savoir d'une part le principe du consentement à la juridiction et, d'autre part, l'interprétation de l'instrument où il se manifeste. C'était une tendance déjà perceptible dans certaines opinions de juges (surtout à partir de 1994 environ) en ce qui concerne l'interprétation des clauses compromissaires insérées dans certains traités. La majorité, dans la présente instance, étend maintenant cette solution à l'interprétation de la déclaration du Canada du 10 mai 1994, même si en l'espèce les déclarations, tant du défendeur que du demandeur, sont des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour que l'on pourrait qualifier, malgré les réserves qu'elles comportent, de larges ou générales.

161. C'est dans le système d'interprétation appliqué par l'arrêt à la déclaration du Canada et dans sa redéfinition de l'objet du différend soumis par l'Espagne qu'il faut chercher les causes profondes de la présente opinion dissidente.

6. *Les fonctions respectives des Parties et de la Cour dans une procédure préliminaire sur la compétence*

162. Je suis d'accord avec les critères généraux que l'arrêt dégage à ce propos dans ses paragraphes 36 à 38, quoique leur application en l'espèce laisse à désirer. Par contre, même si le rôle des Parties est d'essayer de «persuader» la Cour de leurs points de vues respectifs et celui de la Cour de trancher la question de l'existence ou non de sa compétence (paragraphe 6 de l'article 36 du Statut), la distinction entre «persuasion» et «preuve» reste, dans les faits, très théorique.

163. Il est plus important de rappeler que l'allégation initiale d'incompétence manifeste formulée par le Canada et certains passages de son contre-mémoire ont soulevé certains doutes quant à la position du défendeur sur le caractère automatique (*self-judging*) de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration canadienne. Mais les doutes du demandeur ont été levés, à mon avis, pendant la phase orale. Par ailleurs, l'Espagne a confirmé dans ses conclusions la position qu'elle a soutenue à son égard tout au long du présent incident, à savoir que :

«le Canada ne peut pas prétendre subordonner l'application de sa réserve au seul critère de sa législation nationale et de sa propre appréciation, sans méconnaître la compétence de votre propre compétence, que vous détenez au titre du paragraphe 6 de l'article 36 de votre Statut» (voir le paragraphe 12 de l'arrêt).

164. Ainsi, à la fin des audiences, les deux Parties ont reconnu d'une manière générale qu'il appartenait à la Cour de décider de la question de la compétence. Mais quel est le rôle des Parties par rapport à l'établis-

ment par la Cour de sa compétence lorsque celle-ci est contestée, comme le Canada le fait dans la présente affaire? La «persuasion» de chaque Partie doit être mise sur un pied d'égalité, c'est-à-dire indépendamment du fait d'être l'auteur ou non de la déclaration et de sa condition de défendeur ou de demandeur à l'instance. Le principe de l'égalité des parties le veut ainsi. L'appréciation d'une réserve par la partie qui l'a insérée dans sa propre déclaration ne devrait pas avoir, en tant que telle, une force de persuasion relative ni supérieure ni inférieure à celle que fait de cette réserve l'autre partie. En d'autres termes, le critère de preuve rigoureux dont a parlé le Canada s'applique au même titre au défendeur et au demandeur.

165. J'ai le regret de dire qu'à mon avis les choses ne semblent pas s'être passées exactement comme cela dans le présent incident préliminaire. Les allégations du défendeur se sont vu attribuer, consciemment ou non, une force de «persuasion» supérieure additionnelle, dès le départ, par rapport à celles du demandeur. Or, le système de la clause facultative ne comporte pas et ne doit pas comporter de présomption quelle qu'elle soit, ni pour ni contre la compétence, tout comme il ne comporte pas non plus d'à priori sur l'interprétation extensive ou restrictive de la volonté de s'engager de l'Etat déclarant. Le résultat pratique est qu'en fait la doctrine de l'interprétation automatique des réserves est indirectement assumée par l'arrêt malgré qu'elle eût été écartée lors de la phase orale par le défendeur.

166. Je n'ai pas la conviction que l'arrêt s'en tienne strictement aux principes de bonne administration de la justice internationale. La compétence est certes «une question de droit» qui ressort à la Cour. Mais évidemment la Cour n'a pas à ce propos de compétences qu'elle peut exercer discrétionnairement. Elle doit déterminer sa compétence objectivement «à la lumière des faits pertinents» (*C.I.J. Recueil 1988*, p. 76, par. 16), ou, comme le dit le présent arrêt en son paragraphe 38, «compte tenu de tous les faits et de tous les arguments avancés par les parties». A la lumière des faits générateurs du différend et d'autres faits pertinents comme l'objet du différend de la requête, je suis loin de pouvoir constater, il s'en faut, que tous les faits et tous les arguments pertinents ont été véritablement mis en balance et mis sur un même pied avant de conclure à l'incompétence. Bien au contraire. C'est la raison pour laquelle ma conclusion sur la compétence est aux antipodes de celle à laquelle est arrivée la majorité de la Cour.

167. Une dernière remarque sur le fait que, dans le présent incident, la Cour a été appelée à exercer sa compétence de la compétence (paragraphe 6 de l'article 36 du Statut) dans le cadre d'une procédure préliminaire (article 79 du Règlement de la Cour) et avant même que le demandeur ait déposé son mémoire sur le fond. Or, selon une jurisprudence bien établie, il est inhérent aux procédures préliminaires sur la compétence ou sur la recevabilité qu'un arrêt de la Cour sur l'objection ou l'exception soulevée, adopté dans ce contexte comme en l'espèce, *ne peut trancher ni préjuger aucune question de fond divisant les parties*. Je ne suis pas

convaincu non plus que les motifs du présent arrêt n'empiètent pas parfois sur des questions de fond au-delà de ce qui est admis comme raisonnable dans une phase préliminaire ou qu'ils ne puissent pas faire l'objet d'interprétations sollicitées en ce sens. Quoi qu'il en soit, de telles éventuelles lectures ou interprétations des motifs du présent arrêt seraient sans doute *ultra vires*. Le présent arrêt *ex definitione* ne peut pas avoir un tel effet. Il est opportun de le dire dans la présente opinion pour éviter des équivoques, car l'ensemble du fond du différend entre les Parties reste non jugé par le présent arrêt.

B. La question de la recevabilité ou de l'opposabilité à l'Espagne de la réserve de l'alinéa d) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada dans les circonstances de l'espèce

168. Lorsqu'on lit le texte de la déclaration du Canada, y compris celui de la réserve de l'alinéa *d)* du paragraphe 2, on pourrait être surpris par son libellé. Il est manifeste que le texte, effet utile ou pas, ne correspond pas à l'intention sous-jacente invoquée par le défendeur pour échapper à la juridiction de la Cour dans le différend soumis par l'Espagne. Le fait même que le Canada invoque une intention sous-jacente est la meilleure preuve de ce que son texte ne fait pas l'affaire. En fait, tel qu'il se présente, ce texte ouvre de grandes portes à la compétence de la Cour, étant donné l'objet de la requête. La première question qui vient alors tout naturellement à l'esprit est celle de se demander pourquoi le Canada ne fut pas plus prudent lors de la rédaction du texte en 1994, étant donné l'intention sous-jacente qu'il a invoquée dans le présent incident préliminaire.

Sur la base du dossier de l'affaire et des informations dans le domaine public, je suis arrivé à certaines conclusions générales dont je voudrais faire état dans la présente opinion, car elles concernent directement la question dont nous nous occupons à présent.

169. D'après les comptes rendus du débat parlementaire sur le projet de loi C-29, modifiant la loi sur la protection des pêches côtières du Canada, devenu loi le 12 mai 1994, des membres du Gouvernement canadien ayant participé au débat ont reconnu qu'aucune étude, ni aucun avis juridique de droit international, n'avaient été demandés à des avocats. Ce n'est pas la première fois que les politiciens agissent ainsi. Ils se soucient peu des détails juridiques lorsqu'ils ont la volonté d'agir vite sur le plan politique. Leur pays peut ainsi, hélas, se retrouver un jour devant la justice internationale.

170. Il est aussi possible que, au milieu du courant politique qui s'est manifesté de façon majoritaire dans le débat en question, beaucoup de parlementaires aient pu croire qu'en donnant forme de loi nationale à une nouvelle politique d'expansion visant une zone géographique adjacente de la haute mer le Canada se protégeait suffisamment dans le domaine des relations internationales et du droit international par une

réserve à la juridiction obligatoire de la Cour comme celle de l'alinéa d) du paragraphe 2 de la déclaration de 1994.

171. Il est vrai qu'il était surtout question, à ce moment-là, des navires apatrides et des navires battant un pavillon de complaisance et que la diplomatie canadienne allait expliquer les choses aux membres de l'OPANO (organisation internationale où, du fait de la politique commune de pêche de l'Union européenne, les nombreuses voix dont disposaient auparavant les Etats membres de l'Union ont été remplacées par une seule voix, celle de l'Union). Il y avait en outre les nations amies et alliées de toujours qui auraient pu prêter leur assistance ou faire montre de compréhension en cas de crise.

172. Mais cette assurance s'est prolongée un peu trop quand le Canada a décidé, en 1995, de faire un pas de plus et de s'attaquer aux navires de pêche portugais et espagnols en haute mer sans modifier, remplacer, ni retirer la déclaration de 1994, tout en sachant que le Portugal et l'Espagne sont des Etats déclarants dans le cadre du système de la clause facultative. Le Canada aurait pu prendre certaines dispositions quant à sa rédaction, et cela même après l'utilisation de la force contre l'*Estai* le 9 mars 1995, car la requête introductive d'instance de l'Espagne ne fut enregistrée au Greffe de la Cour que le 28 mars 1995, la Cour ne se trouve donc pas devant une requête éclair comme celle du Portugal contre l'Inde dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*.

173. A ce propos, il convient de rappeler que si, dans l'ordre juridique canadien, le champ d'application d'une loi peut être modifié par l'adoption de règlements lorsque ceci est prévu dans la loi, ce qui est en cause, ici, c'est le consentement du Canada à la juridiction obligatoire de la Cour, c'est-à-dire la déclaration du Canada du 10 mai 1994. Les fluctuations du droit interne canadien n'ont aucun effet automatique sur le consentement à la juridiction exprimé dans la déclaration du 10 mars 1994. Pour adapter ou changer ce consentement, il faut modifier la déclaration elle-même. Le Canada ne l'a pas fait.

174. Le contraire équivaudrait à reconnaître, comme l'a dit un conseil de l'Espagne, que le consentement donné par le dépôt de la déclaration est présumé être un consentement «à géométrie variable». Il n'y a rien de tel dans le système de la clause facultative. Ce système est fondé sur la bonne foi et les principes de mutualité et de réciprocité. Il faut respecter les attentes légitimes suscitées chez les autres Etats déclarants par le dépôt de la déclaration, d'où la nécessité de modifier la déclaration si l'on veut changer, dans les rapports internationaux, le consentement qu'elle manifeste.

175. Mais le Canada n'a rien fait du tout en ce qui concerne son consentement de 1994 à la juridiction obligatoire de la Cour, ni avant ni après les événements de mars 1995. Il a pu se croire dans une position de force ou faire confiance à son action diplomatique pour dénouer la crise créée dans ses relations avec l'Union européenne au sein de l'OPANO et par la suite avec l'Espagne. Le Gouvernement du Canada a-t-il pensé que, comme Etat côtier, il était en droit d'adopter la conduite qu'il a

effectivement adoptée à l'égard de l'Espagne et des navires espagnols et portugais lorsqu'il a décidé, dans les premiers mois de 1995, de remplacer ce que la lettre du 15 février 1995 de M. Ron MacDonald, président du comité permanent des pêches et des océans de la Chambre des communes, appelle «subtilités juridiques» (mémoire de l'Espagne, annexes, vol. I, annexe 20) par la «diplomatie de la canonnière» selon la presse canadienne (*ibid.*, annexe 23)? Ou bien ce gouvernement a-t-il pensé que le Canada était suffisamment protégé par la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration de 1994, même dans la nouvelle situation créée par lui en 1995?

176. Tout incline à penser que ce ne fut pas le cas. Ce qui est arrivé au début de 1995, comme en mai 1994 lors du dépôt de la déclaration, c'est que les autorités canadiennes se sont trouvées placées devant un dilemme. Devant ce dilemme, l'«intention sous-jacente» du Canada a fait un choix. Ce choix comportait des risques, mais il comportait aussi la possibilité de gagner sur tous les tableaux, car les compétences en matière de pêche et de gestion et de conservation de ressources halieutiques dans la zone de réglementation de l'OPANO avaient été transférées à la Communauté européenne par les Etats membres de l'Union. Dans ces conditions, le Canada étant un pays ami et allié de longue date, on pouvait s'attendre à ce que, pendant la période chaude d'une éventuelle épreuve de force avec l'Espagne ou le Portugal, la diplomatie des autres Etats membres de l'Union européenne dissuaderait l'Espagne ou le Portugal de saisir la Cour d'un différend contre le Canada. En tout cas, l'Union européenne elle-même n'avait pas qualité pour saisir la Cour.

177. Car l'autre branche du dilemme comportait des risques bien plus graves pour les vraies intentions politiques du Canada dans la zone de réglementation de l'OPANO, qui étaient de changer les règles du jeu d'une façon permanente. Pourquoi? Parce qu'une réserve sans failles dans la déclaration aurait été un aveu implicite de l'inexistence d'un *titre* de droit international servant de fondement aux mesures adoptées à l'égard des navires étrangers pêchant dans les eaux libres de ladite zone. Or, cette image pouvait avoir des effets très négatifs pour l'objectif politique majeur du gouvernement alors en place, dans un pays qui, ayant épuisé les ressources biologiques de sa zone économique exclusive, voulait se proclamer devant l'opinion «chef de file mondial en matière de gestion des océans et des ressources maritimes» (mémoire de l'Espagne, annexes, vol. I, annexe 26, p. 442).

178. Le véritable but du Gouvernement canadien, son intention politique sous-jacente, ne visait pas en 1995 la conservation du flétan noir, ni l'*Estai*, ni les autres navires espagnols ou portugais, mais *la création d'une situation d'incertitude sur le droit en vigueur*, les stocks chevauchants étant destinés à servir de fer de lance pour essayer de négocier une modification de ce droit en faveur des Etats côtiers, notamment du Canada, au détriment des équilibres de la convention de 1982 (que le Canada n'a pas encore ratifiée). En d'autres termes, le Canada cherchait et cherche *un titre international pour étendre ses compétences étatiques*

dans la zone de la « haute mer » de l'OPANO adjacente aux eaux canadiennes, terme qui commence à être remplacé dans la législation canadienne par un autre sans portée juridique précise en droit international, à savoir le mot « océans ». Or, si l'on cherche à obtenir un titre au cours de négociations avec d'autres Etats, il n'est jamais bon de commencer par reconnaître autour de la table, même implicitement, que le titre que l'on cherche à se procurer n'existe pas, ni de près ni de loin, dans le droit international en vigueur. Le Canada n'a pas voulu parler de *titre international*, même dans son contre-mémoire dans la présente affaire! D'où la position qu'il a adoptée en feignant d'ignorer l'objet du différend soumis par l'Espagne à la Cour.

179. Lorsqu'on est à la recherche d'un titre ou tout au moins d'une tolérance généralisée de la part des autres Etats, ce que tout diplomatie fait, c'est tout simplement de biaiser sur la question. Voilà ce qui explique le silence de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration de 1994 (et de la législation canadienne) sur la question du titre international servant de fondement aux mesures adoptées, ou à adopter, par le Canada pour les navires battant d'autres pavillons, pêchant dans la zone de réglementation de l'OPANO (autres que les navires apatrides ou battant un pavillon de complaisance), malgré l'exemple que l'on avait sous la main de la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration canadienne de 1970 (voir paragraphe 290 ci-après).

180. L'allocution prononcée par le ministre Tobin le 4 août 1995, lors de la dernière session de la conférence des Nations Unies sur les stocks de poissons chevauchants et grands migrateurs (mémoire de l'Espagne, annexes, vol. I, annexe 25), reflète clairement ce que je viens de dire. On y lit, notamment, ce qui suit :

« Aux Canadiens, en particulier à ceux des provinces de l'Atlantique et surtout de Terre-Neuve et Labrador, qu'il me soit permis d'exprimer ma conviction que cette convention peut *mettre un terme à la surpêche étrangère de façon permanente*. Et, en attendant que cette nouvelle convention soit totalement et dûment appliquée, le Gouvernement du Canada va conserver la loi C-29 et, au besoin, s'appuyer à nouveau sur elle pour prendre des mesures. »³ (Les italiques sont de moi.)

*

181. Que la recherche d'un titre international pour pouvoir agir dans les pêches de la zone de réglementation de l'OPANO était et est au centre des préoccupations du Gouvernement canadien dans la zone ressort aussi

³ Dans le texte anglais de la déclaration du ministre Tobin reproduite dans les annexes du mémoire, on *semble* avoir voulu biffer le mot « *foreign* » devant « *overfishing* », mais il est parfaitement lisible. Voilà les problèmes qui se posent à l'interprète lorsqu'on invoque le subconscient, les prétendues « intentions sous-jacentes ».

du droit qu'a le Canada, s'il se soumet aux conditions pertinentes établies par la convention sur le droit de la mer de 1982, d'étendre au-delà des 200 milles son plateau continental étant donné le bord extrême de la marge continentale de ce plateau (articles 76 et suivants de la convention). Dans un article publié le 22 décembre 1995 dans *The Globe and Mail* de Toronto (p. A1) et intitulé «Le Canada pourrait gagner des étendues aussi vastes que les Prairies. Les scientifiques préparent des arguments décisifs pour revendiquer de grands espaces», après la mention de l'article 76 de la convention de 1982, on lit par exemple ce qui suit :

«Cette disposition, selon le rapport de trente-quatre pages dont The Canadian Press a eu communication, pourrait étendre de manière significative la reconnaissance à l'échelle internationale de revendications portant sur diverses ressources potentielles: pétrole et gaz au large des côtes, minéraux des fonds marins et *certaines pêcheries.*» (Les italiques sont de moi.) [*Traduction du Greffe.*]

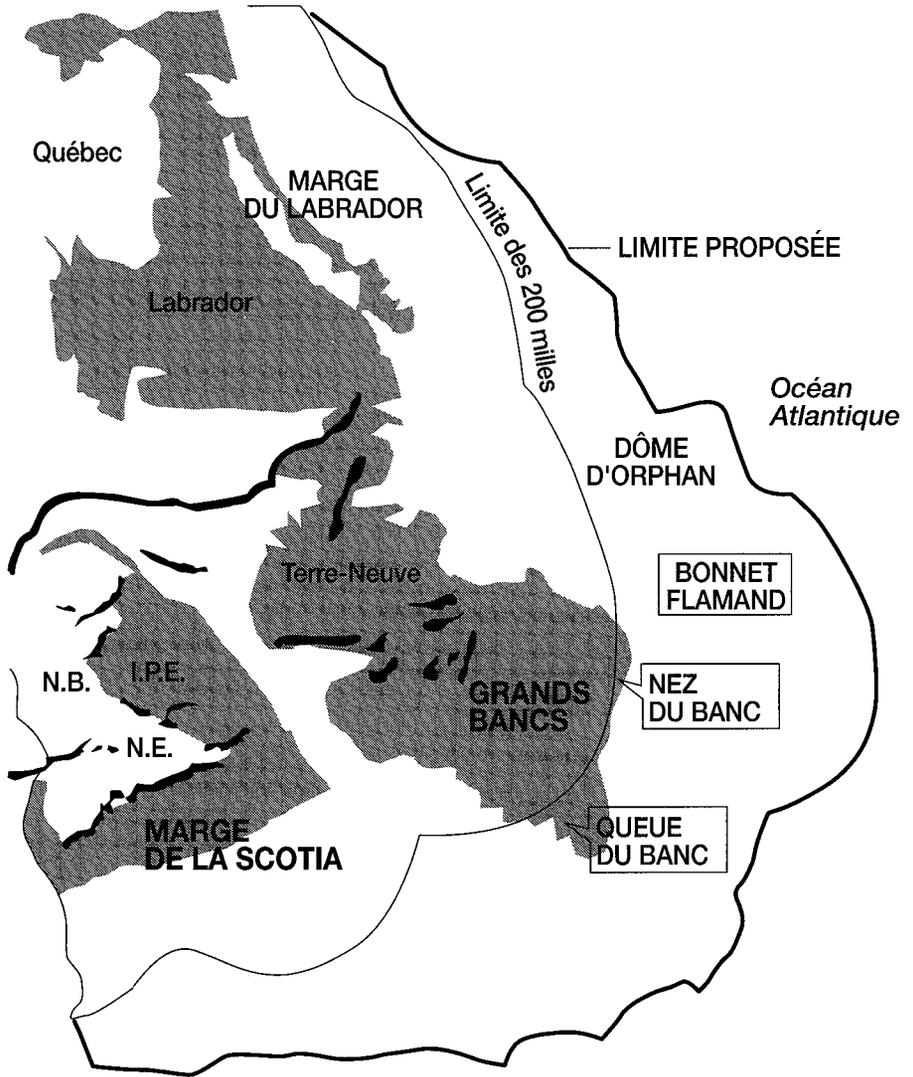
L'article du journal fait mention du différend avec l'Espagne et est d'ailleurs accompagné de la carte reproduite ci-après, à la page suivante.

182. On constate encore une fois que les intérêts du Canada dans la zone de réglementation de l'OPANO ne concernent pas seulement la conservation des stocks chevauchants. Le Canada a d'autres objectifs importants dans cette zone. Que va-t-il se passer en cas d'extension du plateau continental canadien à la colonne d'eau sus-jacente où se trouvent les bancs de pêche du «nez» et de la «queue» des Grands Bancs et ceux du «Bonnet flamand» où, à l'heure actuelle, il n'y a même pas, à ma connaissance, de stocks chevauchants? La tentation de créer des «effectivités» dans ladite colonne d'eau ne saurait, dans les circonstances, être négligée.

183. Le présent arrêt ne veut rien savoir du titre international que le Canada cherche à se tailler dans la zone de réglementation de l'OPANO. C'est probablement à cause de cela que l'arrêt a préféré redéfinir l'objet du différend de la requête de l'Espagne. Mais le comportement du Canada pose aussi un problème de bonne foi (*abus de droit*) qui aurait dû être considéré par l'arrêt étant donné que celui-ci affirme qu'établir la compétence est une question de droit que la Cour doit trancher compte tenu de tous les faits. Y a-t-il des faits plus pertinents que ceux qui peuvent receler un *abus de droit* éventuel de la part d'un Etat déclarant?

*

184. A ce propos, il faut commencer par rappeler toutes les ambiguïtés de la loi modificatrice de 1994 et les rapports entre celle-ci et la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada du 10 mai 1994. Quelle est la portée de cette loi modificatrice, compte tenu du fait que le Canada affirme avoir voulu protéger l'intégrité de celle-ci par la réserve



Croquis établi d'après la carte dressée par la Commission géologique du Canada et parue dans *The Globe and Mail* du 22 décembre 1995

en question? Au cours du présent incident, la thèse canadienne de l'«intégrité de la loi» a été invoquée *ad nauseam*. Mais ni le Canada ni l'arrêt ne se sont donné la peine d'approfondir la question. Essayons de le faire ici en suivant, pour des fins de commodité, le professeur Douglas Day, de l'Université Dalhousie à Halifax. Se référant aux modifications apportées en mai 1994 à la loi sur la protection des pêches côtières, l'auteur souligne d'abord:

«Pour justifier au niveau international les mesures qu'elle énonce, la loi modificatrice affirme que l'une des principales ressources mondiales renouvelables du domaine alimentaire est menacée de disparition du fait de sa surexploitation et que le Canada se donne donc le pouvoir d'interdire à certaines catégories de bateaux de pêche d'exploiter des stocks chevauchants de poissons déterminés dans la zone de réglementation de l'OPANO afin de garantir que les *mesures de gestion et de conservation prises d'un commun accord par le Canada et l'OPANO ne soient pas compromises. En inscrivant son action dans le cadre institutionnel de l'OPANO, la loi s'est attaquée principalement à la pêche illicite pratiquée par des pays n'appartenant pas à cette organisation et a montré que le Canada était prêt à soutenir celle-ci non pas simplement par des mesures de surveillance et de contrôle, mais aussi par la mise en place d'un dispositif efficace d'application de ces mesures.* Les patrouilles effectuées par le Canada au moyen d'avions Aurora, de bateaux de pêche et de bâtiments de sa marine constituent le fer de lance du dispositif de surveillance et de contrôle de l'OPANO, mais celle-ci ne disposait pas encore d'un mécanisme international efficace de mise en œuvre de ses efforts de gestion des stocks. Le Canada pouvait donc désormais faire valoir qu'il montrait à l'OPANO comment celle-ci pouvait éliminer son point faible en faisant appel à tout l'arsenal des moyens d'action de l'Etat côtier. Son opposant le plus virulent était, il ne fallait guère s'en étonner, l'Union européenne qui, lors de la réunion tenue par l'OPANO en septembre 1994, a soutenu que le Canada aurait dû attendre qu'un consensus se dégage parmi les membres de l'organisation avant d'agir.

Le Canada s'efforce aussi de réduire au minimum l'opposition à son initiative en choisissant le bon moment pour agir et en prenant d'abord pour cible certaines catégories de bateaux...» («Tending the Achilles' Heel of NAFO. Canada Acts to Protect the Nose and Tail of the Grands Banks», *Marine Policy*, 1995, vol. 19, n° 4, p. 264; les italiques sont de moi.)

Et il continue comme suit:

«Le règlement peut être modifié à tout moment par le gouverneur en conseil, la loi permettant de moduler la réponse face aux nouvelles menaces qui pourraient peser sur différents stocks dans les mêmes secteurs ou face aux menaces que représentent les navires battant le

pavillon d'un autre pays que ceux qui ont été énumérés en 1994. *Bien qu'elles aient apparemment pour cible les activités de la pêche des pays non membres dans la zone de réglementation, les dispositions de la loi modifiée pourraient être invoquées pour régler d'autres difficultés que le Canada connaît avec l'OPANO.* La loi a donné pouvoir de contraindre d'autres membres à se conformer à la volonté de la majorité au sein de l'OPANO. L'histoire de cette organisation est émaillée de conflits opposant le Canada à la CEE/UE au sujet des mesures de conservation pour les stocks chevauchants. Souvent mise en minorité quand venait le temps des décisions fixant les totaux admissibles de capture et les quotas, la CEE/UE (et avant 1986, l'Espagne et le Portugal également) recourait alors à la procédure de l'objection pour fixer ses propres quotas et ainsi surexploiter «légalement» les stocks chevauchants (ou les stocks de poissons de haute mer). *Si la loi avait pour objectif initial de mettre un frein à la pêche illégale pratiquée par les pays non membres (surtout par des bateaux espagnols et portugais ayant changé de pavillon), elle n'en offrait pas moins au Canada la faculté de modifier rapidement le règlement pour autoriser la saisie de tout bateau immatriculé dans l'Union européenne violant les mesures de gestion et de conservation sur le Nez et la Queue du Grand Banc et, dans le cas du flétan du Groenland, dans la division 3M. La loi modifiée sur la protection des pêches côtières permettait aussi le cas échéant de priver d'effet le recours à la procédure d'objection mise en œuvre contre les décisions de l'OPANO sur les stocks chevauchants...» (D. Day, p. 265; les italiques sont de moi.) [Traduction du Greffe.]*

*

185. On voit donc clairement quelle était la «cible initiale manifeste» du projet de loi C-29, devenu loi au mois de mai 1994, c'est-à-dire au moment où celui-ci est invoqué par le Canada en tant que «circonstances entourant le dépôt de la déclaration» du 10 mai 1994. Le texte de la réserve de l'alinéa *d*), tel qu'il est formulé dans la déclaration, peut effectivement protéger l'intégrité de la législation canadienne de 1994, car en principe il n'y a pas de contradiction flagrante entre ladite législation et les compétences que le Canada peut exercer, d'après le droit international, dans une zone appartenant à la haute mer pour les classes de navires alors visées. Mais la question se pose autrement dès lors qu'on invoque la réserve pour protéger non pas l'intégrité de la loi dans sa rédaction modifiée du 12 mai 1994, mais l'extension de son application à des navires ayant une nationalité et un pavillon réguliers, espagnols et portugais en l'espèce, extension réalisée par le règlement du 3 mars 1995. Pour ces nouvelles cibles, la réserve, telle qu'elle est formulée, devient de par son propre texte un oxymoron en droit international.

186. Si ce n'était que cela, il n'y aurait qu'un problème d'interpréta-

tion. Mais ce dont il faut tenir compte, c'est que le Canada invoque, dans le présent incident préliminaire, l'oxymoron de la rédaction de sa déclaration du 10 mai 1994 pour essayer de persuader la Cour que l'intégrité de la loi que cette déclaration était censée protéger vaut aussi pour l'extension qui est faite de son application par le règlement du 3 mars 1995. Si telle était l'intention du Canada en mai 1994, il fallait l'exprimer avec beaucoup plus de clarté dans la déclaration elle-même, instrument de droit international ou, tout au moins, le dire nettement dans la déclaration que le ministre des affaires étrangères, M. Ouellet, a faite au Sénat le 12 mai 1994 lors de la discussion du projet de la loi C-29. Mais le Canada n'en a rien fait. Que devient alors son obligation de bonne foi dans le cadre du système de la clause facultative vis-à-vis des autres Etats déclarants, y compris l'Espagne?

187. La question se pose parce que ni par le texte de la déclaration, ni par la déclaration du ministre Ouellet, ni non plus par la voie diplomatique, le Canada n'a informé l'Espagne en temps utile de l'intention qu'il attribue maintenant à sa déclaration du 10 mai 1994 pour ce qui est des navires espagnols pêchant en mars/avril 1995 dans la zone de réglementation de l'OPANO. Le système de la clause facultative fondé sur la bonne foi du déclarant dans l'exécution des obligations qu'il assume n'admet ni les demi-mots ni les faux-semblants. Il se pose donc un problème d'*abus de droit* que l'arrêt néglige. Les nouvelles cibles dont parle le professeur Douglas Day, si elles existaient, sont restées bien cachées ou ont été tenues dans l'ombre en mai 1994.

188. Lors du débat sur le projet de loi C-29, les ministres canadiens n'ont pas précisé avec la clarté voulue par les « principes » de bonne foi du droit international et du système de la clause facultative que la déclaration canadienne d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour couvrirait également d'éventuelles applications de la loi modifiée à des navires des Etats membres de l'OPANO en général ou à des navires espagnols ou portugais en particulier. Ils ont même rassuré les parlementaires canadiens en leur disant que l'Espagne et le Portugal coopéraient totalement avec l'OPANO. Des ambiguïtés sur les possibilités d'application de la loi modifiée à des navires autres que des navires apatrides ou battant un pavillon de complaisance ne dérogent point à ce que je viens de dire. Le Canada n'a pas précisé lors du dépôt de sa déclaration que la loi modifiée pouvait s'appliquer aux navires espagnols, ni que l'intégrité de la loi modifiée couverte par sa déclaration du 10 mai 1994 embrassait également des mesures adoptées et exécutées éventuellement à l'encontre des navires espagnols. Tout le reste n'est que commentaire à posteriori sans pertinence juridique en droit international pour la question que je suis en train de considérer ici.

189. Mais, en mars 1995, le Canada est passé à l'action en s'attaquant aux navires de pêche espagnols dans la zone de réglementation de l'OPANO. Or, il est un principe de droit international bien établi et reconnu par la jurisprudence de la Cour selon lequel *la mauvaise foi* ne se présume pas. Aussi un Etat déclarant, comme l'Espagne, était tenu jus-

qu'à ce moment par ce principe dans ses relations d'Etat déclarant avec le Canada. Dans ce contexte, il n'était pas censé présumer des violations du droit de la haute mer, voire des *abus de droit*, par le Canada sous le couvert d'une réserve dans la déclaration canadienne qui, de par sa formulation, n'était pas du tout claire à cet égard. La non-présomption de la *mauvaise foi* ou de l'*abus de droit* est parfaitement reconnue par la jurisprudence internationale. Par exemple, par la Cour permanente dans son arrêt de 1932 dans l'affaire des *Zones franches* dans les termes suivants :

« Une réserve doit être faite pour le cas d'abus de droit, car il est certain que la France ne peut échapper à l'obligation de maintenir les zones, en créant, sous le nom de cordon de surveillance, un cordon douanier. *Mais la Cour ne saurait présumer l'abus du droit.* » (*Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 46, p. 167; les italiques sont de moi.)

190. L'Espagne, en tant qu'Etat déclarant, n'avait pas à présumer avant mars 1995 des violations du droit international ou des *abus de droit* de la part du Canada en rapport avec sa déclaration du 10 mai 1994. Cela ne peut pas être sans conséquence juridique en ce qui concerne la recevabilité ou l'opposabilité à l'Espagne, dans le présent incident, de ladite réserve canadienne, quelle que soit sa portée.

Il convient d'ajouter que l'Espagne était encore moins en mesure d'attribuer au Canada de telles intentions parce que: 1) la déclaration du Canada de 1994 concernait une réserve objective de compétence nationale (réserve de l'alinéa *c*) du paragraphe 2 qui, comme telle, renvoie au droit international pour ce qui est de la définition des questions relevant exclusivement de la juridiction du Canada, et 2) la règle de la juridiction exclusive de l'Etat du pavillon protégeait les navires de celui-ci en haute mer, règle coutumière qui à ce titre s'impose tant au Canada qu'à l'Espagne.

191. Il est vrai que lors de la phase orale du présent incident, les conseils du Canada ont plutôt essayé de persuader la Cour que les mesures adoptées par le Canada à l'encontre des navires espagnols n'étaient pas des comportements délictueux en droit international (d'où les efforts déployés pour insister sur la pratique des Etats en la matière). Mais dans son contre-mémoire, face aux arguments du demandeur selon lesquels les mesures en question et leur exécution étaient des faits illicites internationaux du Canada et non des mesures de gestion et de conservation, ni l'exécution de telles mesures, le Canada a répondu que le champ d'application de sa réserve couvre le tout, à savoir les mesures tant licites qu'illicites au regard du droit international. Cette affirmation ne s'accorde pas, à mon avis, avec les principes de bonne foi et de confiance mutuelle sur lesquels repose le système de la clause facultative, car le texte de la réserve n'indique pas que les mesures en question peuvent être illicites. Il garde le silence à cet égard, or l'Espagne ne saurait présumer ni la *mauvaise foi* du Canada ni l'*abus de droit* par celui-ci.

192. Compte tenu de ce qui précède, j'estime que la réserve de l'ali-

néa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada, indépendamment de toute question de validité, ne saurait être admise ou opposée à l'Espagne dans la présente procédure incidente préliminaire. A la rigueur, elle devrait être réexaminée par la Cour lors de la phase sur le fond en pleine connaissance de tous les éléments de fait et de droit de l'affaire. L'arrêt évite ainsi de poser une question qui, par sa nature même et par son envergure, aurait dû être examinée d'office par la Cour.

L'arrêt renonce au contrôle de l'*abus de droit* dans le cadre du système de la clause facultative. Je ne saurais non plus le suivre sur cette voie. Il ne s'agit pas ici d'une dérogation au principe du consentement à la juridiction, ni d'une limitation quelconque de la faculté d'insérer des réserves dans les déclarations, mais il s'agit certainement de la conduite des Etats déclarants dans l'exercice de ces libertés. En somme, de la bonne foi et de la confiance mutuelle dans les rapports entre Etats déclarants dans le cadre du système de la clause facultative.

193. Rappelons à ce propos qu'en 1945, le futur membre de nationalité canadienne de la Cour, qui participa à l'élaboration du présent Statut, M. Read, formula dans une lettre reproduite dans un article publié par Shabtai Rosenne, intitulé «Judge John E. Read and the International Court of Justice», l'observation suivante au sujet de la faculté qu'ont les Etats d'insérer des réserves dans leur déclaration: «L'expérience acquise enseigne que le risque de voir un pouvoir général de formuler des réserves prêter à abus est nul.» (*Annuaire canadien de droit international*, t. XVII, 1979, p. 19. [Traduction du Greffe.]) Le présent incident préliminaire montre malheureusement que cela est possible et, ce qui est beaucoup plus inquiétant, en regardant vers l'avenir, c'est que la Cour, tout au moins dans le présent arrêt, considère qu'il s'agit là d'un comportement admissible de la part d'un Etat déclarant, dont les effets seraient opposables aux autres Etats déclarants.

C. L'interprétation de la déclaration du Canada du 10 mai 1994, y compris de la réserve de l'alinéa d) de son paragraphe 2

1. La déclaration canadienne comme objet de l'interprétation à faire par la Cour

194. Le Canada excipe de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de sa déclaration du 10 mai 1994 pour s'opposer à la compétence de la Cour dans la présente affaire. La déclaration canadienne est en outre la seule qui donne lieu à une divergence d'interprétation entre les Parties sur la compétence de la Cour dans l'affaire et c'est ce désaccord qui doit être tranché dans le présent incident préliminaire.

195. Ainsi, la première question qui se pose à cet égard est celle de savoir quel est l'objet de l'opération interprétative que la Cour est censée entreprendre? J'ai déjà donné ci-dessus une première réponse principale à cette question lorsque j'ai exprimé ma conviction que l'objet de l'interprétation est la déclaration du Canada elle-même et non, comme le pré-

tend l'arrêt, les motifs politiques ou autres qui ont mené le Canada à accepter unilatéralement le 10 mai 1994 la juridiction obligatoire de la Cour (c'est-à-dire l'intention subjective du Canada de devenir Etat déclarant). Il faut maintenant compléter cette conclusion par une deuxième, à savoir que l'objet de l'interprétation que la Cour doit faire est *la déclaration du Canada dans son ensemble*, car comme l'arrêt le rappelle dans son paragraphe 44 :

«*Tous les éléments d'une déclaration faite en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut qui, pris ensemble, comportent l'acceptation de la compétence de la Cour par l'Etat auteur de la déclaration, doivent être interprétés comme formant un tout, auquel doivent être appliqués les mêmes principes juridiques d'interprétation.*» (Les italiques sont de moi.)

196. Les deux Parties avaient reconnu d'ailleurs l'unicité de la déclaration du Canada, à savoir que les réserves sont aussi la déclaration ou font partie intégrante de la déclaration, mais elles n'en ont pas tiré les mêmes conséquences pratiques en ce qui concerne l'interprétation de la réserve de l'alinéa *d*). L'arrêt, quant à lui, après avoir fait état de l'unicité de la déclaration canadienne, prend aussitôt ses distances avec une telle conclusion. En fait, pour l'arrêt, si la déclaration du Canada forme un tout (une unité), ce n'est que pour mieux souligner qu'il n'existe aucune raison de donner une interprétation restrictive aux réserves d'une déclaration d'acceptation de la jurisprudence obligatoire de la Cour.

197. L'arrêt ne s'occupe alors plus que de la réserve de l'alinéa *d*) en l'isolant du reste de la déclaration. Il n'existe finalement plus que cette réserve ou plutôt l'intention subjective ou les motifs politiques que le Canada dit maintenant avoir eus lorsqu'il l'a insérée dans sa déclaration du 10 mai 1994. Dans le raisonnement interprétatif de l'arrêt, au tout (la déclaration) est substituée une de ses parties (la réserve de l'alinéa *d*) ou, mieux encore, l'intention que l'arrêt attribue au Canada lorsqu'il a fait la déclaration le 10 mai 1994. Je ne saurais suivre l'arrêt ni dans son réductionnisme ni dans ses contradictions. Par exemple, lorsque l'arrêt mentionne le «*contexte*» de la réserve il ne renvoie pas du tout au contexte en tant qu'élément interprétatif admis par le droit international mais à des circonstances, c'est-à-dire à des moyens complémentaires d'interprétation.

Une déclaration faite dans le cadre du système de la clause facultative forme effectivement un tout. Elle constitue une unité. L'objet de l'interprétation est justement cette unité. C'est de cette unité que se dégage le consentement à la juridiction donné par l'Etat déclarant vis-à-vis des autres Etats déclarants. Les réserves dans une déclaration faite en vertu de la clause facultative font corps avec la déclaration. C'est l'ensemble de la déclaration qui exprime le consentement de l'Etat déclarant à la juridiction obligatoire de la Cour et c'est l'ensemble de la déclaration qui est

en cause lorsque la compétence est contestée, même si l'on excipe d'une partie de la déclaration ou d'une seule condition ou réserve comme en l'espèce pour justifier son opposition à la compétence de la Cour.

Le titre juridictionnel est la déclaration dans son ensemble. Les réserves ou les conditions ne constituent pas des titres autonomes de non-compétence. C'est pourquoi le principe d'intégration joue un rôle important dans l'interprétation des déclarations relevant du système de la clause facultative, qui sont des instrument unilatéraux, mais formels et solennels. La requête de l'Espagne invoque la déclaration du Canada dans son ensemble comme il se doit.

198. J'ai déjà signalé que le consentement qu'expriment les déclarations est un consentement préconstitué par rapport au litige et donné par écrit. Ainsi, dans le système de la clause facultative, il ne fait guère de sens d'introduire dans le débat des présomptions négatives ou positives de consentement. Le consentement de l'Etat déclarant, dans les limites qu'il a tracées, est devant nous. Il s'exprime dans la déclaration. Il ne s'agit donc que de préciser son sens et sa portée en interprétant la déclaration conformément aux règles de droit international applicables à l'interprétation des instruments internationaux et auxquelles la jurisprudence de la Cour a fait une contribution historique notable.

199. La déclaration du Canada a été déposée conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. Qu'est-ce que cela veut dire? Que le Canada l'a fait dans un but bien précis, à savoir accepter la juridiction obligatoire de la Cour ainsi que l'énonce la déclaration. Le point de départ du raisonnement juridique ne peut donc pas être, dans ces conditions, que le Canada n'a donné son consentement à rien du tout sauf preuve du contraire! Il a dû donner son consentement à quelque chose. Alors, il est tout à fait légitime pour tout interprète de bonne foi d'adopter comme point de départ de l'opération interprétative le fait qu'en déposant sa déclaration le Canada a donné un consentement à la juridiction obligatoire de la Cour tel que je l'ai déjà dit. Cela relativise dans le système de la clause facultative la « preuve absolue du consentement » sur laquelle le Canada a insisté à maintes reprises. Ainsi, des affirmations telles que: « [o]n ne peut pas partir d'une *présomption* de compétence qui reposerait sur le fait qu'une déclaration a été faite » n'emporteront pas ma conviction. En tout cas, aux fins de l'interprétation, « on peut partir du fait qu'une déclaration a été faite ».

200. En outre, dans le cas d'espèce, la déclaration canadienne elle-même précise que le Canada « accepte comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale ... la juridiction de la Cour en ce qui concerne tous les différends ... *autres que* » ceux énumérés aux alinéas *a*) à *d*) de son paragraphe 2. Un interprète ne doit-il pas prendre en considération dans son raisonnement interprétatif cette partie du texte de la déclaration qui justement précède les alinéas concernant les réserves? Bien sûr qu'il le peut. Il est même obligé de commencer par là son interprétation. Dire que cela revient à adopter comme « règle générale » une présomption en faveur de la juridiction de la Cour est une absurdité.

201. En revanche, je suis d'accord avec l'arrêt pour dire que les réserves insérées dans des déclarations ne dérogent pas à une disposition ou à un texte préalable comme c'est le cas des réserves aux traités. Tout de même, en matière d'interprétation, il ne faut pas exagérer les effets de la distinction entre ces deux types de réserves au risque de tomber dans des contradictions. Or, le Canada justement a fondé certains de ses arguments sur l'arrêt de la Cour concernant l'interprétation de la réserve de la Grèce à l'Acte général de 1928 (*Plateau continental de la mer Egée*, C.I.J. *Recueil* 1978, p. 3).

202. Mais, distinction ou pas entre types de réserves, une chose est certaine: ni dans un cas ni dans l'autre l'objet de l'interprétation ne vise une intention subjective ou politique sous-jacente aux réserves. On interprète l'instrument dans son ensemble avec ses réserves conformément aux règles d'interprétation du droit international. Cet ordre juridique ne comporte pas de règles particulières pour l'interprétation des réserves. Il n'y a pas une interprétation objective de la déclaration et subjective de ses réserves. Il faut donc interpréter les réserves suivant les mêmes règles et méthodes que pour le reste de la déclaration, compte tenu du principe d'intégration mentionné. Or, l'arrêt semble s'inspirer d'un prétendu «régime de réserves» lorsqu'il interprète la réserve canadienne, régime qu'il semblerait distinguer d'ailleurs du «régime des déclarations» malgré des affirmations de principe contraires.

2. *La question de l'interprétation restrictive ou extensive de la réserve de l'alinéa d) du paragraphe 2 de la déclaration*

203. Selon le Canada, les interprétations espagnoles de l'alinéa *d)* du paragraphe 2 de la déclaration privent la réserve de tout effet pratique, en somme de son effet utile. L'Espagne voudrait donner à la réserve l'interprétation la plus limitée ou restrictive possible en oubliant: que toutes les composantes d'une déclaration ont exactement la même valeur; qu'il y a un lien étroit et nécessaire entre une clause juridictionnelle et les réserves dont elle fait l'objet; que l'acceptation de la compétence est liée à l'ensemble de la déclaration de l'Etat, y compris les réserves; et qu'il n'existe pas une règle d'acceptation générale de la compétence dont les réserves seraient l'exception, de sorte que l'acceptation de la compétence serait le principe et la réserve l'exception. Mais dans son contre-mémoire (p. 34-35, par. 70-71) et dans ses plaidoiries le Canada a reconnu aussi que «[l]a doctrine de l'effet utile n'autorise pas à lire dans le texte ce qui n'y est pas».

204. Pour l'Espagne, le défendeur voudrait faire admettre qu'il faut être restrictif quant à l'interprétation de la déclaration mais permissif quant à celle des réserves, malgré l'affirmation rhétorique de leur unité, il oublie ainsi que le point de départ est l'effet utile de la déclaration et confond l'effet utile de la réserve avec son acceptation sur la base de la

simple invocation du défendeur. L'Espagne a nié avoir proposé une interprétation restrictive des réserves comme à priori. Dans sa perspective, l'interprétation restrictive ou extensive ne saurait être que le résultat de l'application à la déclaration, y compris à ses réserves, des règles d'interprétation valables pour les instruments internationaux du droit international; en l'espèce, l'application desdites règles à la déclaration du Canada. Or, la rédaction de la déclaration, y compris sa réserve de l'alinéa *d*), était le fait du Canada et non pas de l'Espagne. L'Espagne a aussi donné des exemples des effets utiles possibles de la déclaration canadienne et a souligné dans ce contexte le rôle de la bonne foi et de la règle *contra proferentem*.

205. Sur ce point aussi l'arrêt prend fait et cause pour les thèses du Canada. En fait, pour l'arrêt, le but que le Canada attribue à la réserve prévaudrait sur tout le reste aux fins de l'interprétation de la déclaration du Canada. L'effet utile de la déclaration devient ainsi le but de la réserve de l'alinéa *d*), englobant d'ailleurs les motifs politiques que le Canada aurait eus lorsqu'il a déposé sa déclaration du 10 mai 1994. C'est le moment de rappeler que le Canada a fait allusion, dans ce contexte, à la théorie politique des «intérêts vitaux». L'arrêt ne le mentionne pas. Mais, en fait, en le lisant de près, il semble en avoir pris acte. Disons, en passant, qu'«effet utile» et «intérêts vitaux» ce n'est pas la même chose en ce qui concerne l'interprétation d'un instrument international. Quoi qu'il en soit, il est certain que l'arrêt fait une interprétation extensive de la réserve de l'alinéa *d*) au détriment de l'effet utile de la déclaration du Canada (réserve comprise) en partant d'un certain à priori qui ne transparaît pas tout à fait dans les motifs mais qui est là. Pour l'arrêt, la portée à donner à la réserve est celle que le Canada affirme dans le présent incident avoir voulu lui donner lorsqu'il a fait la déclaration. Ainsi, en fait, l'arrêt accepte, par Cour interposée, la doctrine dite de l'*interprétation automatique des réserves insérées dans les déclarations*.

206. Je ne puis non plus suivre l'arrêt sur ce point. Comme je l'ai déjà fait observer dans la présente opinion, l'interprétation des déclarations relevant du système de la clause facultative ne doit pas être entreprise avec des réserves mentales ou des à priori restrictifs ou extensifs. Mais bien entendu, cette conclusion est applicable à l'ensemble de la déclaration dont il s'agit. Il n'est pas question d'exclure seulement des interprétations restrictives des réserves tout en acceptant, implicitement ou explicitement, l'interprétation restrictive d'autres composantes de la déclaration, par exemple, en l'espèce, de la phrase introductive du paragraphe 2 de la déclaration du Canada et de la réserve de l'alinéa *c*) du dit paragraphe. Ce serait en contradiction avec le principe, reconnu d'ailleurs par l'arrêt, que l'on doit toujours appliquer les mêmes principes d'interprétation à toutes les composantes d'une déclaration. D'autre part,

l'exclusion d'à priori restrictifs ou extensifs au départ du processus interprétatif ne veut nullement dire que le *résultat* d'une interprétation donnée ne puisse pas être qualifié à posteriori de restrictif ou d'extensif par rapport à des paramètres déterminés. Il n'est pas question que l'interprète s'attache à donner à tout prix au résultat de son interprétation d'une partie d'une déclaration une portée extensive (ou vice versa), si le résultat de l'application *in casu* des principes d'interprétation du droit international ne le justifie pas. Un interprète n'est pas censé modifier l'intention objectivée dans la déclaration interprétée.

207. Aussi la question de l'interprétation de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration canadienne ne doit-elle pas être abordée en termes abstraits ou théoriques comme le fait le présent arrêt, mais, au contraire, d'une façon bien concrète, à savoir en regardant de près le résultat de l'application des éléments interprétatifs qui, en l'espèce, entrent dans ce processus juridique. A ce propos, je constate que c'est le *texte même du paragraphe 2* de la déclaration qui fait de la réserve de l'alinéa *d*) une exception à la juridiction obligatoire autrement acceptée par le Canada par le dépôt de sa déclaration. Dans ce paragraphe 2, le Canada accepte en effet la juridiction obligatoire de la Cour «pour tous les différends *autres que*» ceux qui sont ensuite énumérés, y compris ceux qui sont mentionnés à la réserve *d*).

208. C'est donc le texte du paragraphe 2 de la déclaration du Canada qui fait que les différends de la réserve *d*) sont une exception à la juridiction obligatoire autrement acceptée par la Canada. Du fait qu'il s'agit bien pour le texte de la déclaration d'une exception, le résultat de l'interprétation de la réserve ne peut qu'être restrictif lorsque celle-ci est lue dans le contexte de la déclaration. Quoi qu'il en soit, le résultat de l'interprétation de la réserve de l'alinéa *d*) ne saurait empiéter sur la portée de la juridiction obligatoire acceptée par le Canada en vertu du paragraphe 2 de sa déclaration dans son ensemble sans trahir la volonté du déclarant. Il faut aussi donner son *effet utile* à la juridiction obligatoire assumée par le Canada en vertu de la déclaration, de toute la déclaration. La limitation de la réserve de l'alinéa *d*) ne peut pas, et ne doit pas, faire oublier ou négliger le consentement donné par le Canada à la juridiction obligatoire en vertu du paragraphe 2 de la déclaration qui découle de la manière naturelle et ordinaire de lire le texte du paragraphe dans l'ensemble de la déclaration. Mais ce constat n'est la conséquence d'aucun à priori, il résulte tout simplement du texte de la déclaration canadienne.

209. C'est le moment de rappeler, étant donné que nous parlons de la réserve de l'alinéa *d*) et d'effet utile, qu'une conclusion en faveur de la compétence de la Cour dans l'affaire soumise par la requête de l'Espagne ne priverait point la réserve ni de son but ni de son effet véritable. La thèse contraire est un faux argument démenti d'ailleurs par la propre conduite, dès 1994, du Canada. Les mesures dites de gestion et de conservation adoptées par le Canada dans la zone de réglementation de

l'OPANO à l'encontre des bateaux de pêche espagnols (et portugais) n'ont été en vigueur que du 3 mars au début de mai 1995. Alors! Est-ce qu'avant le 3 mars 1995 et après le début de mai 1995 la réserve n'avait aucun but ou était insusceptible de produire un quelconque effet? Il suffit de poser la question dans des termes simples pour voir que la thèse que développe l'arrêt sur la base de l'effet utile de la réserve ne tient pas.

210. Pour justifier son traitement de la question de l'interprétation de la réserve de l'alinéa *d*), l'arrêt invoque encore une fois la question différente du principe du consentement à la juridiction et s'avance aussi sur le terrain doctrinal en prenant position en faveur de certaines thèses d'école sur la *nature* des réserves dans les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour. Je ne partage pas non plus, *dans sa généralité*, les conclusions auxquelles l'arrêt arrive à cet égard. Tout dépend, à mon avis, de la formule choisie, dans l'exercice de la souveraineté, par l'Etat déclarant lorsqu'il a rédigé et déposé l'instrument qui incorpore sa déclaration.

211. Dans le cas d'espèce, je constate tout simplement que la déclaration du Canada n'est pas un instrument d'après lequel le déclarant accepte la juridiction obligatoire de la Cour *seulement* pour telle ou telle catégorie de différends. Au contraire, il accepte cette juridiction *pour tous les différends* postérieurs à la déclaration autres que ceux exclus par les réserves. La présomption de non-consentement comme telle ne joue donc pas dans le processus d'interprétation *car le texte de la déclaration commence par proclamer un tel consentement*.

212. Finalement, je constate aussi que le paragraphe 3 de la déclaration qualifie de «réserves» les alinéas *a*) à *d*) de son paragraphe 2 et que le défendeur a invoqué dans le présent incident préliminaire la jurisprudence de la Cour dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée*, c'est-à-dire l'interprétation d'une réserve dans un instrument d'adhésion à un instrument conventionnel (l'Acte général de 1928). Cette attitude du défendeur montre bien que la distinction entre «réserves» aux traités et «réserves» dans les déclarations ne semble pas aussi nette que le laisse entendre l'arrêt.

3. *L'économie générale de la déclaration du Canada*

213. Le texte de la déclaration du Canada ne pose aucun problème d'authenticité. Il a été publié dans le *Recueil des traités* des Nations Unies et dans l'*Annuaire* de la Cour. Le Canada ne conteste pas que le texte ainsi publié est bien le texte de la déclaration remise au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au nom du Gouvernement canadien, déclaration faite à New York le 10 mai 1994 et signée par le représentant permanent du Canada auprès des Nations Unies. Le Canada ne conteste pas non plus que sa déclaration du 10 mai 1994 était en vigueur lors de l'enregistrement de la requête de l'Espagne au Greffe de la Cour le 28 mars 1995, ni que les situations ou les faits dont il est question

dans la requête sont postérieurs au dépôt de sa déclaration. Il ne se pose donc aucun problème *ratione temporis* pour ce qui est de l'application de la déclaration au différend soumis à la Cour par l'Espagne.

214. La déclaration du Canada du 10 mai 1994 commence par un paragraphe 1 qui abroge sa déclaration de 1985 qui avait elle-même abrogé la déclaration de 1970. Elle se termine par un paragraphe 3 qui réserve le droit du Canada de compléter, modifier ou retirer les réserves qui y sont formulées, moyennant une notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies (voir paragraphe 14 de l'arrêt).

Entre ces deux paragraphes se trouve le paragraphe 2 dont la *sedes materiae* est précisément l'*engagement* juridique assumé par le Canada vis-à-vis d'autres Etats déclarants concernant l'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, ainsi que les limites de cet engagement, car la disposition en question contient quatre réserves. Ce paragraphe 2 est ainsi rédigé :

«2) Nous déclarons que le Gouvernement du Canada, conformément aux dispositions du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour, accepte comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, sous condition de réciprocité et jusqu'à ce qu'il soit donné notification de l'abrogation de cette acceptation, la juridiction de la Cour en ce qui concerne *tous les différends* qui s'élèveraient après la date de la présente déclaration, au sujet de situations ou de faits postérieurs à ladite déclaration, autres que :

- a) *les différends* au sujet desquels les parties en cause seraient convenues ou conviendraient d'avoir recours à un autre mode de règlement pacifique ;
- b) *les différends* avec le gouvernement d'un autre pays membre du Commonwealth britannique des nations, différends qui seront réglés selon une méthode convenue entre les parties ou dont elles conviendront ;
- c) *les différends* relatifs à des questions qui, d'après le droit international, relèvent exclusivement de la juridiction du Canada ; et
- d) *les différends* auxquels pourraient donner lieu [en anglais : « *arising out of or concerning* »] 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.)

Il découle de ce texte que le Gouvernement canadien a donné son consentement à la juridiction obligatoire de la Cour d'une manière générale et très large (tout comme l'Espagne dans sa déclaration), à savoir pour *tous les différends* qui s'élèveraient après la date de cette déclaration, au sujet de situations ou de faits postérieurs à ladite déclaration *autres que les différends exclus* aux alinéas a), b), c) et d) du paragraphe 2.

215. Le demandeur souligne tout naturellement l'ampleur de l'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour qui résulte de la phrase introductive du paragraphe 2, tandis que le défendeur ne parle pratiquement que de sa réserve de l'alinéa *d*). Il faut aussi noter que le paragraphe 2 ci-dessus ne définit aucun des termes ou expressions y employés. Il ne renvoie pas non plus expressément l'interprète à un texte national pour telle ou telle autre finalité.

216. Il s'agit en fait d'une déclaration qui n'a rien de commun avec celle de l'Iran dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* (*exception préliminaire, arrêt, C.I.J., Recueil 1952, p. 93*). La déclaration de l'Iran n'était pas une déclaration acceptant la juridiction obligatoire de la Cour pour «tous les différends», à l'exception de ceux faisant l'objet de quatre réserves comme celles de la déclaration du Canada de 1994. C'était, au contraire, une déclaration qui acceptait la juridiction obligatoire pour une seule catégorie de différends, à savoir les différends qui s'élèveraient «au sujet de situations ou de faits ayant directement ou indirectement trait à l'application des traités ou conventions acceptés par la Perse et postérieurs à la ratification de cette déclaration». Et cette catégorie de différends était en plus accompagnée dans la déclaration de trois réserves!

217. Si l'on veut parler des règles et des méthodes d'interprétation des déclarations relevant du système de la clause facultative, il est manifeste que ni le Canada ni l'arrêt n'ont intérêt à essayer d'analyser en détail l'arrêt de 1952 dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* Il ne suffit pas de rappeler que l'arrêt écarte des interprétations purement grammaticales ou exégétiques, que personne ne défend en l'espèce, ainsi que l'indique la phrase de l'arrêt qui dit que la Cour «doit rechercher l'interprétation qui est en harmonie avec la manière naturelle et raisonnable de lire le texte, eu égard à l'intention du Gouvernement de l'Iran à l'époque où celui-ci a accepté la compétence obligatoire de la Cour» (*C.I.J. Recueil 1952, p. 104*). Cela est absolument vrai et exact. Mais ce qui doit faire réfléchir est le fait que le demandeur, l'Espagne, invoque aussi cet arrêt, y compris la phrase citée, pour étayer sa conclusion selon laquelle la Cour est compétente dans la présente affaire, car il n'y est en effet pas question de la manière raisonnable et naturelle de lire «l'intention du Gouvernement du Canada» à l'époque du dépôt de sa déclaration, mais bel et bien de la manière naturelle et raisonnable de lire «le texte de la déclaration», eu égard à l'intention du Gouvernement du Canada à l'époque où celui-ci a accepté la compétence obligatoire de la Cour.

218. En fait, dans cet arrêt de 1952, la Cour donne d'abord l'interprétation qu'elle considère en harmonie avec la manière naturelle et raisonnable de lire le texte. C'est par la suite que l'arrêt examine l'intention du Gouvernement de l'Iran à l'époque en vue de répondre à une interprétation grammaticale/littérale différente du demandeur (Royaume-Uni). La Cour conclut que l'intention du déclarant avait trouvé «son expression adéquate dans le texte de la déclaration tel qu'il a[vait] été interprété par

la Cour», ainsi qu'une confirmation décisive de l'intention du gouvernement déclarant lorsqu'il avait fait sa déclaration dans une clause de la loi iranienne approuvant celle-ci (à l'époque de la Société des Nations les déclarations n'étaient pas déposées) et avait notifié par la suite la déclaration sans modifier son texte, c'est-à-dire dans des instruments iraniens ayant trait directement à la déclaration interprétée. Des raisons particulières déduites de l'ensemble de la pratique conventionnelle suivie à l'époque par l'Iran en ce qui a trait aux traités concernant l'ancien régime des capitulations confortent aussi l'interprétation du texte faite par la Cour en 1952.

219. Les conclusions que l'on peut tirer de l'arrêt de 1978 dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée*, invoqué tant par le défendeur que par le demandeur pour l'interprétation des réserves, à la lumière de l'économie générale de l'instrument où elles s'insèrent, ne confirment pas non plus, tant s'en faut, les conclusions de l'arrêt sur le rôle du droit international dans l'interprétation de certains termes et expressions de la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration canadienne, ni n'expliquent leur silence sur l'éventuelle incidence que pourrait avoir sur l'interprétation de cette réserve le fait que la déclaration canadienne contient une réserve objective (réserve de l'alinéa *c*) de compétence nationale tout comme l'instrument d'adhésion de la Grèce à l'Acte général de 1928. A l'époque, la Cour avait cependant tiré certaines conclusions bien connues de ce dernier fait pour l'interprétation de l'expression «statut territorial» figurant dans la réserve grecque.

220. Toujours est-il que la déclaration du Canada du 10 mai 1994, de par son économie générale, n'est pas du tout une déclaration formulée en «termes restrictifs» comme pourraient le faire croire, indirectement, certaines considérations de l'arrêt. Le défendeur lui-même l'a reconnu à l'audience lorsqu'un de ses conseils a déclaré que le champ d'application de la réserve de l'alinéa *d*) est très limité, à savoir les pêcheries dans une zone géographique définie et que sont *potentiellement couverts par la déclaration canadienne*:

«les différends territoriaux, ceux relatifs aux frontières maritimes, aux investissements, au droit humanitaire international, etc. La liste est pratiquement infinie et rien de ceci n'est le moindre affecté par une interprétation qui permettrait à la réserve de déployer tous ses effets.» (CR 98/12, p. 23, par. 102; les italiques sont de moi.)

Il est bien possible que ledit conseil canadien ne soit pas très familier avec la terminologie de la Cour permanente dans l'arrêt du *Lotus*, car l'on y qualifie les «navires» des Etats de «territoire». Qu'il s'agisse de «territoire» selon l'ancienne terminologie ou de «juridiction exclusive de l'Etat du pavillon» selon celle aujourd'hui acceptée, la présente affaire concerne un conflit de juridiction opposant les Parties au sujet de navires se trouvant en haute mer. A ce titre elle présente un aspect territorial ou spatial évident.

4. *L'intention juridiquement pertinente pour l'interprétation de la déclaration du Canada*

221. Comme je l'ai signalé tout au long de la présente opinion, la question de l'intention juridiquement pertinente pour l'interprétation de la déclaration du Canada du 10 mai 1994 est au centre du désaccord interprétatif qui sépare les Parties. Celui-ci s'est manifesté d'une façon particulièrement frappante pour ce qui est de l'interprétation de l'alinéa *d)* du paragraphe 2 de la déclaration.

Pour le demandeur, l'intention juridiquement pertinente pour l'interprétation de la déclaration est l'intention de l'Etat déclarant à la date du dépôt telle qu'elle s'est objectivée dans la déclaration elle-même. Le défendeur insiste, lui, sur une intention qui serait sous-jacente à la déclaration ou, en tout cas, sur une intention qui ne se confondrait pas nécessairement dans tous ses aspects avec celle qui résulte de la teneur du texte de la réserve de l'alinéa *d)* lu dans le contexte de la déclaration. A certains égards on pourrait même penser que pour le défendeur l'intention juridiquement pertinente aurait une autonomie telle vis-à-vis de la déclaration qu'elle pourrait évoluer après le dépôt sans que la déclaration soit modifiée.

222. La position générale du Canada sur l'intention juridiquement pertinente pour l'interprétation de la réserve de l'alinéa *d)* du paragraphe 2 de la déclaration a maintes fois été critiquée par le demandeur. Les conseils de l'Espagne y ont vu une tentative du défendeur d'adultérer le rôle capital que doit jouer dans l'interprétation de la réserve la règle générale qui oblige à rechercher de bonne foi le sens courant des termes dans leur contexte, à moins qu'il n'y revêtent un *sens particulier*, et en tenant compte de l'objet et du but de la déclaration. D'après l'Espagne, avec ses appels à l'intention subjective, le Canada prétend imposer comme réelle ou véritable une intention qui ne s'ajuste pas au sens ordinaire, courant, naturel ou raisonnable des termes et expressions employés dans la réserve de l'alinéa *d)* dans le contexte de cette dernière et dans celui de la déclaration dans son ensemble.

223. J'ai déjà expliqué en détail que l'arrêt va encore plus loin dans son subjectivisme que la thèse interprétative avancée par le défendeur. La persuasion canadienne a été si forte pour la majorité à l'égard de cette question centrale pour la décision que, selon l'arrêt, l'interprétation à laquelle la Cour doit se livrer n'a même pas pour objet et pour but la découverte de la prétendue intention sous-jacente au texte de la réserve de l'alinéa *d)* invoquée par le Canada, mais bel et bien les motifs ou les visées qui ont conduit le Canada à accepter le 10 mai 1994 la juridiction obligatoire de la Cour. Il existe donc un désaccord radical entre la position de l'arrêt et celle adoptée dans la présente opinion dissidente.

224. Pour moi, l'intention juridiquement pertinente est celle objectivée dans la déclaration du Canada, y compris dans la réserve de l'alinéa *d)* de son paragraphe 2, et cette intention doit être dégagée en appliquant les

règles d'interprétation d'instruments internationaux du droit international et, en particulier, tous les éléments interprétatifs admis par ces règles qui jouent en l'espèce, à savoir: le principe de la bonne foi, la règle du sens ordinaire à attribuer aux termes, la règle du contexte, l'objet et le but de la déclaration, les règles pertinentes du droit international applicables dans les relations entre les parties ainsi que les circonstances qui sont pertinentes en l'espèce en tant que moyens complémentaires d'interprétation.

225. Comme le dit l'arrêt «c'est la déclaration telle qu'elle existe qui, à elle seule, constitue l'ensemble à interpréter» (paragraphe 45 de l'arrêt). Mais, l'arrêt n'applique pas cette règle. Je reconnais aussi que la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 ne doit pas être interprétée comme limitant la portée d'une acceptation antérieure plus générale préexistante, par exemple, celle de la déclaration du Canada du 10 octobre 1985. Cette dernière déclaration a été abrogée et une nouvelle, celle de 1994, lui a été substituée. Mais, ce que je dis est que la déclaration du 10 mai 1994, en vigueur à la date du dépôt de la requête de l'Espagne, doit être interprétée à partir de son texte conformément au droit international et non pas à partir des motifs politiques ou autres que le Canada aurait pu avoir lorsqu'il a fait la déclaration et l'a déposée auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

226. Ce qui compte pour l'interprétation à faire, ce ne sont pas ces motifs ou ces visées éventuels du déclarant, ni la nature unilatérale et souveraine des actes de rédaction et de dépôt, ni le fait même d'insérer ou non une réserve déterminée, mais l'intention manifestée par écrit en forme solennelle dans l'instrument fait, déposé, enregistré et publié, y compris toutes ses réserves et conditions, qui est la seule intention juridiquement pertinente portée à la connaissance des autres Etats, dont l'Espagne.

*

227. Par exemple, dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, citée par le défendeur, dans laquelle les titres interprétés étaient des déclarations, la Cour permanente commence par affirmer que «la juridiction n'existe que dans les *termes* où elle a été acceptée» (arrêt, 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74, p. 23-24). J'ai déjà parlé des arrêts de la Cour dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* et dans celle de la *Mer Egée*. Il est clair qu'en interprétant des déclarations relevant du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut la Cour n'a pas manqué d'attacher une certaine importance à l'intention du déclarant. Mais de quelle «intention» s'agit-il? Tout en citant ladite jurisprudence, le présent arrêt arrive à une conclusion qui est pour moi inédite: «la Cour n'a pas manqué de mettre l'accent sur l'*intention de l'Etat qui dépose une telle déclaration*» (paragraphe 48 de l'arrêt; les italiques sont de moi). Cette affirmation est en fait un infléchissement de la jurisprudence dans la direction de l'interprétation subjective extrême, doctrine à

laquelle je ne peux me rallier ni de façon générale ni dans le cadre du système de la clause facultative.

228. L'arrêt ne laisse d'ailleurs aucun doute possible sur le fait que l'«intention du Canada» qu'il interprète n'est pas celle qui est exprimée ou objectivée dans la déclaration elle-même, mais une intention extrinsèque à celle-ci, à savoir les motifs politiques qui auraient amené le Canada à faire et à déposer la déclaration. Une réponse générale à cette question se trouve dans un passage de l'arrêt dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar (exceptions préliminaires)*, à savoir :

«elle [la Cour] doit interpréter la déclaration thaïlandaise de 1950 selon ses mérites et sans idée préconçue ou à priori, pour déterminer quels en sont le sens et l'effet véritables, quand cette déclaration est lue dans son ensemble et en tenant compte de son but connu, qui n'a jamais fait de doute» (*C.I.J. Recueil 1961*, p. 32).

Ce passage exprime parfaitement l'intention juridiquement pertinente aux fins de l'interprétation d'une déclaration. Ce n'est pas la position qu'adopte l'arrêt. Ajoutons que dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* il n'était pas question de réserves. Il s'agissait bel et bien de l'interprétation de la déclaration thaïlandaise dans son ensemble. Le but dont parle cet arrêt, par exemple, est celui de la déclaration et non pas d'une réserve quelconque. Par contre, le présent arrêt, après avoir affirmé l'unité de la déclaration du Canada, cherche toujours à rendre autonome l'interprétation de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration. Le résultat est une contradiction peu commune dans un arrêt de la Cour entre les considérations générales de départ et les applications pratiques qui en sont faites ensuite à l'interprétation de la réserve.

*

229. En ce qui concerne la preuve de l'*intention juridiquement pertinente* telle que je l'entends, c'est-à-dire celle manifestée ou objectivée dans la déclaration, il est évident qu'il faut prendre en considération tous les autres éléments interprétatifs qui sont présents, notamment le droit international dans la mesure où il est pertinent et les moyens complémentaires d'interprétation relatifs à l'élaboration et au dépôt de la déclaration. Mais je ne saurais tenir compte dans l'interprétation de la déclaration d'une «intention du Canada» comme celle que l'arrêt retient pour interpréter la réserve dont il s'agit.

Pour déterminer l'étendue du consentement du Canada à la juridiction obligatoire dans la présente affaire, la Cour n'a pas à interpréter des chimères mais bel et bien la déclaration du Canada du 10 mai 1994, réserves comprises. Accepter la thèse de l'intention telle que l'arrêt l'entend équivaldrait à mettre en danger l'ensemble du système de la clause facultative.

230. Des raisons élémentaires de sécurité juridique et d'ordre logique

commandent, pour interpréter l'intention de l'Etat auteur de la déclaration, de partir du texte même de l'instrument où l'engagement est énoncé et non pas de rechercher *ab initio*, pour ainsi dire, une intention psychologique extérieure et insaisissable qui se placerait au-dessus de celle objective dans l'instrument objet de l'interprétation et prévaudrait sur cette dernière. Or, c'est ce que fait l'arrêt. Le passage suivant de l'arrêt confirme bien l'interprétation subjective qui est à la base de ses conclusions sur l'interprétation de la réserve canadienne :

«[S]'agissant d'une réserve à une déclaration faite en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, *ce qui est exigé en tout premier lieu est qu'elle soit interprétée d'une manière compatible avec l'effet recherché par l'Etat qui en est l'auteur.*» (Paragraphe 52 de l'arrêt; les italiques sont de moi.)

*

231. La Cour, les Etats dans deux conférences de codification relatives au droit des traités, la Commission du droit international et l'Institut de droit international ont écarté l'interprétation dite subjective des instruments internationaux en adoptant un système objectif d'interprétation, système qu'il ne faut pas confondre avec des interprétations purement grammaticales ou littérales, mais qui adopte clairement comme point de départ de l'interprétation le texte de l'instrument qui est présumé être l'expression authentique de l'intention de son ou de ses auteurs.

232. Le droit international contemporain veille aussi, dans l'intérêt de la sécurité juridique, à ce que ce système objectif d'interprétation ne comporte pas seulement des méthodes, des canons et des maximes de libre application par le juge ou des critères de simple logique formelle, mais aussi un ensemble de règles de droit international que l'interprète est tenu d'appliquer. L'opération interprétative est devenue de nos jours une opération authentiquement juridique du fait qu'elle est régie par le droit international. L'arrêt est bien loin d'une telle conception de l'interprétation. Il est en outre, à mon avis, en contradiction avec la jurisprudence invoquée. C'est vraiment *une première* aux conséquences imprévisibles.

233. Il est évident que dans le cas des déclarations relevant du système de la clause facultative, il ne s'agit que de dégager l'intention objectivée dans l'instrument par l'Etat déclarant, tandis que dans le cas des traités il s'agit de dégager de l'«intention commune» des parties. Mais cela ne change pas ce que je viens de dire. Au contraire, du fait qu'il ne s'agit que d'un seul auteur, la méthode de l'interprétation objective est particulièrement stricte, règle *contra proferentem* ou pas, en matière d'interprétation juridique des déclarations unilatérales.

5. *L'interprétation de bonne foi de la déclaration du Canada, y compris de la réserve de son alinéa d)*

234. J'ai déjà eu l'occasion de souligner toute l'importance qu'ont les principes de la bonne foi et de la confiance mutuelle dans les circonstances de la présente affaire. Mais je n'ai considéré, jusqu'ici, ces principes qu'en rapport avec la question de la recevabilité ou de l'opposabilité à l'Espagne de la réserve de l'alinéa *d)* du paragraphe 2 de la déclaration canadienne. Il me reste maintenant à considérer le rôle de la bonne foi en tant qu'élément interprétatif de cette déclaration.

235. Sur le plan des principes, les Parties sont d'accord pour dire que la déclaration du Canada doit être interprétée et appliquée de bonne foi. Mais, si l'on se demande quelle est la fonction de la bonne foi dans le processus d'interprétation de la déclaration canadienne, l'accord des Parties n'est pas évident du tout. En fait, leurs divergences sur l'objet, les règles et les méthodes d'interprétation prennent, ici aussi, le dessus.

236. Pour le Canada, la bonne foi dans l'interprétation de sa déclaration commanderait de rechercher ce qu'il appelle l'«intention véritable» (lire «motifs subjectifs») du Canada comme celui-ci l'affirme dans la présente procédure incidente. Pour l'Espagne, la bonne foi commanderait de rechercher l'intention du Canada manifestée ou objectivée dans la déclaration lors de son dépôt. Cette divergence sur la fonction de la bonne foi dans l'interprétation de la déclaration canadienne transparaît aussi, par voie de conséquence, dans la présentation que les Parties ont faite du rôle des règles ou des critères interprétatifs particuliers contrôlés par la bonne foi, tels que l'*effet utile* et la règle *contra proferentem*. Il faut donc avoir présent à l'esprit que lorsque le Canada ou l'Espagne parle de la fonction de la bonne foi, de l'effet utile ou de la règle *contra proferentem*, ils ne renvoient pas aux mêmes réalités juridiques. Par exemple, dans le cas de l'*effet utile*, dont l'application est contrôlée à la fois par la bonne foi et par l'objet et le but de la déclaration, ce n'est évidemment pas la même chose de rechercher cet objet et ce but dans les prétendus motifs subjectifs ou politiques du Canada que dans la déclaration qu'il a déposée le 10 mai 1994.

237. Notre position sur la fonction de la bonne foi dans l'interprétation et l'application de la déclaration du Canada est celle que lui attribuent les règles d'interprétation du droit international. C'est-à-dire une fonction analogue à celle qu'elle exerce dans l'interprétation des traités. Ainsi, la bonne foi aurait pour fonction de dégager l'intention du Canada telle que celui-ci l'a exprimée dans la déclaration qu'il a lui-même rédigée, faite et déposée en toute liberté, car l'engagement juridictionnel assumé par le Canada vis-à-vis des autres Etats déclarants ayant accepté la même obligation est celui qui se trouve dans la déclaration et pas ailleurs.

238. Le Canada est seul responsable de la rédaction de la déclaration qu'il a déposée en 1994 dans l'exercice de sa souveraineté. Dans ces circonstances, la bonne foi doit jouer un rôle fondamental dans l'interpréta-

tion et dans l'application de la déclaration. Sinon, face à une requête d'un Etat déclarant, l'Etat déclarant défendeur pourrait toujours répondre que son intention n'était pas, tout compte fait, celle qu'il a exprimée dans sa déclaration, mais des motifs subjectifs (politiques ou autres) qui pourraient d'ailleurs évoluer au fil des années.

239. Le rôle du principe de la bonne foi dans l'interprétation des déclarations unilatérales ne saurait être mis en doute par personne. Il est encore plus fondamental que pour l'interprétation des traités, justement parce que toute déclaration est le fait exclusif de l'Etat déclarant. C'est ce qu'énonce la jurisprudence de la Cour même dans les cas où la déclaration dont il s'agit ne relève pas du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, mais du droit international général :

«[L]e caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi. Les Etats intéressés peuvent donc tenir compte des déclarations unilatérales et tabler sur elles; *ils sont fondés à exiger que l'obligation ainsi créée soit respectée.*» (*Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 268, par. 46; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 473, par. 49; les italiques sont de moi.)

L'arrêt du 11 juin 1998 de la Cour dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (exceptions préliminaires)*, où il est question de déclarations relevant du système de la clause facultative, contient aussi une série de considérations sur le principe de la bonne foi en rapport avec la question de savoir s'il existe une obligation d'informer à l'avance de l'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour et de l'intention de déposer une requête. Dans ce contexte, la Cour a observé :

«que le principe de la bonne foi est un principe bien établi du droit international. Il est énoncé au paragraphe 2 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies; il a aussi été incorporé à l'article 26 de la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. Il a été mentionné dès le début de ce siècle dans la sentence arbitrale du 7 septembre 1910 rendue en l'affaire des *Pêcheries de la côte septentrionale de l'Atlantique* (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 188). Il a en outre été consacré dans plusieurs arrêts de la Cour...» (*C.I.J. Recueil 1998*, p. 296, par. 38.)

La Cour note ensuite que «si le principe de la bonne foi «est l'un des principes de base qui *président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques...*, il n'est pas en soi une source d'obligation quand il n'en existerait pas autrement» ...» (*ibid.*, p. 297, par. 39; les italiques sont de moi).

240. Or, dans la présente affaire, il existe une obligation spécifique pour un Etat déclarant dans le cadre du système de la clause facultative du Statut de la Cour non pas, certes, de souscrire à ladite clause, qui est

un acte de souveraineté entièrement libre et volontaire, mais de ne pas le faire en cachant ses intentions véritables ou en biaisant sur la portée de l'engagement juridictionnel qu'il semble assumer à la lumière de la teneur de la déclaration. A mon avis, la chicane, pour employer la terminologie des auteurs classiques, n'a pas sa place dans le système de la clause facultative qui est un moyen de *création* d'obligations juridictionnelles assumées par l'Etat déclarant vis-à-vis des autres Etats déclarants. Ce facteur semblerait pour l'arrêt apparemment dénué de pertinence en ce qui concerne l'interprétation d'une réserve insérée dans une déclaration relevant du système de la clause facultative.

241. En effet, à la lecture des motifs de l'arrêt, force est de conclure que la bonne foi ne joue aucun rôle comme élément interprétatif de la déclaration du Canada. *Les paragraphes de l'arrêt consacrés à l'interprétation de la réserve de l'alinéa d) ne mentionnent pas une seule fois la bonne foi.* Par contre, l'arrêt écarte la règle *contra proferentem* aux fins d'interpréter cette réserve (paragraphe 51 de l'arrêt), bien que celle-ci fût rédigée par le Gouvernement du Canada et qu'il faille appliquer le principe de la bonne foi à l'interprétation des déclarations internationales unilatérales, principe qui ne saurait se réduire à une simple règle accessoire de nature technique. L'arrêt écarte ensuite le principe général de droit de la présomption de régularité des actes juridiques invoqué par le demandeur (paragraphes 53 à 55 de l'arrêt), à savoir la jurisprudence de la Cour dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*, où il est dit :

« *C'est une règle d'interprétation qu'un texte émanant d'un gouvernement doit, en principe, être interprété comme produisant et étant destiné à produire des effets conformes et non pas contraires au droit existant.* » (C.I.J. *Recueil 1957*, p. 142; les italiques sont de moi.)

Les considérations par lesquelles l'arrêt rejette cette règle d'interprétation illustrent particulièrement bien l'esprit qui inspire l'ensemble des paragraphes de l'arrêt concernant l'interprétation de la réserve canadienne. Ces considérations font d'ailleurs une présentation inexacte des allégations du demandeur fondées sur la règle d'interprétation en question.

242. L'Espagne n'a pas confondu, comme le prétend l'arrêt, « l'acceptation par un Etat de la juridiction de la Cour » et « la compatibilité de certains actes avec le droit international » (par. 55). Le demandeur n'a pas invoqué la règle en question aux fins de faire trancher par la Cour la question de fond de la compatibilité ou non de certains comportements du Canada à son égard avec le droit international. Pas du tout. L'Espagne a invoqué la présomption de régularité des actes juridiques émanant d'un gouvernement *comme une règle d'interprétation exclusivement, compte tenu de la rédaction donnée par le Canada au texte de la réserve de l'alinéa d) du paragraphe 2 de sa déclaration.* C'est aux fins d'une telle interprétation que le demandeur invoque la règle consacrée par la Cour dans la jurisprudence de l'affaire du *Droit de passage*.

243. Et pourquoi cette règle est-elle parfaitement applicable en l'espèce? Parce qu'il est contraire au principe de l'interprétation de bonne foi des déclarations que les *ambiguïtés, les obscurités ou les silences du texte* d'une réserve, ou de n'importe quelle autre partie d'une déclaration, puissent faire attribuer à ce texte *par interprétation* un sens ou une portée contraire au droit existant. C'est dans ces hypothèses que la règle de la présomption de régularité des actes juridiques émanant d'un gouvernement devient applicable dans l'interprétation. Or, ces hypothèses sont bien présentes en l'espèce. D'où l'applicabilité de la règle invoquée par le demandeur dans le présent incident préliminaire.

244. Pour l'arrêt, il y aurait des situations (ce qui aurait été le cas, semble-t-il, du Canada en 1994) — bien que le défendeur ne l'ait jamais reconnu — où un Etat qui veut faire une déclaration dans le cadre du système de la clause facultative pense qu'une réserve qu'il souhaite insérer dans sa déclaration soulève ou pourrait soulever un problème de conformité avec le droit international (paragraphe 54 de l'arrêt). Ce que l'Etat déclarant est censé faire, à notre avis, dans ces situations, c'est d'être particulièrement prudent et soigneux dans la rédaction du texte de la réserve en question, c'est-à-dire s'exprimer dans la déclaration d'une manière conforme à une telle intention de sorte que la règle de la présomption de régularité des actes juridiques n'ait pas l'occasion de déployer ses effets s'il y a matière un jour à interprétation. Prétendre le contraire déroge au principe de l'interprétation de bonne foi. Mais la mauvaise foi d'un Etat ne se présume pas même lorsqu'il s'agit de l'interprétation d'une réserve dans une déclaration relevant du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour. Il ne revient pas à l'interprète, en l'espèce à la Cour, de tenir pour établi que la réserve de l'alinéa *d*), ou que la déclaration canadienne dans laquelle celle-ci s'insère, puisse être interprétée aujourd'hui comme si le Canada, lorsqu'il a fait sa déclaration, avait voulu lui faire produire des effets contraires au droit international en vigueur.

245. Le ministre canadien des affaires étrangères a d'ailleurs déclaré au Sénat, lors de l'examen du projet de loi C-29, que ladite loi « nous permet d'agir, *sur des bases solides de droit* » (mémoire de l'Espagne, annexes, vol. I, annexe 16, p. 231; les italiques sont de moi). Le Canada n'a pas admis non plus (malgré les considérations de l'arrêt), ni avant ni après l'introduction de la présente affaire, avoir commis en mars/avril 1995, vis-à-vis de l'Espagne, des actes contraires au droit international. En tout cas, en l'espèce, même une interprétation de la réserve de l'alinéa *d*) fondée exclusivement sur la pratique du Canada postérieure à mai 1994 ne permettrait pas de conclure, dans le présent incident préliminaire, que l'auteur voulait que la réserve produisît dès le début des effets contraires au droit existant.

246. Il ne s'agit ni du consentement à la juridiction, ni de la liberté d'insérer des réserves dans les déclarations, mais bel et bien de l'interprétation de bonne foi des réserves insérées dans des déclarations déposées par les Etats déclarants. Je me dissocie donc tout à fait de la thèse géné-

rale de l'arrêt d'après laquelle la licéité ne constitue pas un élément de référence éventuel pour l'interprétation des *ambiguïtés*, des *obscurités* ou des *silences* d'une déclaration, y compris des réserves qu'elle pourrait contenir. Cela dit, je ne saurais faire prévaloir une acceptation générale de la juridiction de la Cour sur une réserve ni vice versa. L'auteur de la présente opinion croit fermement à l'intégrité et à l'unité des déclarations. Je n'oppose pas la déclaration à la réserve ni la réserve à la déclaration. Ce procédé est celui de l'arrêt, pas le mien.

6. *Le sens ordinaire des termes de la réserve de l'alinéa d) dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de la déclaration du Canada*

247. Le texte de l'ensemble du paragraphe 2 de la déclaration du Canada du 10 mai 1994 est reproduit au paragraphe 214 ci-dessus. Nous pouvons maintenant l'examiner et apprécier les termes de la réserve de l'alinéa *d)* dans le contexte de l'obligation juridictionnelle acceptée par le déclarant dans ledit paragraphe 2.

248. La déclaration déposée par le Canada est un instrument qui relève du droit international. En outre, elle n'incorpore pas la législation et les règlements canadiens dans son texte. Par exemple, la réserve de l'alinéa *d)* du paragraphe 2 parle de «mesures de gestion et de conservation» adoptées par le Canada pour les bateaux pêchant dans une zone de la haute mer définie dans la déclaration par renvoi à un traité international et de l'exécution de telles mesures sans plus, mais elle ne renvoie point à aucune loi ni à aucun règlement canadien particulier pour une fin quelconque. Elle ne mentionne que des mesures de gestion et de conservation adoptées et exécutées par le Canada dans une zone de la haute mer définie par un traité international.

249. Il est évident que le Canada, comme tout autre Etat, peut adopter des mesures dans son ordre juridique interne ainsi que dans l'ordre juridique international. Et il est aussi évident que l'ordre juridique interne d'un pays déterminé ne se confond pas avec l'ordre juridique international ni par ses sources ni par ses destinataires. En tout cas, il découle de l'économie générale de la déclaration que celle-ci ne concerne que des différends éventuels entre le Canada et d'autres Etats déclarants dans le cadre du système de la clause facultative, c'est-à-dire des *différends internationaux* et pourtant des différends où il est question du droit international et non pas de l'ordre juridique interne du Canada.

250. Pour le juge international, comme une jurisprudence bien établie de la Cour le confirme, la législation et les autres mesures internes du Canada ne sont que des *faits*. Ces faits peuvent être générateurs d'un différend international certes, mais ils ne sont pas *ex definitione* le droit applicable au règlement du différend international en question. Ce dernier est le droit international, y compris en ce qui concerne l'interprétation de titres juridictionnels et des expressions et termes qui y figurent, sauf indication contraire dans le titre juridictionnel lui-même.

251. Or, si l'on se place comme il se doit sur le plan international, le langage de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration n'a de sens que pour autant que son interprétation est établie en fonction des catégories et des termes du droit international. Si au contraire, comme le faisaient certaines interprétations canadiennes, des expressions telles que «mesures de gestion et de conservation adoptées par le Canada» sont interprétées sans faire intervenir le droit international, le texte de la réserve devient contradictoire, à savoir un véritable oxymoron comme il a été souligné à juste titre par certains conseils de l'Espagne lors de la phase orale.

Pourquoi? Parce que les mesures de la réserve visent une zone maritime qui fait partie de la haute mer et des bateaux s'y trouvant qui peuvent battre le pavillon d'autres Etats. Or, si un Etat, y compris le Canada, qualifie dans un instrument international des mesures adoptées par lui pour la haute mer de «mesures de gestion et de conservation», les mesures en question doivent être de véritables «mesures de gestion et de conservation» au regard du droit international relatif à la haute mer. Autrement, elles seraient toujours, certes, des «mesures adoptées par le Canada», mais non pas des «mesures de gestion et de conservation adoptées par le Canada» comme il est dit dans la réserve. Dans l'interprétation des instruments internationaux l'*abus de langage*, comme l'*abus de droit*, n'est jamais présumé. La bonne foi est bien présente ici, car les déclarations créent des attentes légitimes chez les autres Etats déclarants.

*

252. Dans le cas d'espèce, il arrive aussi que «déclaration canadienne» et «législation canadienne» ne renvoient pas, il s'en faut, aux mêmes réalités juridiques ou matérielles. Il y a coïncidence en ce qui concerne la délimitation «géographique» de la réserve (zone de réglementation de l'OPANO), mais non pas lorsqu'il s'agit d'autres éléments délimitant la réserve du point de vue dit «fonctionnel» selon la terminologie du contre-mémoire du Canada. La déclaration, par exemple, ne mentionne pas les stocks chevauchants comme le fait la législation canadienne.

En outre, la législation et les règlements canadiens donnent des définitions (en fait plus d'une) de l'expression «mesures de gestion et de conservation», tandis que le texte de la réserve ne le fait pas, ni expressément ni par renvoi. La réserve utilise les mots «et l'exécution de telles mesures» sans plus. Il n'y est pas question de «mesures d'exécution». Par contre la législation et les règlements canadiens distinguent «loi», «règlements», «mesures» et «moyens». D'autre part, l'usage de la force, les moyens dits moins violents et les autres moyens de la législation et des règlements canadiens ne font pas partie de leurs définitions de «mesures de gestion et de conservation». Ils sont prévus dans des dispositions distinctes de celles qui définissent les mesures en question.

253. Dans la législation canadienne, il est aussi question d'une poursuite entamée alors que le bateau de pêche étranger se trouve dans la zone de réglementation de l'OPANO, mais la réserve de la déclaration ne contient pas la moindre référence à des poursuites dans ladite zone, ni dans aucune autre zone de la haute mer. Notons à ce propos que le droit international distingue nettement entre l'institution du droit de poursuite de navires étrangers — qu'il ne reconnaît pas lorsque le navire se trouve en haute mer lors du commencement de la poursuite — et le régime de gestion et de conservation des ressources biologiques de la haute mer.

254. La législation canadienne s'occupe également de l'application du droit pénal canadien à des faits commis dans la zone de réglementation de l'OPANO par des personnes à bord ou au moyen d'un bateau de pêche étranger, tandis que la réserve ne souffle pas un mot d'une quelconque application du droit pénal canadien. Notons aussi, à ce propos, qu'en droit international général les infractions à la réglementation en matière de pêche exposent plutôt leur auteur à des mesures administratives. Elles ne sont pas traitées en tout cas comme des actes ou omissions relevant du droit pénal.

255. Il est évident qu'un Etat déclarant peut exclure par des réserves dans sa déclaration acceptant la juridiction obligatoire de la Cour toute classe de matières indépendamment du fait qu'elles font ou ne font pas l'objet de lois ou de règlements nationaux ou, lorsque ces règlements existent, de la teneur ou de la portée de ces dispositions internes. Mais, la question pour la Cour n'est pas ce que le Canada aurait pu exclure par une réserve dans sa déclaration lorsqu'il l'a rédigée, mais ce qu'il a effectivement exclu lorsqu'il l'a déposée auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Il y a cependant une coïncidence très révélatrice pour la présente affaire entre le langage de l'alinéa d) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada de 1994 et celui de la législation et de la réglementation canadiennes: ni l'une ni l'autre ne s'occupent du titre international du Canada pour exercer une juridiction en haute mer sur des navires battant le pavillon d'un autre Etat.

*

256. En effet, la législation et la réglementation canadiennes sont muettes sur le titre de droit international qu'aurait le Canada pour exercer sa juridiction étatique sur des bateaux battant le pavillon d'un autre Etat dans la zone de réglementation de l'OPANO ou dans une autre partie quelconque de la haute mer; même pas en termes de droits invoqués, prétendus ou exercés *de facto* par le Canada en haute mer comme dans sa déclaration de 1970 (voir paragraphes 288 à 293 de la présente opinion). Sur le titre international du Canada, le silence aux deux niveaux — réserve et droit canadien — est donc total.

257. En 1994, le ministre Tobin a parlé au Sénat de «la capacité que le Canada s'est donnée *au niveau national* d'intervenir à l'extérieur de la

zone économique de 200 milles» (mémoire de l'Espagne, annexes, vol. I, annexe 16, p. 231 ; les italiques sont de moi). Or, la requête de l'Espagne a pour objet la capacité d'agir du Canada *au niveau international* en haute mer à l'égard de bateaux espagnols. Pour cet aspect des choses, le ministre Tobin expliqua que les pouvoirs vastes et élargis dépassant la limite de 200 milles que le Canada s'était donnés au niveau national l'étaient expressément à des fins de conservation, que le Canada allait essayer de régler le problème de la surpêche par voie d'entente dans toute la mesure du possible et mentionna la coopération au sein de l'OPANO, mais il ajouta que le Canada allait «intervenir de façon unilatérale», quoique en tout dernier recours, et qu'il «n'a[avait] demandé l'autorisation de personne» pour adopter la nouvelle législation (*ibid.*, p. 231-232). A ce sujet, les propos du ministre ont été les suivants :

«Ni le Parlement ni le Gouvernement du Canada n'ont demandé à d'autres pays la permission de promulguer ce projet de loi. Nous n'avons pas l'intention de demander l'autorisation de chaque pays. Si l'avenir de ces ressources, non seulement pour le Canada mais pour le monde entier, dépendait du consentement unanime de tous les pays du monde, je crains que cette mesure ne voie jamais le jour.» (*Ibid.*, p. 232.)

Il est donc évident que le Canada s'est doté de pouvoirs internes pour agir en haute mer sans se soucier d'un titre international quelconque pour ce faire. Il avance des «justifications» éventuelles de son intervention unilatérale en haute mer fondées sur des doctrines comme celle de la «nécessité», de l'«urgence», voire des «intérêts vitaux» du Canada, mais pas des «titres internationaux» servant de fondement aux comportements en haute mer envisagés par sa législation nationale. Or, ces prétendues justifications relèvent du fond de la présente affaire et non de la phase incidente actuelle. Il s'agit de questions sans rapport avec l'interprétation de la déclaration du Canada du 10 mai 1994.

258. En fait, le Canada a agi à titre de souverain même s'il était question de la haute mer et, de ce fait, a pris des risques qu'il pensait pouvoir éviter par la voie diplomatique ou par un certain laisser-faire des autres Etats. Son assurance nationaliste était telle qu'il n'a même pas cru nécessaire de rédiger sa nouvelle déclaration du 10 mai 1994 en tenant dûment compte du régime international de la haute mer. Ce régime ne concerne pas seulement les poissons, la conservation ou la gestion de ressources biologiques. Il est beaucoup plus vaste ce régime de la haute mer ! Et tous les Etats du monde y ont un intérêt juridique et ont leur mot à dire à ce propos, pas seulement le Gouvernement du Canada. Il aurait pu exclure par une réserve dans sa déclaration le régime de la haute mer, mais il ne l'a pas fait. Toute la question est là.

Or, comme je l'ai exposé au chapitre III de la présente opinion, l'objet du différend devant la Cour est justement le titre ou le défaut de titre de droit international du Canada pour agir comme il l'a fait, et pourrait

encore le faire à l'avenir (la loi modifiée du 12 mai 1994 est toujours en vigueur) vis-à-vis des navires battant pavillon espagnol se trouvant en haute mer.

*

259. L'arrêt mentionne le *contexte* comme un critère d'interprétation et proclame l'unité de la déclaration canadienne, mais sur le plan pratique il n'en tire aucune conclusion pour l'interprétation de la réserve sauf pour faire prévaloir celle-ci sur la déclaration dans son ensemble. Je l'ai déjà dit, l'analyse que l'arrêt fait de la réserve de l'alinéa *d)* aux fins de son interprétation est justement le contraire de l'unité proclamée, car l'arrêt s'efforce de sortir la réserve de son contexte. Pour l'arrêt le contexte de la réserve n'est pas la déclaration (voir paragraphe 197 de la présente opinion). En fait pour l'arrêt la seule réalité juridique à considérer dans le présent incident préliminaire n'est que la réserve et ses circonstances. Or, la réserve n'est pas l'instrument juridictionnel en cause. Il n'y a pas des «déclarations» de non-compétence. Il y a des déclarations comprenant des réserves, ce qui est une chose très différente, aux fins de l'interprétation. En fait, sans l'avouer explicitement, l'arrêt remplace le contexte de la réserve de l'alinéa *d)* par les circonstances entourant le dépôt de la déclaration canadienne, c'est-à-dire par des moyens complémentaires d'interprétation! Mais, quoi que l'arrêt fasse, il va de soi que le *texte* du paragraphe 2 de la déclaration du Canada, tout comme la déclaration dans son ensemble, fait aussi fonction de *contexte* pour l'interprétation de dispositions, réserves, conditions, phrases, expressions ou termes particuliers qui figurent dans ce paragraphe, y compris dans la réserve de l'alinéa *d)*.

260. Mais, par ailleurs, le droit international nous dit aussi que pour interpréter un instrument international le texte de l'instrument en cause n'est pas nécessairement le seul contexte possible dont il faut tenir compte. Il peut arriver, et c'est souvent le cas, qu'il existe des instruments ou d'autres éléments extérieurs au texte de l'instrument objet de l'interprétation qui, aux fins de l'opération juridique de l'interprétation, doivent être pris en considération par l'interprète en tant que contexte.

La question se pose donc de savoir si, aux fins de l'interprétation de la déclaration canadienne du 10 mai 1994, il y a des instruments ou des éléments extérieurs à la déclaration pouvant faire fonction de contexte lors de son interprétation. Disons tout d'abord que la déclaration n'a fait l'objet d'aucun débat préalable aux chambres. En tout cas, la Cour n'a pas été informée du contraire. Il n'y a pas eu de loi ou d'acte de ratification de la déclaration canadienne porté à la connaissance de la Cour, ni de compte rendu formel relatif au dépôt ou à la remise de la déclaration au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Il va sans dire que le Gouvernement du Canada a élaboré, rédigé, mis en forme définitive, approuvé et déposé la déclaration du 10 mai 1994 en vertu des pouvoirs qui sont les siens dans le cadre du système constitutionnel canadien. Mais, s'agissant d'une interprétation selon le droit international, la méthode que ce gouvernement a suivie fait qu'il n'existe aucun instrument ou élément extérieur à la déclaration pouvant faire fonction aujourd'hui de contexte aux fins de l'interprétation de la déclaration canadienne par la Cour. La situation est donc bien différente de celles qui existaient lors de l'interprétation par la Cour de la déclaration de l'Iran dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* ou de la réserve de la Grèce dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée*.

*

261. Quant à la réserve de l'alinéa *c*) du paragraphe 2 de la déclaration, elle est l'exemple typique de réserve objective de compétence nationale. Elle pourrait avoir une incidence sur l'interprétation de la réserve de l'alinéa *d*) comme ce fut le cas dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée* surtout dans la mesure où l'on voudrait définir l'expression «mesures de gestion et de conservation» en excluant le droit international en la matière. Par contre, si la déclaration canadienne relève du droit international comme c'est le cas, la réserve de l'alinéa *d*) de son paragraphe 2 doit être, elle aussi, interprétée conformément au droit international. La position du défendeur sur ces questions fut loin d'être claire. En fait le défendeur n'a rien dit sur la réserve de l'alinéa *c*) ni sur le rapport éventuel entre celle-ci et la réserve de l'alinéa *d*) en tant que contexte de cette dernière. Pour sa part, l'arrêt est muet sur cet aspect des choses bien que le demandeur invoque dans l'affaire une règle de compétence exclusive en ce qui concerne ses navires en haute mer. Pas de réponse donc dans l'arrêt à toutes ces questions.

*

262. Il ne reste à examiner que les autres éléments extérieurs à la déclaration dont il faudrait éventuellement *tenir compte en même temps que le contexte*. Il s'agit d'éléments extérieurs à l'instrument interprété qui, tout en n'étant ni «texte» ni «contexte», doivent cependant être pris en ligne de compte par l'interprète dans le processus interprétatif en même temps que le contexte. Je parle de ces éléments interprétatifs que certains auteurs de langue anglaise appellent, au risque d'introduire des ambiguïtés juridiques, «*wide context*», concept qu'il faut se garder de confondre ou de mélanger avec celui de «moyens complémentaires d'interprétation» (travaux préparatoires; circonstances de conclusion ou d'élaboration).

Ces éléments extérieurs dont il faudrait éventuellement tenir compte en même temps que le contexte sont constitués par des instruments et des

pratiques ultérieures à l'adoption de l'instrument interprété et relatifs à son interprétation ou à son application, ainsi que par toute règle pertinente de *droit international* qui est applicable entre les parties.

263. Dans le cas d'espèce, le Canada n'a pas fait application, avant l'introduction de la requête de l'Espagne, du droit qu'il s'est réservé au paragraphe 3 de sa déclaration de compléter, modifier ou retirer les réserves formulées dans sa déclaration du 10 mai 1994. Il n'a pas non plus formulé d'autres réserves ni fait *aucune notification à l'égard* de l'interprétation ou de l'application des réserves figurant dans ladite déclaration. Il n'y a donc aucune notification de ce type du Canada dont il faudrait tenir compte aux fins de l'interprétation de la déclaration du 10 mai 1994. Il en est de même en ce qui concerne la pratique ultérieure au sujet de l'interprétation ou de l'application de la déclaration du 10 mai 1994. Le présent différend est la première affaire devant la Cour où la déclaration canadienne du 10 mai 1994 est invoquée comme base de la compétence de la Cour.

264. Il ne reste donc que les règles pertinentes de droit international applicables dans les relations entre les Parties. A ce propos, je pense tout d'abord que la déclaration du Canada, qui est un instrument international destiné, de par son objet et son but, à produire certains effets dans les relations internationales, doit être en général interprétée et appliquée en conformité avec le droit international positif que la Cour applique. Mais il se peut aussi, étant donné certaines formules employées dans le texte de la déclaration, que le droit international soit appelé à intervenir dans le processus interprétatif à des fins beaucoup plus précises et concrètes.

*

265. J'ai mentionné la fonction importante qu'ont *l'objet et le but* dans l'interprétation des déclarations relevant du système de la clause facultative. Il s'agit évidemment de l'objet et du but *de la déclaration* en tant que telle. Dans l'interprétation de la déclaration du Canada, il ne faut donc pas confondre, comme le fait le présent arrêt, cet élément interprétatif (ni la règle de *l'effet utile*) avec le propos ou l'intention de l'Etat déclarant concernant une disposition, une condition ou une réserve déterminée insérée dans la déclaration.

En fait, l'arrêt ne parle que de l'effet utile de la réserve de l'alinéa *d*) et néglige tout à fait le rôle de l'objet et du but de la déclaration dans l'interprétation de ladite réserve. Mieux encore, *l'« effet utile »* de la réserve devient vite dans l'arrêt l'*« effet recherché »* ou l'*« effet voulu »* de la réserve (paragraphe 52 et 71 de l'arrêt). Une fois encore, le but de l'interprétation serait de ne pas priver la réserve de l'effet « recherché » ou « voulu » par la prétendue « intention sous-jacente » de l'Etat déclarant ou par ses motifs. Les références à l'effet utile ne sont donc qu'un autre mirage.

7. *Le rôle du droit international dans l'interprétation de la réserve de l'alinéa d) de la déclaration du Canada*

266. Dans le domaine de l'interprétation d'un instrument juridique international déterminé, le droit international a beaucoup à dire, même lorsqu'il s'agit d'un titre juridictionnel comme c'est le cas avec la déclaration du Canada de 1994. Le droit international a un rôle à jouer dans l'interprétation des déclarations tant en ce qui concerne *les mots et expressions utilisés* dans le texte qu'en ce qui concerne les *silences* du texte.

Les Etats déclarants eux-mêmes emploient normalement des termes et des expressions de droit international dans la rédaction de leurs déclarations. L'arrêt de la *Mer Egée* en est un bon exemple. Il a été d'ailleurs invoqué par les deux Parties dans le présent incident préliminaire.

267. Cela dit, rappelons que «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties» est un des éléments interprétatifs qui sont intégrés dans la règle générale d'interprétation de la convention de Vienne de 1969 (alinéa *c*) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention) et que la réserve de l'alinéa *c*) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada de 1994 exclut de la juridiction obligatoire de la Cour acceptée par ce pays: «les différends relatifs à des questions qui, *d'après le droit international*, relèvent exclusivement de la juridiction du Canada» (les italiques sont de moi).

268. Il découle de ce qui précède — dans la mesure où le défendeur soutiendrait, directement ou indirectement, que les différends relatifs à des mesures adoptées par le Canada pour des bateaux pêchant dans la zone de réglementation de l'OPANO sont des différends qui, pour une raison ou une autre, relèvent exclusivement de la juridiction du Canada — que la réserve de l'alinéa *c*) du paragraphe 2 de la déclaration deviendrait pleinement opérante dans la présente procédure incidente préliminaire. A ce stade, il faudrait aller voir ce que le droit international a à dire en la matière de façon à tirer les conséquences qui en découlent pour l'interprétation de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2. Car, comme la Cour permanente l'a déclaré:

«il suffit de remarquer qu'il se peut très bien que, dans une matière qui, comme celle de la nationalité, n'est pas, en principe, réglée par le droit international, la liberté de l'Etat de disposer à son gré soit néanmoins restreinte par des engagements qu'il aurait pris envers d'autres Etats. En ce cas, la compétence de l'Etat, exclusive en principe, se trouve limitée par des règles de droit international...» (*Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, avis consultatif, 1923, C.P.J.I. série B n° 4, p. 24.*)

269. Mais, en fait, lors de la phase orale du présent incident, le Canada n'est pas allé si loin. Pour rejeter des arguments espagnols relatifs aux interprétations de la réserve de l'alinéa *d*) automatiques ou laissées à la seule appréciation de leurs auteurs, les conseils du Canada ont fait plusieurs fois des déclarations de ce genre:

«Nous n'avons jamais laissé entendre que quoi que ce soit qui serait unilatéralement défini par le Canada ou la législation canadienne comme une mesure de conservation et de gestion deviendrait *ipso facto* une mesure de conservation et de gestion aux fins de la réserve. Nous n'avons pas inclus, dans le texte de la réserve, les mots «de l'avis du Canada» ou «au sens de la législation canadienne». Et nous n'avons jamais donné à entendre que la réserve devait être interprétée comme si ces mots y figuraient.» (CR 98/14, p. 39.)

«Le Canada ne dit pas «il s'agit de mesures de conservation et de gestion parce que nous le disons». Nous ne définissons pas «les mesures de conservation et de gestion» par simple renvoi à la loi canadienne. Nous admettons volontiers que la Cour a le pouvoir de décider si les mesures canadiennes sont des mesures de conservation et de gestion — au regard de la pratique générale. Et nous pouvons aussi admettre que la Cour a le pouvoir de dire si les mesures d'exécution canadiennes sont des mesures d'«exécution» — également au regard de la pratique générale.» (CR 98/14, p. 11.)

Ces déclarations canadiennes sont autant d'aveux implicites du défendeur que le droit international et la pratique internationale ont un rôle important à jouer dans l'interprétation de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada. Ils valent aussi reconnaissance du fait que la réserve est une réserve qui demande à être interprétée avant de pouvoir être appliquée. En d'autres termes, on est bien loin de la maxime du «sens clair» de Vattel. Or, s'il faut interpréter la réserve de la déclaration, il faut le faire dans le cadre du droit international et conformément à celui-ci. Dans le cas d'espèce, ce droit international est le droit international général concernant l'interprétation d'instruments internationaux et celui fixant le régime juridique de la haute mer, y compris en ce qui concerne la conservation et la gestion des ressources biologiques dans cet espace maritime.

Il y a en effet, dans la réserve *d*) de la déclaration canadienne, des termes, des expressions et des silences qui, comme nous allons le voir, exigent de l'interprète le recours au droit international pour être à même d'établir, par interprétation, leur sens et leur portée véritables dans la réserve.

270. La Cour a dû interpréter des termes d'instruments internationaux à la lumière du droit international à plusieurs reprises. Citons, comme exemples, l'interprétation du mot «différend» dans l'affaire relative aux *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc* (1952), du terme «mission sacrée de civilisation» dans les affaires du *Sud-Ouest Africain* (1962, 1966) et du terme «statut territorial» dans la réserve *b*) de l'instrument d'adhésion de la Grèce à l'Acte général de 1928 dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée* (1978). Le recours par les tribunaux arbitraux au droit international pour interpréter des instruments internationaux est très fréquent aussi et depuis fort longtemps. Par exemple, en 1919, dans l'affaire des *North Atlantic Coast Fisheries*, le tri-

bunal arbitral interpréta le mot «bays» d'un traité de 1818 eu égard au droit international de la mer au moment de la conclusion du traité.

271. Dans l'affaire de la *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen* (1993), la Cour a interprété l'accord de 1965 entre le Danemark et la Norvège «dans son contexte, à la lumière de son objet et de son but» en commençant par rappeler à cet égard la définition du «plateau continental» donnée par la convention de Genève de 1958 sur le plateau continental (*C.I.J. Recueil 1993*, p. 50, par. 27). Le droit international est bien présent dans le traitement par la Cour d'autres questions d'interprétation considérées dans cet arrêt. Par exemple, à propos de la question des rapports entre la délimitation du plateau continental et des zones de pêche des parties. A cet égard, l'arrêt mentionne le concept de zone économique exclusive «telle que proclamée par de nombreux Etats et définie à l'article 55 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982» (*ibid.*, p. 59, par. 47).

272. Quel est le sens de l'expression «*mesures de gestion et de conservation*» dans le droit international général en vigueur en 1994 et aujourd'hui? Pour répondre d'une façon sommaire, mais suffisante dans le présent contexte, il faut se tourner vers le nouvel ordre juridique de la mer que les Etats se sont donné eux-mêmes à partir de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer et de la conclusion de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982.

C'est dans cette convention que les normes générales concernant la gestion et la conservation des ressources biologiques de la *haute mer* se sont cristallisées. La jurisprudence de la Cour a confirmé à plusieurs reprises, et dans des contextes différents, que d'une manière générale la convention de 1982 reflète la pratique des Etats dans les relations internationales contemporaines relatives au droit de la mer, ainsi que leur *opinio juris* à cet égard.

273. Les dispositions qui traitent de ces mesures sont les articles 116 à 120 de la convention. Il faut y ajouter, pour ce qui est des stocks chevauchants, l'article 63 de la convention. L'obligation générale établie par la convention impose à chaque Etat, d'une part, de prendre à l'égard de ses ressortissants des mesures pour assurer la conservation des ressources biologiques de la haute mer et, d'autre part, de coopérer avec les autres Etats à la prise de telles mesures en haute mer (art. 117). Cette obligation est développée par la suite dans les articles 118, 119 et 120. Pour ce qui est de stocks chevauchants, le paragraphe 2 de l'article 63 dispose que:

«l'Etat côtier et les Etats qui exploitent ces stocks dans le secteur adjacent s'efforcent, directement ou par l'intermédiaire des organisations sous-régionales ou régionales appropriées, de s'entendre sur les mesures nécessaires à la conservation de ces stocks dans le secteur adjacent».

Aucune disposition de la convention de 1982 n'autorise un Etat, côtier ou non, à exercer sa juridiction sur un navire battant pavillon d'un autre Etat en haute mer ou à l'arraisonner par l'emploi de la force sans l'auto-

risation de l'Etat du pavillon, aux fins de la gestion ou la conservation des ressources biologiques de la haute mer. Ces finalités ne dérogent pas en droit international général à la juridiction de l'Etat du pavillon. Comme il est dit au paragraphe 1 de l'article 92 de la convention de 1982 :

«Les navires naviguent sous le pavillon d'un seul Etat et sont soumis, *sauf dans les cas exceptionnels expressément prévus par des traités internationaux ou par la convention*, à sa juridiction exclusive en haute mer...» (Les italiques sont de moi.)

*

274. La réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration du Canada ne concerne pas toutes les mesures possibles et imaginables, mais une seule catégorie de mesures, à savoir les «*mesures de gestion et de conservation*» adoptées par le Canada pour les bateaux pêchant dans la zone de réglementation de l'OPANO et l'exécution de telles mesures. On touche ici une limitation de la réserve — voulue expressément par l'Etat déclarant — qui a une grande importance pour apprécier la portée du consentement que le Canada a exprimé en 1994 dans sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour.

275. Le Canada aurait pu formuler sa réserve en parlant tout simplement des «*mesures adoptées par le Canada...*» Mais il ne l'a pas fait. La question de savoir pourquoi il ne l'a pas fait est en dehors de la tâche interprétative qui revient à la Cour dans la présente procédure incidente. C'est une question qui entre dans le domaine des motifs politiques ou autres du Canada lorsqu'il a formulé et déposé la déclaration du 10 mai 1994. La Cour n'a pas à déterminer ou à juger les motifs d'un Etat souverain lorsqu'il fait une déclaration conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. Sa tâche consiste à apprécier la portée du consentement de l'Etat manifesté dans la déclaration en question de façon à être à même de lui donner son effet.

276. Quoi qu'il en soit, il serait incompatible avec les règles d'interprétation généralement acceptées en droit international d'admettre que les mots «*de gestion et de conservation*» qui qualifient le terme «*mesures*» dans la réserve puissent être considérés comme dépourvus de tout but ou de tout effet. A coup sûr, l'Etat déclarant a voulu dire quelque chose avec les mots «*de gestion et de conservation*» et ce qu'il a voulu dire à ce propos fait aussi partie, dès ce moment-là, des éléments qui définissent la portée de la réserve de l'alinéa *d*) et, en conséquence, du consentement du Canada à la juridiction obligatoire de la Cour.

277. Ainsi, pour pouvoir déterminer le champ d'application de la réserve de l'alinéa *d*), la Cour est appelée à interpréter le sens de l'expression «*mesures de gestion et de conservation*» dans la réserve de la déclaration canadienne. Elle doit le faire d'autant plus que les Parties sont en désaccord sur le sens de cette expression dans cette réserve. C'est une situation qui se produit très souvent dans des procédures juridictionnelles incidentes relatives aux déclarations. Et comment la Cour doit-elle le

faire? La réponse pour moi ne saurait être que, en l'absence d'une définition — directe ou indirecte — dans la déclaration du Canada des «mesures de gestion et de conservation» de sa réserve de l'alinéa *d*) lui donnant un *sens particulier*, l'interprète ne peut que l'interpréter à la lumière de son *sens ordinaire* dans le droit international général.

278. Que l'interprète se tourne ou non vers le droit international dépend toujours, en dernière analyse, de l'intention manifestée, expressément ou par implication nécessaire, par l'auteur ou les auteurs de l'instrument interprété ou appliqué, car en tant que maître(s) de l'instrument en question il(s) aurai(en)t pu donner au terme juridique en cause un sens différent de celui qu'il possède en droit international général, c'est-à-dire un *sens particulier*. Mais, il faut qu'ils aient donné effectivement au terme juridique en cause un tel sens. Le Canada ne l'a pas fait pour ce qui est des «mesures de gestion et de conservation» de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de sa déclaration de 1994.

Le recours au droit international est fréquent dans l'interprétation d'instruments juridiques internationaux unilatéraux ou conventionnels. Cela arrive très souvent même lorsqu'il s'agit d'interpréter des termes employés pour décrire certains concepts ou notions de base formant partie d'un ensemble de normes, d'un régime ou d'un statut déterminé de droit international. Les espaces maritimes, comme la haute mer, en sont un bon exemple.

8. *Les circonstances entourant le dépôt de la déclaration du Canada comme moyen complémentaire d'interprétation*

279. La Cour n'a pas été saisie de *travaux préparatoires* concernant la déclaration du Canada déposée auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies le 10 mai 1994. La Cour a eu cependant à sa disposition les comptes rendus des débats de la Chambre des communes et du Sénat du Canada qui ont eu lieu immédiatement après sur le projet de loi C-29 modifiant la loi sur la protection des pêches côtières du Canada et le projet de loi C-8 modifiant le code criminel canadien, adoptés le 12 mai 1994.

280. J'accepte, sans difficulté, qu'il existe un rapport entre la nouvelle déclaration du Canada et l'adoption des projets de loi C-29 et C-8. Cela découle des faits notoires suivants: *a*) la déclaration du Canada du 10 mai 1994 fut déposée deux jours seulement avant la sanction de la loi modifiant la loi sur la protection des pêches côtières du Canada; *b*) dans la déclaration de 1994 figure une réserve (la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 qui ne faisait pas partie de la déclaration du Canada du 10 septembre 1985; *c*) cette déclaration de 1985 fut abrogée par la nouvelle déclaration du 10 mai 1994; et *d*) lors de la séance que le Sénat a tenue le 12 mai 1994, le ministre des affaires étrangères et du commerce international du Canada, M. Ouellet, a établi expressément un rapport entre la nouvelle déclaration de 1994 et le projet de loi C-29 (alors sur le point d'être adopté). De plus, il y a un lien entre le projet de loi C-8 et l'adoption du projet de loi C-29.

Bien entendu, les comptes rendus dont il s'agit ne sont pas des *travaux préparatoires* de la déclaration elle-même, ni non plus des circonstances concernant l'«élaboration de la déclaration». Il ne s'agit, comme l'a fort bien décrit le défendeur, que des circonstances «entourant le *dépôt* de la déclaration».

a) *Les déclarations faites le 12 mai 1994 au Sénat par le ministre canadien des affaires étrangères et du commerce international*

281. J'ai déjà mentionné, dans des contextes différents, des déclarations faites par le ministre Tobin au cours de ces débats parlementaires. Il y a aussi les interventions des parlementaires dont certaines ont fait l'objet de commentaires de la part des Parties, surtout dans le mémoire et dans le contre-mémoire. Mais, du point de vue de l'interprétation de la déclaration du Canada du 10 mai 1994, les plus importantes, de loin, comme preuve ou indice de l'intention qui anima le Canada pour ce qui est de cette déclaration, ce sont les déclarations faites au Sénat, le 12 mai 1994, par le ministre des affaires étrangères et du commerce international du Canada, M. Ouellet. Arrêtons-nous y un moment.

282. La meilleure méthode pour être à même de saisir le sens et la portée des déclarations de M. Ouellet (l'arrêt se limite à reproduire seulement deux phrases aux paragraphes 60 et 77) est de les lire dans le contexte du débat, car le ministre n'a pas fait ses déclarations *sua sponte*, mais en réponse à des questions posées par le sénateur Beaudoin. Ces échanges sont reproduits dans le compte rendu (mémoire de l'Espagne, annexes, vol. I, annexe 16, p. 231) comme suit:

Le sénateur Beaudoin

«Monsieur le ministre, j'accepte d'emblée le principe qui sous-tend ce projet de loi. D'ailleurs, j'ai déjà voté à l'étape de la deuxième lecture. *A titre de juriste*, je suis quelque peu préoccupé par la réputation de notre pays au niveau international.

J'ai lu que certains juristes ont déclaré qu'à strictement parler, il se pourrait que l'on agisse dans l'illégalité. Evidemment, d'autres juristes feront valoir que c'est vrai mais que nous sommes en situation de crise, ce que je crois aussi, de sorte que, dans une certaine mesure, la doctrine de l'urgence s'applique au-delà du territoire du Canada et même au-delà de la limite de 200 milles.

Vos juristes vous ont-ils donné quelque garantie que ce soit qu'il existe effectivement des précédents et que nous avons de bons arguments pour agir de la sorte?»

Le ministre Ouellet

«*Je rappellerai aux honorables sénateurs que le Canada a déjà utilisé une procédure similaire dans les années soixante-dix au sujet de l'Arctique. Donc, il y a un précédent.*

Je rappellerai aussi qu'à certaines occasions, d'autres pays ont

adopté des lois similaires pour protéger ce qu'ils considéraient être de l'intérêt national.

Nous basons notre projet de loi, qui est une loi qui nous permet d'agir, sur des bases solides de droit. Afin de protéger l'intégrité de cette loi, nous avons présenté une réserve, comme vous le savez, auprès de la Cour internationale de Justice alléguant que, évidemment, cette réserve serait temporaire, qu'elle ne s'appliquerait que pour la période de temps que nous jugeons nécessaire d'exercer des représailles contre ceux qui s'adonnent à la surpêche.

Nous avons toutes les raisons de croire que la loi donne au Canada la capacité d'agir contre ces bateaux pirates et que les autres pays ne contesteront pas, d'aucune façon, la capacité du Canada d'agir.» (Les italiques sont de moi.)

Le sénateur Beaudoin

«Vous considérez que cette mesure sera nécessairement temporaire, exceptionnelle et qu'elle est due à une crise?»

Le ministre Ouellet

«Oui. Nous pensons que la surpêche menace d'une façon très grave des espèces de poisson et qu'à moins d'une intervention rapide et complète nous ne pourrions sauver ces espèces.

Nous avons dit dès le début, *et les représentants diplomatiques du Canada à l'étranger dans les différentes ambassades ont expliqué à nos partenaires européens et autres, que cette mesure s'adressait au premier chef à l'endroit de bateaux qui n'ont pas de drapeau ou des bateaux qui ont ce que l'on appelle des drapeaux de convenance. Par conséquent, ce sont gens-là qui sont de véritables pirates irresponsables qui doivent être chassés de cette partie des Grands Bancs.*» (Les italiques sont de moi.)

283. De ces déclarations du ministre Ouellet on peut tirer deux conclusions principales en ce qui concerne les intentions du Canada lorsque son gouvernement a déposé la déclaration du 10 mai 1994. On pourrait les résumer ainsi :

1) Il y avait un rapport entre le dépôt de la nouvelle déclaration du Canada et la protection de ce que le ministre a appelé «*l'intégrité de la loi*». Or, le projet de la loi C-29 (comme d'ailleurs le projet de loi C-8) ne traite pas du titre international du Canada pour exercer sa juridiction nationale en haute mer à l'égard des bateaux étrangers, mais des mesures dites de gestion et de conservation adoptées et exécutées par le Canada en haute mer à l'encontre des navires qualifiés par le ministre de «pirates». La question du *titre international* est laissée de côté. On en trouve confirmation dans les déclarations faites par le ministre Tobin. Pour le titre international, à savoir pour le droit ou la capacité d'agir du Canada en haute mer à l'égard du droit international, le ministre Ouellet comptait sur la non-contestation d'autres Etats, y compris des Etats européens,

mais cette non-contestation présumée ne fait pas non plus partie des dispositions de la loi. La loi s'occupe d'établir un titre en droit canadien pour habiliter le gouvernement à agir dans cet ordre juridique. Pour le reste, le ministre se limite à affirmer que le projet de loi se fonde «sur des bases solides de droit». De plus, il s'agissait, disait-il, de mesures nécessaires, temporaires et exceptionnelles.

2) Le projet de loi C-29 porte sur l'exercice de la pêche dans une zone déterminée de la haute mer (la zone de réglementation de l'OPANO) aux fins, selon son texte, de la conservation et de la gestion des stocks chevauchants dans cette zone, les bateaux visés étant au premier chef les bateaux «sans nationalité» et les bateaux avec «des drapeaux de complaisance». La qualification de ces bateaux par le ministre de *pirates* visait, très probablement, à trouver dans le droit international, *même à leur propos*, une base juridictionnelle et à dissiper ainsi les craintes de certains parlementaires. Le ministre parle aussi «*d'exercer des représailles contre ceux qui s'adonnent à la surpêche*». Je reviendrai sur l'utilisation par le ministre du terme «représailles» en rapport avec l'interprétation du texte de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration, car c'est une notion qui a aussi un sens précis en droit international. Cette mention est importante.

b) *Les déclarations du ministre canadien des pêches et des océans*

284. Le ministre des pêches et des océans, M. Tobin, est intervenu à plusieurs reprises dans les débats parlementaires sur le projet de loi C-29 et il a fait toutes sortes de déclarations. J'en ai déjà cité quelques-unes. L'arrêt en cite d'autres aussi. M. Tobin a exclu, par exemple, expressément les bateaux de pêche espagnols et portugais du champ d'application de la nouvelle législation car ils coopéraient à part entière avec l'OPANO, ce qui est confirmé par la suite par le règlement d'application du 28 mai 1994. D'autre part, il a aussi déclaré, à un autre moment, que «[[l]e projet de loi donn[ait] au *Parlement* le pouvoir de désigner n'importe quelle classe de bateaux de pêche, *aux fins des mesures de conservation*. On ne précise pas contre qui ces dispositions seraient appliquées...» (voir arrêt, par. 77; les italiques sont de moi). Ainsi pour les nouvelles classes de bateaux, le ministre Tobin parle donc du *Parlement* (non pas seulement des règlements d'application de l'exécutif); il ne parle pas non plus des mesures de gestion et de conservation adoptées et exécutées par le Canada indépendamment de l'OPANO ou en violation de la convention de l'OPANO; et surtout — ce n'était d'ailleurs pas sa tâche en tant que ministre des pêches et des océans — il n'a pas pris position sur les rapports éventuels entre la nouvelle législation canadienne sur la protection des pêches côtières et la portée de la déclaration du Canada du 10 mai 1994.

285. Ce n'est que le ministre Ouellet qui l'a fait dans les termes indiqués, en tant que ministre des affaires étrangères. Or, sur le plan international, ce qui pourrait compter aux fins de l'interprétation de la déclara-

tion canadienne ce sont, sans doute, les déclarations du ministre des affaires étrangères. Ici, comme dans d'autres contextes, l'arrêt bouleverse l'ordre naturel des choses sans avancer la moindre justification. On prend quatre mots des déclarations de M. Ouellet et on les enchaîne à certains passages d'une des déclarations de M. Tobin!

c) *Le communiqué de presse du 10 mai 1994*

286. S'agissant de l'intention du Canada, l'arrêt semble attribuer une certaine valeur probante à un communiqué de presse canadien du 10 mai 1994 ainsi rédigé:

«Aujourd'hui, le Canada a modifié son acceptation de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice à La Haye afin d'empêcher toute situation qui pourrait anéantir les efforts du Canada pour protéger ses stocks.» (Paragraphe 60 de l'arrêt; les italiques sont de moi.)

287. Je suis bien moins sûr que l'arrêt que «toute situation» est identique à «toute requête». Au demeurant, on constate que le communiqué parle de la protection des stocks canadiens alors que la déclaration concerne pour sa part la zone de réglementation de l'OPANO (haute mer) et ne fait pas mention des «stocks» canadiens, chevauchants ou autres. Quoi qu'il en soit, ce communiqué ne modifie en rien les conclusions énoncées ci-dessus concernant les déclarations faites deux jours plus tard au Sénat par le ministre Ouellet. De par sa nature, le communiqué ne peut pas se voir attribuer une valeur probante supérieure à celle des déclarations du ministre des affaires étrangères au Sénat, de même qu'un communiqué de presse du Greffe ne saurait prévaloir sur ce qui est dit dans un arrêt ou une ordonnance de la Cour. J'interprète ce communiqué à la lumière des déclarations susvisées du ministre Ouellet.

9. *Autres moyens complémentaires d'interprétation*

a) *La déclaration du Canada du 7 avril 1970*

288. Il existe une preuve décisive du fait que l'intention qui animerait le Canada lorsqu'il a rédigé la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration du 10 mai 1994 ne visait pas la question du titre, des juridictions ou des droits en haute mer du Canada, mais bien les différends auxquels pourraient donner lieu les mesures de gestion et de conservation adoptées et exécutées par le Canada. Cette preuve, c'est la déclaration du Canada du 7 avril 1970.

Le ministre Ouellet cite la *procédure* de 1970 comme précédent. Il reconnaît ainsi que, au moment où le Gouvernement canadien a rédigé la déclaration du 10 mai 1994, celui-ci avait devant les yeux la déclaration du Canada du 7 avril 1970 où, effectivement, il y avait une réserve *d*) relative à des questions qui préoccupaient alors les autorités canadiennes au sujet de l'établissement de zones de pêche exclusives et au sujet de la

pollution des eaux de l'Arctique. C'était un modèle tout prêt si l'intention du Gouvernement canadien avait été d'exclure par une réserve les différends concernant le titre, les juridictions ou les droits du Canada en haute mer. Mais ce modèle tout prêt n'a pas été adopté. A sa place on a rédigé le *texte* nouveau de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration en vigueur qui ne concerne que des mesures adoptées et exécutées par le Canada. Les différences entre les deux textes sont tout à fait concluantes.

289. En 1994, on a adopté la procédure de 1970, mais non le texte de la réserve de l'alinéa *d*) de 1970. Ce dernier fut délibérément écarté en 1994. La conclusion pour l'interprète ne peut être plus claire: on n'a pas adopté le texte de la réserve de l'alinéa *d*) de 1970 parce que l'intention du Gouvernement du Canada en 1994 n'était pas celle de 1970. Le Canada n'ayant donné à la Cour aucune explication satisfaisante de la différence notable qui existe entre les textes de ces deux réserves, je considère prouvé aux fins de la présente procédure incidente que l'intention qui animait le Canada lorsqu'il a rédigé la réserve de 1994 était d'une portée beaucoup plus limitée que celle qui a présidé à la rédaction de la réserve de 1970 et qu'elle ne concernait pas les différends sur le titre, les juridictions ou les droits du Canada en haute mer (à propos de la déclaration de 1970, voir l'opinion individuelle de sir Robert Jennings jointe à l'arrêt que la Cour a rendu en 1984 dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence et recevabilité*, C.I.J. Recueil 1984, p. 551).

290. Comment le Canada avait-il formulé alors la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration de 1970 pour atteindre le but politique déclaré à l'époque par son premier ministre? Il l'avait formulée de la façon suivante:

«*d*) les différends auxquels peuvent donner lieu ou qui concernent [*arising out of or concerning* en anglais] la juridiction ou les droits 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» (C.I.J. *Annuaire 1970-1971*, p. 50).

Dans cette réserve de 1970 il est donc question, d'abord, de la «juridiction» et des «droits invoqués ou exercés par le Canada» et, ensuite, des «mesures», alors que dans la déclaration du 10 mai 1994, la réserve de l'alinéa *d*) ne parle que des «mesures» ou, plus précisément, des «mesures de gestion et de conservation adoptées par le Canada pour les navires ... et l'exécution de telles mesures». Dans la déclaration en vigueur aujourd'hui, pas un mot sur la «juridiction» ou sur les «droits invoqués ou exercés par le Canada». Aucune interprétation de bonne foi ne permet d'attribuer à cet égard la même portée à la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration de 1970 et à la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration de 1994.

291. La déclaration du 10 mai 1994 n'exclut pas de la compétence de la Cour les différends concernant la juridiction ou les droits invoqués ou exercés par le Canada, le titre international en dernière analyse, dans aucune zone de la haute mer en rapport avec une matière ou activité quelconque, y compris la gestion et la conservation de ressources biologiques dans la zone de réglementation de l'OPANO.

292. Ainsi donc, les faits parlent d'eux-mêmes, une même procédure en 1970 et en 1994, *mais non pas la même intention* et, en conséquence, des textes différents pour la réserve de l'alinéa *d*) dans l'une et dans l'autre déclaration. Le Canada a fait un choix lorsqu'il a rédigé sa nouvelle déclaration en 1994. Ce choix ne fut sûrement pas la meilleure façon de se protéger contre une requête comme celle enregistrée le 28 mars 1995 par l'Espagne. Mais c'est le choix que le Canada a fait et ce choix-là, tel qu'il s'exprime dans la déclaration du 10 mai 1994, constitue pour moi le consentement du Canada à la juridiction obligatoire de la Cour pour ce qui est de la présente affaire.

293. Etant donné l'importance de cette circonstance comme élément de preuve de l'intention du Canada en mai 1994, je ne peux pas m'expliquer le *silence total* du présent arrêt sur la déclaration de 1970 mentionnée comme *précédent* au Sénat par le ministre des affaires étrangères, M. Ouellet. L'arrêt préfère parler d'un communiqué de presse! Ma surprise tourne à l'étonnement lorsque je constate que l'arrêt lui-même admet que les intentions du gouvernement intéressé peuvent s'établir «en comparant les termes des deux instruments» (paragraphe 50 de l'arrêt) et que l'arrêt recourt effectivement à une telle méthode en ce qui concerne les déclarations de 1985 et de 1994 (voir, par exemple, le paragraphe 59 de l'arrêt). Pour moi, la comparaison entre les déclarations de 1970 et de 1994 a une importance bien plus décisive quant à l'établissement de l'intention du Canada par le recours à des éléments extrinsèques à la déclaration.

b) *La convention de l'OPANO de 1978*

294. La réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada de 1994 limite géographiquement sa portée à la zone de réglementation de l'OPANO telle que définie à l'article premier de la convention sur la future coopération multilatérale dans les pêches de l'Atlantique Nord-Ouest, faite à Ottawa le 24 octobre 1978 (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1979). Le Canada et la Communauté européenne sont parties à cette convention (l'Espagne l'était aussi avant son entrée dans la Communauté). Il est à noter que, pour sa portée géographique, la réserve renvoie à un traité international auquel le Canada est partie, tandis qu'elle ne renvoie, dans aucun de ses aspects, à la législation nationale canadienne comme elle aurait pu le faire.

295. Les mesures de gestion et de conservation adoptées par le Canada, et l'exécution de telles mesures, dont il est question dans la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration canadienne sont donc censées coexister dans

la zone de réglementation de l'OPANO avec celles adoptées par une organisation internationale, l'Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest (OPANO), créée par l'article II de la convention et qui se compose notamment d'une commission des pêches. Cette commission est justement chargée de la gestion et de la conservation des ressources halieutiques de la zone de réglementation de l'OPANO (article XI de la convention).

296. Le différend soumis par l'Espagne à la Cour ne concerne pas la pêche ou la gestion et la conservation de ressources halieutiques de la haute mer, dans la zone de réglementation de l'OPANO ou ailleurs. Mais, dans la présente procédure incidente préliminaire, se pose une question d'interprétation d'une réserve dans la déclaration du Canada de 1994 qui — elle — renvoie à la convention de l'OPANO de 1978 et à sa zone de réglementation. On est donc parfaitement en droit de rechercher pour le but indiqué si la convention de l'OPANO présente une utilité quelconque, à titre de moyen complémentaire, pour l'interprétation de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada de 1994.

297. La question se pose parce que le défendeur soutient que les mesures qu'il a prises contre l'*Estai* et d'autres bateaux battant pavillon espagnol qui pêchaient en mars/avril 1995 dans la zone de réglementation de l'OPANO (en haute mer) sont, aux fins de l'interprétation de sa réserve, des «mesures de gestion et de conservation adoptées par le Canada ... et l'exécution de telles mesures». Pour moi il est évident que le droit international n'est pas du même avis. Mais, la lecture de la convention de l'OPANO de 1978 prouve aussi que les mesures adoptées par le Canada à l'encontre des bateaux espagnols et portugais en 1995 ne constituaient pas, non plus, des mesures de gestion ou de conservation, ou l'exécution de mesures de gestion ou de conservation, selon le régime conventionnel de l'OPANO.

298. Cela pose un problème que le présent arrêt écarte. Il concerne la bonne foi. Est-il possible d'admettre une interprétation de certains termes et expressions utilisés dans la réserve canadienne qui impliquerait nécessairement un manquement par le Canada à des dispositions d'un traité international? Peut-on admettre par voie d'interprétation que le Canada, lorsqu'il a déposé sa déclaration de 1994, avait l'intention de passer outre aux dispositions de la convention de l'OPANO dans la zone de réglementation de l'OPANO pour des navires des Etats participant à cette organisation? Un interprète international ne peut pas présumer une telle mauvaise foi de la part d'un Etat déclarant qui est partie à la convention en question. Il n'y a d'ailleurs dans le dossier aucun élément de preuve qui vienne le confirmer. Au contraire, le Canada se proclamait en mai 1994 champion de l'OPANO et des mesures de gestion et de conservation approuvées au sein de celle-ci.

299. La convention de l'OPANO ne porte point atteinte à l'exercice de la juridiction de l'Etat du pavillon sur ses bateaux dans la zone de réglementation de l'OPANO, elle ne prévoit pas non plus comme mécanisme

de contrôle l'utilisation de la force ou de moyens violents ou coercitifs par d'autres Etats sans l'aval de l'Etat du pavillon contre les bateaux de pêche de celui-ci et leurs équipages, etc. En un mot, la convention de l'OPANO s'occupe de la gestion et de la conservation de ressources dans une zone de la haute mer d'une manière conforme au droit international général et à la convention sur le droit de la mer de 1982, c'est-à-dire par voie de coopération et d'entente entre les Etats intéressés, dans le respect de leur souveraineté. Lorsque, pour une raison ou pour une autre, les Etats veulent aller plus loin dans les mesures de contrôle de la pêche en haute mer que le droit international général, ils concluent des accords comme celui d'avril 1995 entre le Canada et la Communauté européenne. L'OPANO l'a adopté par la suite.

300. Je pose donc la question suivante: a-t-on le droit d'interpréter, dans les circonstances de l'espèce, les expressions «mesures de gestion et de conservation» et «exécution de telles mesures» dans la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration canadienne de 1994 d'une manière qui serait en contradiction avec le sens et la portée que ces notions ont dans la convention de l'OPANO qui s'appliquait en mars 1995 pour les mêmes buts à la même zone de la haute mer, à laquelle le Canada est partie et dont il se faisait le champion en mai 1994? Peut-on attribuer une telle intention sous-jacente au Canada à cette époque? C'est grave d'attribuer à un Etat, par l'application de méthodes subjectives d'interprétation, l'intention de vouloir violer un traité international afin de pouvoir attribuer un certain sens à la réserve dont il s'agit. Je ne le ferai pas. L'arrêt n'en parle pas, mais son silence n'est pas une réponse à une question qui se pose nécessairement dans le contexte de l'interprétation qu'il fait de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada.

10. *L'interprétation de la réserve de l'alinéa d) de la déclaration canadienne à la lumière des règles, éléments et méthodes d'interprétation du droit international*

301. Les paragraphes 61 à 87 de l'arrêt développent les considérations et conclusions de la majorité relatives à l'interprétation proprement dite de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada du 10 mai 1994, invoquée comme base de la compétence de la Cour par la requête de l'Espagne du 28 mars 1995. Je suis aussi en désaccord total avec l'ensemble de ces considérations et conclusions.

a) *Les «mesures» prévues par la réserve*

302. Le terme «mesures» apparaît deux fois dans la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada avec le même sens. Il n'est défini ni dans la réserve elle-même ni dans une autre partie quelconque de la déclaration. Il faut donc attribuer à ce terme, dans cette

réserve, son sens ordinaire. Or, dans son sens ordinaire, ou, si l'on veut, courant ou naturel, une « mesure » est quelque chose qui est adopté ou mis en œuvre en vue d'un résultat déterminé. La réserve précise le type de mesures (de gestion et de conservation), qui doit prendre les mesures (le Canada), quel est l'objet des mesures adoptées ou exécutées par le Canada (les navires pêchant dans la zone de réglementation de l'OPANO) et l'espace maritime dans lequel les mesures sont censées s'appliquer et être exécutées (la zone de la haute mer définie par la convention de l'OPANO comme étant « la zone de réglementation de l'OPANO »).

303. L'interprétation du terme « mesures » dans le contexte de la réserve et de la déclaration ne me pose, comme telle, aucun problème. Le mémoire de l'Espagne a beaucoup spéculé sur le sens du terme « mesures » dans le contexte du droit canadien. Mais je m'occupe ici du sens dudit terme dans la réserve *d*) de la déclaration du Canada, qui est un instrument international, et non pas du sens que ce terme aurait, ou pourrait avoir, dans l'ordre juridique interne du Canada.

Je suis d'accord que, dans la réserve, le terme « mesures » renvoie à toutes les mesures adoptées par le Canada, y compris celles de nature législative, comme par exemple la loi modifiée sur la protection des pêches côtières. Mais alors il faut être cohérent, c'est-à-dire il faut reconnaître en même temps que la réserve ne traite pas du tout du *titre* ou de la *question du titre*, même pas en ce qui concerne l'ordre juridique interne du Canada.

Rien n'autorise à confondre le sens du terme « mesures » avec celui du « titre » du Canada ou de son « droit » pour adopter et exécuter les mesures visées à la réserve de l'alinéa *d*). C'est justement pour cela que je ne peux pas admettre l'argument canadien qu'« une *exclusion de compétence concernant une mesure ne fait pas qu'inclure l'exclusion des différends relatifs au droit de prendre ces mesures: elle est avant tout cela* » (CR 98/14, p. 38). Pour moi, il se peut fort bien qu'à défaut de titre: « *les mesures ne peuvent être des mesures, les droits revendiqués ne peuvent être des droits, la compétence exercée ne peut être une compétence* » (*ibid.*, p. 37).

304. Autrement dit, pour moi, le terme « mesures » dans la réserve de l'alinéa *d*) englobe tout ce qui est « mesures » dans le sens ordinaire ou naturel du terme en droit international, mais rien d'autre. C'est une conclusion importante, car il en découle, par implication nécessaire, que la question du *titre* ne rentre pas dans les « mesures » dont il est question à la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada. Quoi qu'on puisse dire, une chose est certaine, le titre, les juridictions ou les droits du Canada ne sont pas visés dans la réserve et le sens ordinaire du terme « mesures » en droit international n'embrasse pas la notion de *titre*. C'est probablement la raison pour laquelle la majorité de la Cour a redéfini l'objet du différend soumis par la requête espagnole comme elle l'a fait, à savoir en écartant de sa définition de l'objet du différend la question du titre ou du défaut de titre du Canada en droit international pour adopter les mesures dont il s'agit dans la réserve canadienne et/ou les exécuter. C'est parfait si l'on cherche à écarter à tout prix la compé-

tence, mais la Cour a-t-elle la faculté d'agir ainsi? J'ai déjà répondu à cette question au chapitre III de la présente opinion.

305. Le *titre* est la qualité, l'autorité ou le pouvoir donnant à une personne un droit, ou la capacité d'exercer celui-ci, ou encore de réclamer l'exécution d'une obligation ou d'un comportement à une autre personne. En d'autres termes, le titre est la source ou le fondement du droit, ou de son exercice, ou de la réclamation, ou de la prétention que l'on fait valoir, mais aucunement une *mesure*. Lorsque le «titre» existe, il précède la «mesure». Les «mesures» sont adoptées et exécutées soit en vertu d'un titre, soit contre le titre, soit sans titre. Telle est la question! Mais dans tous les cas, adoptée ou exécutée avec un titre, contre un titre ou sans titre, une «mesure» n'est pas un «titre» selon le sens ordinaire que revêtent l'un et l'autre terme en droit international. Or, la déclaration du Canada de 1994 est un instrument de droit international.

306. Le contexte du terme «mesures» dans la réserve conforte le sens ordinaire du terme que l'on vient de signaler. Il s'agit de mesures de gestion et de conservation adoptées par le Canada «*pour les navires pêchant...*» et de l'exécution de telles mesures dans une zone de la haute mer, à savoir dans la zone de réglementation de l'OPANO. Or, il est évident que des mesures destinées à s'appliquer à des *navires pêchant* dans une zone de la haute mer n'ont rien à voir avec le titre ou les titres que le Canada pourrait avoir vis-à-vis d'autres Etats souverains pour agir à l'égard de leurs navires dans un espace maritime soumis à un régime de *res communis*.

307. Le régime international de la haute mer, de toute la haute mer, et les juridictions que les Etats peuvent y exercer, d'après ce régime, sur les navires se trouvant dans un tel espace maritime, sont des questions qui relèvent du droit international et concernent au premier chef des relations de souveraineté entre les Etats, leurs droits et leurs obligations en haute mer.

Lorsqu'un texte international, comme celui de la réserve de l'alinéa *d)* du paragraphe 2 de la déclaration du Canada, ne parle que des «mesures» adoptées par un seul Etat concernant non pas d'autres Etats, mais des «navires» dans une zone de la haute mer, il est évident que ce texte ne vise pas la question du titre ou des titres des Etats en tant que souverains pour agir en haute mer ou pour exercer une juridiction étatique ou nationale quelconque en haute mer à l'égard d'autres Etats souverains.

308. Ainsi, le terme «mesures» dans le contexte de la réserve de l'alinéa *d)* de la déclaration du Canada ne concerne pas le titre de droit international du Canada pour adopter ou pour exécuter les mesures en question. Cette conclusion est confirmée par les moyens complémentaires d'interprétation, à savoir par les circonstances entourant le dépôt de la déclaration du Canada (y compris les déclarations des ministres Ouellet et Tobin au Parlement), ainsi que par le libellé que le Canada a retenu pour sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour de 1970 lorsqu'il a voulu soustraire à la compétence de la Cour *titres et mesures* concernant la conservation, la gestion ou l'exploitation des ressources bio-

logiques de la mer et la prévention ou la lutte contre la pollution du milieu marin dans les zones maritimes adjacentes au littoral canadien.

309. Le Canada n'a pas donné à la Cour une explication satisfaisante des raisons pour lesquelles la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration de 1994 n'a pas suivi le modèle tout prêt de la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration de 1970, malgré la référence à cette dernière comme «précédent» dans les déclarations du ministre Ouellet au Sénat. Dire, par exemple, qu'il convient d'éviter que les Etats adoptent des réserves larges ne règle pas la question. Pas plus que l'affirmation que la réserve de l'alinéa *d*) de 1994 n'a rien de défectueux. C'est bien possible, mais il faut alors conclure qu'elle n'exprime pas la même intention ni ne vise le même objet que celle de 1970 en ce qui concerne la conservation, la gestion ou l'exploitation des ressources biologiques.

310. Il se peut également que la réserve de l'alinéa *d*) de 1994 soit fonctionnelle, concrète, spécifique ou précise *pour ce qu'elle vise*. Mais la question n'est pas là. La question est justement de déterminer ce que cette réserve de 1994 vise. Pourquoi, si la réserve adoptée en 1994 devait viser le titre, les juridictions ou les droits du Canada pour adopter et exécuter les mesures, son texte n'est-il pas similaire à celui de la réserve de 1970 que l'on avait devant les yeux ou ne le suit-il pas de près alors que le ministre Ouellet mentionne ce dernier comme précédent? La question est restée sans réponse de la part du défendeur. C'est un silence qui en dit long sur la véritable intention du Canada lorsqu'il a déposé sa déclaration du 10 mai 1994. L'arrêt, quant à lui, préfère ne pas y regarder, ni de près ni de loin. Il est bien plus commode de modifier l'objet du différend.

311. La question est cependant importante, car la réserve de 1994 ne parle pas seulement des «mesures», mais des «mesures de gestion et de conservation». Elle ne renvoie donc pas le lecteur à un concept «factuel» ou «neutre», mais à une catégorie de mesures bien connues en droit international de la mer, c'est-à-dire à une catégorie juridique objective. Il ne suffit pas de dire que les mesures restent ce qu'elles sont, il faut encore qu'elles soient et restent des «mesures de gestion et de conservation» en tant que catégorie de droit international, car la déclaration ne donne à ses propres fins aucune définition particulière de ces mesures de gestion et de conservation.

*

312. Dans le chapitre III de la présente opinion, j'ai fait un résumé de la jurisprudence de la Cour concernant le titre en tant que catégorie juridique en droit de la mer. La question du titre peut se poser pour toutes sortes de matières et dans toutes sortes de contextes, y compris dans des procédures incidentes préliminaires concernant la compétence de la Cour. Il arrive souvent qu'il en soit ainsi lorsque la Cour doit répondre à des questions soulevées par des exceptions ou des objections. Il en est ainsi dans le cas d'exceptions de *compétence nationale ou de compétence exclusive* des Etats, mais aussi dans d'autres occasions.

313. A ce propos, il ne faut pas oublier que l'alinéa *c*) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada de 1994 énonce une réserve objective de compétence exclusive et que dans le système de la clause facultative opère le principe de *réciprocité* en matière de réserves dans des déclarations. En outre, l'Espagne, dans sa requête et dans son argumentation, a invoqué ladite réserve *c*). En tout état de cause, cette réserve de l'alinéa *c*) constitue un *contexte* aux fins de l'interprétation de la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration du Canada quoique l'arrêt garde aussi le silence le plus complet sur le rapport entre les deux réserves.

Quelles sont les conséquences à en tirer pour la présente procédure incidente? Que, dans la mesure où le défendeur prétendrait avoir une compétence exclusive concernant le titre pour adopter ou exécuter les mesures dont il est question dans la réserve de l'alinéa *d*) en haute mer sans égard aux navires visés, ou pour interpréter ces mesures exclusivement en fonction de son ordre juridique interne, la réserve de l'alinéa *c*) de la déclaration du Canada deviendrait applicable. Or, pour trancher ce point, la Cour devrait le faire, selon le texte même de la réserve de l'alinéa *c*), *d'après le droit international*. C'est ce que l'Etat déclarant a voulu dans sa déclaration, quoiqu'il se cache maintenant derrière sa prétendue intention sous-jacente.

314. Déjà en 1923, dans son avis consultatif n° 4 concernant un aspect du différend entre la France et la Grande-Bretagne au sujet des décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc (zone française) le 8 novembre 1921 et leur application aux ressortissants britanniques, la Cour permanente s'était prononcée sur la réserve objective de compétence exclusive de l'article 15, paragraphe 8, du Pacte de la Société des Nations comme suit:

«Il est également vrai que le seul fait que l'une des parties invoque des engagements d'ordre international pour contester la compétence exclusive de l'autre partie ne suffit pas pour écarter l'application du paragraphe 8. Mais dès que les *titres* invoqués sont de nature à permettre la *conclusion provisoire* qu'ils peuvent avoir une importance juridique pour le différend soumis au Conseil, et que la question de savoir si un Etat est compétent *pour prendre telle ou telle mesure se trouve subordonnée à l'appréciation de la validité et à l'interprétation de ces titres*, la disposition du paragraphe 8 de l'article 15 cesse d'être applicable et l'on sort du domaine exclusif de l'Etat pour entrer dans le domaine régi par le droit international.

Si l'on devait, pour répondre à une question de compétence exclusive, soulevée en vertu du paragraphe 8, se prononcer au fond sur la valeur des titres invoqués par les parties à ce sujet, cela ne serait guère conforme au système établi par le Pacte en vue d'assurer le règlement pacifique des différends internationaux.

En se basant sur les considérations qui précèdent, la Cour estime, contrairement aux conclusions finales du Gouvernement français, qu'elle n'est appelée à examiner *les arguments et titres invoqués* par les gouvernements intéressés *que dans la mesure nécessaire à l'appréciation de la nature du différend*. S'il est évident que *ces titres et arguments ne peuvent élargir ni les termes de la requête adressée à la Cour par le Conseil, ni la compétence que le Conseil a conférée à la Cour par sa résolution, il est également clair que la Cour doit les examiner pour se former une opinion sur la nature du différend visé par ladite résolution et au sujet duquel son avis est demandé.*» (*Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, C.P.J.I. série B n° 4*, p. 26; les italiques sont de moi.)

La majorité de la Cour a considéré plus commode de ne pas examiner la question des titres du Canada pour prendre les mesures dont il s'agit lors de son interprétation de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada.

315. L'arrêt laisse en effet totalement dans l'ombre la question du titre ou du défaut de titre international du Canada pour adopter et/ou exécuter les mesures prévues dans la réserve. Quelle est la raison de cette ignorance voulue? D'éviter justement que cette question, pourtant centrale pour la requête du demandeur, n'entre en ligne de compte dans la détermination de la compétence de la Cour dans l'affaire. Car le terme *différend* est le premier mot de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada que la Cour doit interpréter, et l'objet de ce différend est particulièrement déterminant pour trancher la question de la compétence de la Cour dans l'affaire.

316. Le titre ou le défaut de titre international du Canada pour adopter et/ou exécuter les mesures est certainement, dans la présente affaire, une question qui intervient aussi, d'une manière décisive, dans la présente procédure préliminaire sur la compétence de la Cour, quoiqu'en dise l'arrêt. Je la tiens donc toujours pour présente dans l'interprétation que je fais de la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration du Canada.

b) *Les « navires pêchant » de la réserve*

317. La réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration concerne des mesures adoptées et exécutées par le Canada « pour les navires pêchant » dans la zone de réglementation de l'OPANO. Elle est donc limitée géographiquement à cette zone. Le texte le dit et les Parties sont d'accord. Il s'agit d'une zone bien précise délimitée par la convention de l'OPANO de 1978. Elle est située à l'extérieur de la limite des 200 milles du Canada, c'est-à-dire en haute mer.

318. La requête de l'Espagne vise l'ensemble de la haute mer en tant qu'espace maritime soumis à un régime juridique qui lui est propre et pas seulement la zone de réglementation de l'OPANO. C'est un point à ne pas négliger dans la décision sur la compétence car l'objet du différend

soumis par la requête de l'Espagne ne concerne pas seulement le règlement du 3 mars 1995 portant application de la loi modifiée sur la protection des pêches côtières, ou l'arraisonnement de l'*Estai* trois jours plus tard (événements qui concernent effectivement la zone de réglementation de l'OPANO), mais l'*existence* d'une législation canadienne qui prétend ignorer le titre international de l'Espagne à l'exercice exclusif de sa juridiction sur ses navires en haute mer et qui pourrait s'étendre aussi, du seul fait du Canada, à des zones de la haute mer autres que la zone de réglementation de l'OPANO.

319. Indépendamment du fait que la législation canadienne devienne un jour applicable, par décision du Canada, à d'autres zones de la haute mer adjacentes aux zones maritimes exclusives du Canada, il y a aussi le fait que l'*Estai*, par exemple, a été poursuivi par des garde-côtes ou des patrouilleurs canadiens lorsqu'il pêchait dans la zone de réglementation de l'OPANO, et qu'une telle poursuite aurait pu avoir lieu en direction d'autres zones de la haute mer situées en dehors de la zone de réglementation de l'OPANO. En fait, la législation nationale canadienne, telle qu'elle se présente aujourd'hui, pourrait déjà viser en pratique, pour ce qui est d'une poursuite donnée, des zones de la haute mer situées bien au-delà de la zone de réglementation de l'OPANO. L'arrêt ne donne pas de réponse à cette question que soulève la requête de l'Espagne.

*

320. En mai 1994, lors de l'examen par le Parlement canadien du projet de loi C-29, le Gouvernement canadien a indiqué qu'il visait les navires apatrides et les navires battant un pavillon de complaisance. Dans les déclarations qu'il a faites au Sénat le 12 mai 1994, le ministre Ouellet qualifiait ces navires de navires pirates. Le ministre Tobin avait en outre, dans ses déclarations au Parlement, exclu expressément les navires espagnols et portugais. Toujours est-il que le premier règlement d'application de la loi modifiée sur la protection des pêches côtières du Canada, celui du 25 mai 1994, ne concernait que les navires apatrides et les navires battant un pavillon de complaisance. Or, les circonstances entourant le dépôt de la déclaration du 10 mai 1994 sont justement celles-là. Il n'est pas acceptable, pour interpréter la réserve de l'alinéa *d*) en droit international, de tenir compte des circonstances telles qu'elles se présentaient au mois de mars 1995! Alors, comment ceux qui adoptent comme objet de l'interprétation la prétendue intention sous-jacente du Canada et non pas le libellé de la réserve de l'alinéa *d*) répondent-ils à cette question? En disant que d'après des mécanismes internes insérés dans la loi canadienne, celle-ci pouvait être rendue applicable à d'autres navires pêchant dans la zone de réglementation de l'OPANO moyennant l'adoption de règlements (voir paragraphes 74-77 de l'arrêt). Cela est vrai en droit canadien. Mais en quoi cela participe-t-il à l'établissement en droit international de l'intention juridiquement pertinente du Canada aux fins de l'interprétation de la réserve de l'alinéa *d*)?

321. D'ailleurs, le moins que l'on puisse dire à ce propos, quoique l'arrêt soit d'un avis différent, c'est qu'en mai 1994 les messages parlementaires des ministres canadiens étaient équivoques et trompeurs, car ils semblaient limiter aux seuls «bateaux pirates» l'application de la législation canadienne en question. L'intention sous-jacente manifestée par les ministres canadiens n'était ni nette ni claire. M. Tobin lui-même parla du pouvoir du Parlement de désigner de nouvelles classes réglementaires de bateaux qui pourraient à l'avenir être assujettis à la loi modifiée (paragraphe 77 de l'arrêt).

322. Le principe de la bonne foi ne peut que jouer ici à plein dans l'interprétation d'une quelconque intention «sous-jacente» du Canada. Mais, l'arrêt, nous le savons déjà, ignore tout simplement la bonne foi dans l'interprétation qu'il fait de la réserve de l'alinéa *d*). Pour l'arrêt il n'y a donc là aucune contradiction avec les exigences d'un comportement de bonne foi. Mais dans la présente opinion, je base l'interprétation de la réserve canadienne sur des règles et méthodes objectives d'interprétation qui exigent que les termes de l'instrument soient interprétés de bonne foi. En tout état de cause, que l'interprétation soit objective ou subjective, il n'est pas raisonnable de conclure, à la lumière des moyens complémentaires d'interprétation invoqués par les Parties, que l'intention exprimée dans le règlement adopté le 3 mars 1995, c'est-à-dire près d'un an après la déclaration objet de l'interprétation, puisse être considérée comme une circonstance entourant le dépôt de la déclaration canadienne le 10 mai 1994. Pour l'interprétation, il s'agit évidemment d'une intention bien trop postérieure au dépôt de la déclaration.

*

323. Comme il est évident que l'interprétation subjectiviste de l'intention sous-jacente de mai 1994 ne lui permet pas d'aboutir au résultat voulu pour l'interprétation des termes «navires pêchant», le défendeur se proclame sur ce point farouchement littéraliste, en allant même jusqu'à déclarer, en réponse à des arguments espagnols, qu'il faut respecter les règles de grammaire! L'interprétation par le Canada du passage de l'arrêt de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* sur l'intention de l'Etat déclarant, cité *ad nauseam* par le défendeur, est mis quelque peu en sourdine dans le présent contexte. Et que fait l'arrêt à cet égard? Il suit une fois de plus la position du défendeur et change de méthode d'interprétation en fonction du point à interpréter.

324. Pour le Canada comme pour l'arrêt, les mots «navires pêchant» désignent dans la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration les navires pêchant dans la zone de réglementation de l'OPANO, car c'est ce que dit le texte de la réserve. Ainsi, la déclaration faite à la Chambre des communes le 11 mai 1994 par le ministre des pêches et des océans, M. Tobin, dans laquelle il dit, notamment, qu'il n'y a pas d'exception, n'est utilisée que pour confirmer le sens du texte. Mais il y a aussi les déclarations faites au Sénat le 12 mai 1994 par le ministre des affaires étrangères et du

commerce international, M. Ouellet, qui soulèvent des doutes sérieux sur l'interprétation que l'on fait du texte de la réserve de l'alinéa *d*). Comment le Canada et l'arrêt règlent-ils alors cet aspect des choses? En utilisant seulement quelques phrases choisies des déclarations de M. Ouellet et en oubliant le reste.

325. Bien que le texte de la loi modifiée du 12 mai 1994 parle en général des «bateaux de pêche étrangers» qui continuent d'exploiter des stocks dans la zone de réglementation de l'OPANO d'une manière qui compromet l'efficacité des «mesures valables» de conservation et de gestion, notamment celles prises sous le régime de la convention de l'OPANO de 1978 (mémoire de l'Espagne, annexes, vol. I, annexe 14, p. 70), le règlement d'application du 25 mai 1994 dit expressément que les classes réglementaires de bateaux sont respectivement les bateaux sans nationalité et les bateaux de pêche étrangers qui naviguent sous le pavillon d'un Etat visé au tableau III de son article 21, à savoir le Belize, les îles Cayman, le Honduras, le Panama, Saint-Vincent-et-Grenadines et la Sierra Leone (*ibid.*, annexe 17, p. 297-298). Ce n'est que dans le règlement du 3 mars 1995 que le Gouvernement canadien (et non le Parlement) a ajouté aux classes réglementaires de bateaux de pêche étrangers sus-indiquées «les bateaux de pêche étrangers qui naviguent sous le pavillon d'un Etat visé au tableau IV du présent article», à savoir le Portugal et l'Espagne (*ibid.*, annexe 19, p. 309 et 311)

326. Ces faits sont concluants sur un point, à savoir que la loi modifiée ne s'est pas appliquée, entre mai 1994 et mars 1995, aux navires espagnols et portugais ni aux navires d'un autre Etat participant à l'OPANO. A cela il faut ajouter que l'*intention juridiquement pertinente* en l'espèce est celle relative à la déclaration d'acceptation par le Canada de la juridiction obligatoire de la Cour et non pas l'intention des ministres et parlementaires canadiens concernant le champ d'application de la future loi modifiée et ses possibilités d'évolution à l'avenir; évolution qui pourrait d'ailleurs élargir ou limiter ladite application car, après l'accord d'avril 1995 entre le Canada et la Communauté européenne, on en est revenu à la situation existant entre mai 1994 et mars 1995. A présent, la loi modifiée ne s'applique à nouveau qu'aux navires «pirates» de mai 1994. Et pourtant la déclaration canadienne du 10 mai 1994 est toujours la même!

327. Est-ce que cela veut dire que la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration de 1994 n'a à présent aucun *effet utile* comme voudrait le faire croire le Canada lorsqu'il rejette telle ou telle interprétation espagnole de la réserve? On est en droit de se le demander étant donné la facilité avec laquelle le défendeur invoque l'effet utile à propos de l'interprétation de ladite réserve. Car le Canada a plaidé que si les navires battant pavillon espagnol ou portugais ou d'un autre Etat pêchant dans la zone de réglementation de l'OPANO tombaient en dehors du champ d'application de la réserve celle-ci n'aurait aucun effet utile. Encore une fois, je suis obligé de le dire, le Canada plaide une chose et son contraire.

328. L'intention générale qui sous-tend en mai 1994 le débat du projet

de loi C-29 et du règlement du 25 mai 1994, quoique confuse, n'est pas cependant que ces dispositions du droit canadien s'appliquent aux navires des Etats membres de l'Union européenne pêchant dans la zone de réglementation de l'OPANO. Pour ces pays, en cas de besoin, on allait faire appel à la diplomatie canadienne. Les déclarations que le ministre des affaires étrangères, M. Ouellet, a faites au Sénat le 12 mai 1994 sont concluantes à cet égard. Or, c'est le 10 mai 1994 que le Canada dépose sa déclaration auprès du Secrétaire général des Nations Unies et non pas en mars 1995.

329. L'intention du Canada en mai 1994 est donc loin de ce qui a été fait en mars 1995. Or, si l'on examine l'intention sous-jacente, la seule intention qui peut compter est celle qui sous-tend le dépôt de la déclaration et non pas une intention quelconque postérieure à ce dépôt. C'est sans doute pour éviter cette contradiction frappante que le Canada et l'arrêt abandonnent sur le point considéré leur thèse interprétative générale sur l'intention et se tournent cette fois-ci vers le texte de la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration du Canada.

*

330. Pour ma part, j'applique à l'interprétation de la déclaration du Canada, l'interprétation objective, c'est-à-dire des règles et des méthodes interprétatives qui partent du texte de l'instrument objet de l'interprétation, sans exclure pour autant des éléments relatifs à la détermination de l'intention dans la mesure et pour les fins admises en droit international. A ce propos, je constate que le texte comme tel est applicable à tous les navires. L'intention sous-jacente du Canada est moins claire. Un doute raisonnable est permis. C'est dans les limites de ce doute que doit jouer la bonne foi dans l'interprétation.

En tout cas, le Canada n'a pas modifié en 1995 les termes dans lesquels il a donné en 1994 son consentement à la juridiction obligatoire de la Cour. Il n'a pas fait usage du droit de modification réservé dans le paragraphe 3 de la déclaration. Modifier sa déclaration par voie interprétative après dépôt de la requête de l'Espagne n'est compatible ni avec le système de la clause facultative, ni avec une interprétation de bonne foi.

Il faut ajouter qu'en droit international une interprétation de bonne foi ne peut pas non plus s'en tenir pour certains points au texte de la déclaration et pour d'autres points renvoyer à l'intention dite sous-jacente du Canada qui évoluerait en plus au fil des mois ou, encore, aux motifs que le Canada aurait pu avoir lorsqu'il a fait et déposé la déclaration du 10 mai 1994. Il faut choisir.

*

331. La conclusion que les mots «pour les navires pêchant» de la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration du Canada s'applique à tous les

navires a cependant une conséquence négative pour l'argument de l'*effet utile* de la réserve avancé par le Canada, car les «navires canadiens» tombent aussi alors dans le champ d'application éventuel de la réserve.

Qu'est-ce que cela veut dire? Tout simplement que si le Canada un jour adopte unilatéralement des mesures «dites» de gestion et de conservation dans la zone de réglementation de l'OPANO, mais favorables en fait aux navires canadiens au détriment des navires des autres Etats ou de certains de ceux-ci (par exemple en matière de répartition de quotas du TAC), les différends qui pourraient en résulter entre Etats sont exclus du consentement du Canada à la juridiction de la Cour exprimé dans la déclaration de 1994.

332. Le Canada, par contre, garde le silence sur cet *effet utile* possible, et pas du tout négligeable, des mots «pour les navires pêchant» de la réserve. C'est l'évidence même que si l'on s'attache sur ce point à l'interprétation littérale les navires canadiens pêchant dans la zone OPANO entrent dans la réserve. Cette conclusion n'est pas absurde du tout. Car, ce qui serait exclu de la juridiction de la Cour par la réserve, ce ne sont pas les rapports entre le Canada et les navires canadiens, mais les rapports entre le Canada et un autre Etat pour ce qui est des mesures adoptées ou exécutées par le Canada à l'égard des navires canadiens, mesures qui pourraient bien être discriminatoires à l'égard des navires battant le pavillon d'un autre Etat ou contraires aux intérêts de ce dernier Etat dans les pêches en question. Si, à cela s'ajoutent les navires apatrides et ceux battant pavillon de complaisance, on peut constater facilement que la non-application de la réserve de l'alinéa *d*) à d'autres navires ne priverait pas du tout celle-ci d'effet utile. En fait, c'est la situation qui existait avant le 3 mars 1995 et qui existe après le début de mai 1995, c'est-à-dire la situation actuelle.

c) *Les «mesures de gestion et de conservation» de la réserve et la non-définition de ces mesures dans la déclaration*

333. Comme je l'ai déjà mentionné, le Canada aurait pu formuler la réserve de l'alinéa *d*) de sa déclaration de 1994 en parlant tout simplement des «mesures adoptées par le Canada...». Cette formule aurait alors compris toutes les mesures possibles et imaginables adoptées par le Canada. Mais le Canada ne l'a pas fait dans l'exercice de sa souveraineté. Pour ma part, je me refuse, dans le contexte de l'interprétation de la réserve, à entrer dans le débat qui consiste à se demander pourquoi le Canada ne l'a pas fait. C'est un domaine qui concerne les choix politiques internes du Canada, tout comme faire ou ne pas faire une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour. Je ne saurais admettre ce genre d'interprétations subjectives dans le cadre du système de la clause facultative. C'est l'intention exprimée dans la déclaration que j'interprète dans la présente opinion.

334. Au demeurant, on touche ici une limitation objective de la réserve

voulue expressément par l'Etat déclarant et qui fait partie du texte de la réserve. Les mesures de la réserve *doivent être des «mesures de gestion et de conservation»*. Nous ne sommes pas devant des motifs ou même une intention sous-jacente quelconque, mais bel et bien devant une intention qui se manifeste dans le libellé du texte. Par ailleurs, ni la réserve de l'alinéa *d)* ni aucune autre partie de la déclaration canadienne ne définissent l'expression «mesures de gestion et de conservation», directement ou indirectement, ni n'attribuent un sens particulier à cette expression ou à l'un quelconque des termes la composant.

335. En l'absence d'une définition particulière — directe ou indirecte — donnée par le Canada, l'expression «mesures de gestion et de conservation» utilisée dans la réserve de l'alinéa *d)* ne peut être interprétée qu'à la lumière du droit international général. La qualification, dans le texte de la réserve, du terme «mesures» par les mots «de gestion et de conservation» et la non-définition de l'expression dans la déclaration elle-même traduisent l'intention objective de l'Etat déclarant de lui attribuer le sens qu'elle a en droit international, cadre juridique de référence des déclarations relevant du système de la clause facultative. En outre, l'application des règles d'interprétation conduit à la même conclusion car les règles pertinentes de droit international applicables dans les relations entre les parties sont un des éléments interprétatifs admis dont il faut tenir compte «en même temps que du contexte».

336. De surcroît, le Canada lui-même a insisté lors des audiences sur le *caractère générique* de l'expression «mesures de gestion et de conservation» de la réserve de l'alinéa *d)* de sa déclaration en invoquant la jurisprudence de l'arrêt sur le *Plateau continental de la mer Egée*. Ce faisant, il a reconnu dans le présent incident préliminaire le rôle du droit international dans l'interprétation de l'expression «mesures de gestion et de conservation» de la réserve car, dans l'affaire de la *Mer Egée*, il est question du sens que revêtent en droit international certains termes incorporés dans un instrument juridique international. Cet arrêt interprète l'expression «statut territorial» d'après le droit international et l'évolution que celui-ci a connue.

337. Ainsi, pour apprécier si les mesures adoptées par le Canada en mars 1995 à l'encontre des navires battant pavillon espagnol étaient des «mesures de gestion et de conservation» au sens de la réserve de l'alinéa *d)* de la déclaration du Canada du 10 mai 1994, il faut se tourner vers le droit international. Et il faut le faire parce que cela découle de la déclaration elle-même et des règles d'interprétation du droit international.

*

338. L'arrêt lui-même reconnaît que la Cour doit interpréter la réserve de l'alinéa *d)* du paragraphe 2 de la déclaration du Canada en s'enquérant du sens que l'expression «mesures de gestion et de conservation» y

revêt «à la lumière du droit international» (paragraphe 69 de l'arrêt). On aurait pu croire que l'arrêt finissait par se mettre au diapason du droit international, mais ce n'est pas du tout le cas. En effet, dans le paragraphe suivant, l'arrêt nous dit que «[s]elon le droit international, pour qu'une mesure puisse être qualifiée de «mesure de gestion et de conservation, *il suffit* qu'elle ait pour objet de gérer et de conserver des ressources biologiques et réponde à diverses *caractéristiques techniques*» (les italiques sont de moi). Pour l'arrêt, l'auteur des mesures, les zones maritimes qu'elles affectent et/ou la manière dont leur exécution est prévue ne sont pas des éléments de la définition des «mesures de gestion et de conservation» en droit international. Ces derniers éléments n'entreraient en ligne de compte qu'aux fins d'apprécier la licéité des mesures dont il s'agit au regard du droit international (paragraphe 70 de l'arrêt).

339. L'auteur de la présente opinion est en total désaccord avec cette conclusion de l'arrêt. Les mesures «de gestion et de conservation» sont définies en droit international par rapport à des critères juridiques et pas seulement ou exclusivement selon des critères techniques. L'arrêt affirme par contre tardivement que «[l]e droit international qualifie donc les «mesures de gestion et de conservation» par rapport à des critères factuels et scientifiques» (paragraphe 70 de l'arrêt), mais sans apporter la preuve de la *pratique internationale* ni de l'*opinio juris* des Etats. L'arrêt confond ici, en fait, le droit international général avec les règlements d'application de la loi canadienne sur la protection des pêches côtières et leurs annexes ou, encore, avec d'autres législations nationales qu'il mentionne sans les analyser! Nous allons voir ci-dessous que le droit international général cristallisé dans la convention sur le droit de la mer de 1982 ainsi que des accords internationaux y relatifs récemment conclus sont d'un autre avis, par exemple, l'accord de la FAO de novembre 1993, intitulé «Accord visant à favoriser le respect par les navires de pêche en haute mer des mesures internationales de conservation et de gestion» et l'accord des Nations Unies du 4 décembre 1995 dénommé «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 de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs». Je suis donc entièrement d'accord avec la critique qui est faite aussi dans d'autres opinions dissidentes de la conclusion de la majorité sur le sens à attribuer en droit international à l'expression «mesures de gestion et de conservation» des ressources biologiques de la haute mer. Les références que l'arrêt fait à ce propos à l'article 62 de la convention sur le droit de la mer de 1982, à certains autres accords et conventions et à certains textes de l'Union européenne et de l'OPANO ne sauraient être acceptées comme preuve de la *pratique internationale* ni comme constatation de l'*opinio juris* des Etats en la matière.

340. Pour arriver à sa conclusion sur le sens de ladite notion en droit international — et aussi dans la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration canadienne compte tenu du silence de celle-ci à cet égard —, l'arrêt fait intervenir une fois encore la question de la *licéité des mesures* (voir le paragraphe 70). Mais, il admet que la question de l'existence et du contenu de la notion en droit international est une question de *définition* quoique, d'après lui, rechercher si une action déterminée, incluse dans le champ d'application de la notion, enfreint les prescriptions normatives dudit ordre juridique, serait toujours une question de licéité. C'est bien sur le terrain de la définition de la notion qu'il faut se placer pour interpréter l'expression considérée dans le présent incident préliminaire sur la compétence mais il arrive souvent, comme pour ce qui est de la définition des « mesures de gestion et de conservation » en droit international de la mer, que la définition de la notion comporte des éléments ou des critères juridiques et pas seulement techniques, factuels ou scientifiques. Et il arrive aussi que la question de la licéité puisse faire partie de la définition même d'une notion juridique déterminée. Dans des situations de ce genre, la conclusion dans un incident préliminaire pourrait bien être qu'une objection ou exception donnée n'a pas un caractère exclusivement préliminaire. En fait, c'est pour écarter cette possibilité que l'arrêt s'efforce d'exclure de la notion des « mesures de gestion et de conservation » tout critère juridique en tant qu'élément relatif à l'existence ou au contenu de la notion, c'est-à-dire de sa définition.

*

341. Reprenons mes propres considérations sur la question à l'examen. Le recours au droit international pour interpréter l'expression « mesures de gestion et de conservation » se trouve facilité en l'espèce par le contexte de l'expression même dans la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration du Canada, car il ressort de celle-ci qu'il s'agit de mesures de gestion et de conservation adoptées par le Canada pour des navires pêchant dans la zone de réglementation de l'OPANO et de l'exécution de telles mesures. Le contexte place ainsi l'interprète dans le cadre d'un domaine déterminé du droit international, à savoir celui du droit de la mer et, à l'intérieur du droit international de la mer, dans le régime juridique applicable à une seule zone d'un espace maritime bien déterminé, à savoir la zone de réglementation de l'OPANO en *haute mer*.

342. Nous ne sommes pas devant le texte d'une réserve qui renvoie à deux ou à plusieurs espaces maritimes. La réserve de l'alinéa *d*) n'exclut pas, par exemple, de la juridiction obligatoire de la Cour des différends concernant des mesures de gestion et de conservation adoptées par le Canada pour sa zone économique exclusive. Cela facilite aussi beaucoup la tâche de l'interprète parce que, contrairement à ce que le Canada et l'arrêt affirment, les mesures de gestion et de conservation des ressources biologiques de la mer ne sont pas définies de la même manière pour tous les espaces maritimes reconnus par le droit international. Et pourquoi en

est-il ainsi? Parce que le droit international tient compte à cet égard du régime juridique général de l'espace maritime en cause, de l'auteur des mesures en question et de la nature des mesures adoptées.

343. Certes, il y a des mesures de gestion et de conservation en haute mer, mais elles ne se définissent pas de manière similaire à celles, par exemple, applicables dans la zone économique exclusive d'un Etat. La gestion et la conservation des ressources biologiques sont un objectif du droit de la mer, une valeur sociale, protégée par l'ordre juridique international, qui s'applique aux différents espaces maritimes reconnus, mais les «mesures de gestion et de conservation» n'ont ni la même existence ni le même contenu dans tous ces espaces du fait précisément des différences existant entre leurs régimes juridiques respectifs. Une mesure qui en droit international est une mesure de gestion et de conservation dans une zone économique exclusive peut très bien ne point être une telle mesure en haute mer. L'arrêt néglige ce qui pour moi est si évident, tombe sous le sens, sans aucune démonstration véritable de la pratique internationale des Etats et de leur *opinio juris*.

344. Le droit international — comme les ordres juridiques internes d'ailleurs — est un système cohérent. Par exemple, si un agent canadien adopte une mesure non prévue parmi les mesures que le droit canadien reconnaît comme étant des mesures de gestion ou de conservation, la mesure en question peut-elle être qualifiée de mesure de gestion et de conservation dans ledit ordre juridique? Le Canada a affirmé le contraire dans le présent incident. Par exemple, lorsqu'il a répondu aux arguments sur l'application extraterritoriale de son code criminel ou sur l'usage de la force. Les choses se passent *mutatis mutandis* de la même manière en droit international. Celui-ci prend en considération l'auteur de la mesure, l'espace maritime en cause, l'objet et la nature de la mesure et la manière de l'exécuter au niveau de sa définition des «mesures de gestion et de conservation» des ressources biologiques de la mer.

345. Voyons encore d'autres exemples en guise d'illustration. Lorsqu'un agent de la paix d'un Etat déterminé et un terroriste privent une personne de sa liberté, est-ce que la qualité ou condition de l'auteur de la mesure n'intervient pas et peut-on toujours parler de «mesure de police»? Et lorsque ledit agent de la paix poursuit et arrête un malfaiteur sur le territoire d'un Etat voisin, ces actes sont-ils toujours une mesure rentrant dans la définition de la notion «mesure de police»? Les systèmes juridiques ne prennent pas en considération seulement l'objet factuel ou matériel de la mesure, voire son but, lorsqu'ils définissent un type déterminé de mesures admises. Ils font aussi intervenir, aux fins d'une telle définition, d'autres critères qui, de ce fait, sont autant de critères juridiques de la définition des mesures dont il s'agit. Le droit international fait de même.

*

346. Considérons maintenant les interprétations respectives que les Parties ont données à l'expression «mesures de gestion et de conserva-

tion» dans la réserve de l'alinéa *d*) du Canada, en commençant par celle du demandeur. L'Espagne affirme tout d'abord que la gestion et la conservation de ressources ne concernent pas l'objet du différend qu'elle a soumis à la Cour, à savoir le *titre international* du Canada pour exercer sa juridiction en haute mer à l'égard des navires espagnols et de leurs équipages. Pour l'Espagne, la prétention d'un Etat côtier à l'exercice unilatéral d'une compétence sur les espaces maritimes internationaux de la haute mer ou sur des navires étrangers se trouvant dans lesdits espaces ne saurait se cacher derrière l'alibi de la gestion et de la conservation des ressources. Or, la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration canadienne parle de «mesures de gestion et de conservation pour les navires pêchant» et non pas de la juridiction ou des droits du Canada en haute mer vis-à-vis d'autres Etats ou des navires battant pavillon d'autres Etats se trouvant en haute mer.

347. Pour l'Espagne, derrière la législation canadienne sur la protection des pêches côtières se cacherait la prétention du Canada de vouloir étendre sa souveraineté sur des espaces internationaux de la haute mer au détriment des droits des autres Etats souverains dans ces espaces, en procédant même pour ce faire à une application extraterritoriale de sa législation pénale et en autorisant l'usage de la force.

348. D'après l'Espagne, le régime juridique de la *haute mer* fait qu'il est impossible que le Canada soit en possession d'un titre international l'autorisant à exercer sa juridiction sur des navires espagnols se trouvant en haute mer. Un tel titre ne découlerait pas du droit général de la mer ni non plus de la convention de l'OPANO de 1978 et il n'existe pas d'accord bilatéral entre l'Espagne et le Canada permettant de tels agissements canadiens à l'encontre de navires espagnols dans les eaux internationales. Certes, le Canada invoque sa législation nationale mais celle-ci n'est pas opposable aux autres Etats, y compris l'Espagne, car elle n'est pas fondée sur un titre de droit international.

349. L'Espagne souligne aussi que, d'après son texte, la réserve de l'alinéa *d*) n'exclut de la juridiction obligatoire de la Cour qu'une seule catégorie de mesures: les «mesures de gestion et de conservation». L'Espagne n'admet pas pourtant que cette expression puisse être interprétée comme englobant d'autres faits, licites ou illicites, ou d'autres catégories possibles de mesures telles que, par exemple, celle de «mesures d'exécution».

350. L'Espagne estime aussi qu'ayant été formulées en termes d'une *catégorie objective non définie autrement dans la déclaration* (par exemple, par un renvoi à la législation canadienne), les mesures en question doivent être de véritables «mesures de gestion et de conservation» *en droit international* pour pouvoir entrer dans le champ d'application de la réserve de l'alinéa *d*). A l'égard du droit international et de la pratique internationale, d'après l'Espagne, les différentes mesures adoptées et exécutées par le Canada en l'espèce n'étaient pas au regard de ce droit et de cette pratique de véritables «mesures de gestion et de conservation». Elles ne seraient pas en conséquence couvertes par la réserve de l'alinéa *d*). Elles ne seraient que des *simples comportements de fait*, voire des *faits illicites internationaux*.

351. La loi modifiée sur la protection des pêches côtières du Canada, avec la prétention qu'elle comporte d'exercer la juridiction canadienne sur des navires étrangers en haute mer, l'extension du droit pénal canadien aux équipages des navires étrangers en haute mer et l'autorisation d'utiliser la force contre ces équipages et navires, ne saurait être qualifiée de « mesure de gestion et de conservation » dans le droit international de la haute mer. Même l'article 73 de la convention sur le droit de la mer de 1982 relatif à la mise en application des lois et règlements de l'Etat côtier dans sa zone économique exclusive n'envisage pas l'application du droit pénal contre les navires étrangers et leur équipages se trouvant dans ladite zone.

352. De l'emploi de l'expression « mesures de gestion et de conservation » dans le texte de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration canadienne, l'Espagne tire deux conclusions principales, à savoir : *a*) que *l'effet utile de la réserve est plus limité* que ne l'affirme le Canada ; et *b*) que *la réserve n'est pas susceptible d'application* au différend qu'elle a soumis à la Cour à la suite des événements de mars 1995. Si l'intention du Canada avait été en 1994 celle qu'il affirme être dans le présent incident préliminaire, le Canada aurait alors, selon l'Espagne, commis une incohérence ou une erreur dans la rédaction de la réserve, car celle-ci n'est pas objectivement susceptible d'application à des événements comme ceux qui ont eu lieu en mars/avril 1995. La réserve n'était pas susceptible de s'appliquer à ces événements. Son propre texte l'empêcherait. A cet égard, des conseils de l'Espagne ont qualifié la réserve de *bancale*. Il appartient au Canada d'assumer maintenant les conséquences de son fait de 1994 lorsqu'il a rédigé et déposé sa déclaration. Il n'appartient pas aux autres Etats déclarants, comme l'Espagne, d'assumer les conséquences de ce qui ne serait que le résultat du seul fait du Canada.

353. En ce qui concerne l'insistance du Canada sur le contenu ou l'objet factuel des mesures comme critère privilégié pour l'interprétation de l'expression « mesures de gestion et de conservation », l'Espagne a souligné que cette prise de position canadienne méconnaissait le principe d'intégrité dans l'interprétation de la déclaration, l'instrument objet de l'interprétation étant la déclaration et non pas seulement la réserve de l'alinéa *d*). En d'autres termes, l'interprétation de cette réserve ne devrait pas se faire sans tenir compte de la déclaration dans son ensemble, des propos tenus en 1994 par les ministres responsables lors des débats parlementaires sur le projet de loi C-29 (navires dits « pirates ») et de l'objet du différend soumis à la Cour par l'Espagne (« titre » du Canada).

354. Finalement, pour l'Espagne, les catégories juridiques ne peuvent pas être arbitraires et leur capacité évolutive éventuelle ne doit pas être confondue avec la volatilité du sens et de la portée des termes employés. Les termes, y compris les génériques, s'adaptent aux circonstances, mais ils ne sauraient dénaturer les catégories juridiques dont il s'agit. Ainsi, le caractère générique éventuel de ladite expression dans la réserve dont excipe le Canada ne saurait convertir celle-ci en un véritable trou noir,

d'autant plus que les mesures adoptées par le Canada en mars 1995 n'étaient même pas des «mesures de gestion et de conservation» dans le cadre de la convention de l'OPANO.

*

355. Partant de l'affirmation selon laquelle le mot «mesures» est un terme large qui embrasse toutes sortes d'actions, y compris législatives, visant à atteindre une fin ou un but, le Canada a affirmé le caractère large et englobant des mots «de gestion et de conservation» dans la réserve de l'alinéa *d*). Ces mots n'emporteraient aucune restriction particulière si ce n'est que la mesure doit bien évidemment viser les ressources halieutiques et leur exploitation rationnelle. Les termes qualificatifs «gestion et conservation» recouvreraient toutes les mesures prises par l'Etat canadien (législatives, réglementaires, administratives) relativement aux ressources biologiques de la mer (protection des ressources, conservation proprement dite, gestion des pêches).

356. Cette conception large des «mesures de gestion et de conservation» de la réserve de l'alinéa *d*) conduit en fait le Canada à assimiler jusqu'à un certain point ces mesures à des mesures *pour ou concernant* la gestion et la conservation. Une mesure serait, pour le Canada, une mesure de gestion et de conservation si elle est conçue dans le but de gérer et de conserver des pêcheries ou si, de par son contenu ou son objet, on pourrait conclure qu'elle concerne la gestion et la conservation des pêcheries. Les mesures adoptées par le Canada n'auraient rien d'inhabituel en matière de gestion et de conservation des pêcheries et elles se retrouveraient dans les accords internationaux et dans des législations nationales sur la pêche de sorte qu'elles seraient des «mesures de gestion et de conservation» aux fins de la réserve de l'alinéa *d*). En tout état de cause, contenu et objet factuels et but recherché seraient les éléments à retenir pour définir les «mesures de gestion et de conservation» de la réserve.

Le Canada a quand même admis que l'expression «mesures de gestion et de conservation» de la réserve renvoie à une *catégorie générique* de mesures qui serait d'ailleurs ouverte à des évolutions futures, après avoir reproché à l'Espagne de limiter la portée de l'expression à ce qui a été fait à cet égard par le passé. Et il a aussi parlé de la «nature» des mesures en question.

357. Le Canada soutient aussi que l'expression «mesures de gestion et de conservation» de la réserve de l'alinéa *d*) englobe tant les mesures conformes que celles contraires au *droit international* car — dit-il — une mesure est une mesure qu'elle soit licite ou non (voir, par exemple, CR 98/12, p. 11-14, 16). Si elle concerne la gestion et la conservation, la mesure, même si elle est illicite, serait une mesure de gestion et de conservation, car le libellé de la réserve ne parle pas de mesures autorisées ou de mesures internationalement licites ou, encore, de mesures prises en vertu d'un titre valable (il y a ici une tentative de renversement de la règle

d'interprétation concernant la présomption de régularité des actes juridiques en cas de silence de l'instrument objet de l'interprétation dont j'ai déjà parlé dans la présente opinion). Quoi qu'il en soit, d'après le Canada, la thèse espagnole selon laquelle les mesures ne sauraient, en l'absence de titre, être considérées comme des «mesures de gestion et de conservation» serait contredite par le libellé de la réserve canadienne.

358. L'existence ou l'absence de titre et la licéité ou l'illicéité des mesures adoptées ne permettraient nullement, d'après le Canada, de répondre à la question de savoir si la réserve est applicable en l'espèce, car il s'agit là d'une question sur laquelle la Cour aurait à se prononcer au stade du fond. Faire passer le fond avant la compétence serait une absurdité selon le Canada. Cet argument canadien ne répond qu'en partie à la thèse espagnole, car cette dernière ne se fonde pas seulement sur l'*illicéité* des mesures adoptées par le Canada mais aussi sur leur *inexistence* en tant que «mesures de gestion et de conservation» dans le droit international de la haute mer.

*

359. C'est l'évidence même que le Canada a cherché, dans les thèses et arguments qu'il a développés sur la définition de l'expression ici considérée, à surmonter l'obstacle considérable que représentait pour lui — étant donné le libellé de la réserve — le *régime juridique de la haute mer*. C'est pour cela que les conseils du Canada se sont trouvés dans la nécessité de souligner maintes fois que, ce qui compte, c'est le contenu ou l'objet factuel des mesures plutôt que les régimes ou les catégories juridiques. On peut lire, par exemple, dans les comptes rendus des audiences que les mesures adoptées et exécutées en 1995 à l'encontre des navires espagnols étaient des mesures de gestion et de conservation parfaitement ordinaires à ceci près qu'elles ont été appliquées dans une zone de la haute mer ou, encore, que *la seule chose qui les distinguent* est le lieu où le Canada les a appliquées. Il y a donc quelque chose qui distingue lesdites mesures de 1995 des mesures de gestion et de conservation ordinaires et cela, le Canada l'admet tout de même, quoique bien discrètement.

360. Ayant admis l'inévitable, le Canada a fait de son mieux pour minimiser les effets de cette reconnaissance dans l'interprétation de l'expression «mesures de gestion et de conservation» dans la réserve de l'alinéa *d*). C'est alors qu'il accusera l'Espagne de confondre ce qui est essentiel et ce qui est accessoire. La zone géographique ou le lieu de leur application, voire l'auteur de la mesure, ne relèverait pas de l'*essence* des mesures de gestion et de conservation. Ce seraient donc des éléments accessoires. L'arrêt suit à la lettre cette thèse canadienne (voir le paragraphe 338 de la présente opinion). La distinction entre «notion» et «essence de la notion» (ou «caractéristiques essentielles de la notion») de la majorité est empruntée aux plaidoiries canadiennes et non pas au droit international.

361. Pour le Canada, le régime juridique de l'espace maritime où les mesures s'appliquent, ou qui les adopte ou à qui elles s'appliquent dans un tel espace ou comment elles s'exécutent, seraient des éléments sans importance pour la définition des «mesures de gestion et de conservation» de la réserve. Il faut tout simplement lire la convention sur le droit de la mer de 1982 (ou les accords mentionnés ci-dessus) pour se convaincre du contraire. Mais, pour le Canada comme pour l'arrêt, les critères juridiques n'entreraient pas en ligne de compte pour l'interprétation et l'application de la réserve de l'alinéa *d*). Aux dires des conseils canadiens, ils ne seraient pas des «éléments suffisamment objectifs»! Que les mesures s'appliquent à l'intérieur ou à l'extérieur des 200 milles serait donc dénué d'importance, d'après le Canada et l'arrêt, aux fins de l'interprétation de l'expression «mesures de gestion et de conservation» de la réserve.

362. Or, il faut dire que la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration canadienne ne définit pas du tout l'expression «mesures de gestion et de conservation» en fonction du contenu ou de l'objet factuel des mesures adoptées ou exécutées par le Canada. Ces mots ne figurent que dans des arguments avancés par le Canada dans le présent incident préliminaire. Le Canada qualifie en effet la loi modifiée et ses règlements d'application de mesures de gestion et de conservation en invoquant à cet égard leur contenu ou objet factuel et leur but. Mais ces termes ne font pas partie du texte de la réserve insérée dans la déclaration et ne se dégagent pas non plus des moyens complémentaires d'interprétation de la déclaration soumis à la Cour par les Parties. Je n'ai trouvé dans les comptes rendus parlementaires relatifs au projet de loi C-29 aucune définition par les responsables canadiens de l'expression «mesures de gestion et de conservation» de la réserve de l'alinéa *d*). Le Canada a reconnu que la loi modifiée sur la protection des pêches côtières prévoit des sanctions en cas d'infractions et qu'elle contient des dispositions consacrées à l'application du droit pénal canadien dans la zone de réglementation de l'OPANO, quoique strictement limitées, dit-il, aux cas où les infractions sont commises au cours de l'application de la loi. Ainsi, directement liées à l'application des mesures de gestion et de conservation adoptées par le Canada, les dispositions en question seraient alors couvertes par la réserve.

363. Les arguments initiaux canadiens concernant la définition des mesures de la réserve de l'alinéa *d*) évolueront au cours de la phase orale. A l'audience, les conseils du Canada chercheront des termes de référence plus objectifs pour démontrer que les mesures adoptées et exécutées par le Canada en mars 1995 à l'encontre des navires espagnols dans la zone de réglementation de l'OPANO étaient bel et bien des «mesures de gestion et de conservation» aux fins de l'interprétation de la réserve. Ainsi, les différents alinéas du paragraphe 4 de l'article 62 de la convention sur le droit de la mer de 1982 ont été mentionnés (l'arrêt le fait aussi) comme preuves du fait que les mesures appliquées aux navires espagnols figurant dans le tableau V du règlement du 3 mars 1995 étaient des mesures de

gestion et de conservation. Il s'agit bien entendu d'une disposition relative à la zone économique exclusive et non pas à la haute mer, tout comme les articles 61 et 73 de cette convention qui ont été aussi mentionnés par les conseils du Canada. Ceux-ci ont également indiqué que l'accord de 1995 sur les stocks chevauchants emploie l'expression «mesures de conservation et de gestion», que l'ensemble de cet accord concerne la haute mer et que les mesures de gestion et de conservation de l'OPANO s'appliquent dans une zone de la haute mer. Ils oublient cependant l'essentiel, à savoir qu'il s'agit des mesures appliquées en zones de la haute mer, qui sont *prévues dans des accords internationaux conclus entre les Etats intéressés!* On est donc bien loin des mesures adoptées et exécutées par le Canada en 1995 à l'encontre des navires battant pavillon espagnol se trouvant en haute mer. La majorité va s'attacher à parachever ces efforts canadiens par des recherches supplémentaires qui n'apportent rien de nouveau, mais que l'arrêt présente comme s'il s'agissait de véritables preuves de la pratique internationale des Etats et de leur *opinio juris* pour ce qui est de la définition des «mesures de gestion et de conservation».

364. Finalement, à ces ambiguïtés canadiennes, il faut ajouter celle relative à la position du Canada dans la présente instance sur la convention de l'OPANO de 1978 et son système. Or, on est ici devant des engagements conventionnels du Canada applicables à la zone de la haute mer où les événements de mars/avril 1995 se sont produits. Les conseils du Canada se sont cependant opposés à ce que l'on définisse les «mesures de gestion et de conservation» de la réserve de l'alinéa *d)* par rapport à la convention de l'OPANO, malgré les références à l'OPANO et aux mesures adoptées par celle-ci dans la loi modifiée sur la protection des pêches côtières du Canada. Est-ce que ces dispositions ne font pas partie de l'intégrité de la loi que la réserve était censée protéger d'après le ministre Ouellet?

*

365. Quels sont le sens et la portée de l'expression «mesures de gestion et de conservation» dans le droit international en vigueur concernant la haute mer? Pour répondre à la question, il faut se tourner vers certains principes du nouvel ordre juridique de la mer que les Etats se sont donnés à partir de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer et de la conclusion de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982. C'est dans cette convention que les tout derniers principes généraux concernant la gestion et la conservation des ressources biologiques de la haute mer se sont cristallisés.

366. La jurisprudence de la Cour a confirmé à plusieurs reprises, et dans des contextes différents, que d'une manière générale la convention de 1982 reflète la pratique des Etats dans les relations internationales contemporaines relatives au droit de la mer, ainsi que leur *opinio juris* à cet égard. Il faut ajouter que la déclaration du Canada fut déposée le

10 mai 1994, c'est-à-dire environ douze ans après la conclusion de la convention sur le droit de la mer et que le Canada fut un des Etats les plus actifs au sein de la troisième conférence. Il convient aussi de rappeler que le Canada a une zone économique exclusive de 200 milles et possède d'autres droits en tant qu'Etat côtier en vertu du nouvel ordre juridique de la mer que l'Espagne et d'autres Etats ont accepté. Au cours de la présente procédure incidente, tant l'Espagne que le Canada ont cité des dispositions de la convention sur le droit de la mer de 1982 à l'appui de leurs thèses respectives sur l'interprétation de la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration du Canada.

367. Aujourd'hui comme hier, le droit international proclame la liberté de la haute mer et prévoit qu'aucun Etat ne peut légitimement prétendre soumettre une partie quelconque de la haute mer à sa souveraineté. Cette liberté de la haute mer comporte pour les Etats une série de droits et notamment la liberté de navigation et la liberté de pêche. La liberté de la haute mer s'exerce dans les conditions prévues par les dispositions de la convention de 1982 et les autres règles du droit international, c'est-à-dire qu'elle ne s'exerce pas dans les conditions prévues par la législation nationale d'un Etat, quel qu'il soit. En outre, chaque Etat doit exercer les libertés que comporte pour lui la liberté de la haute mer en tenant dûment compte de l'intérêt que présente l'exercice de cette liberté pour les autres Etats (articles 87 et 89 de la convention de 1982).

368. Conscient de la nécessité de protéger tous les droits et intérêts en cause dans tous les différents espaces maritimes reconnus, le droit international exige même que les «*lois et règlements de l'Etat côtier*» en matière de conservation applicables à sa propre zone économique exclusive soient *compatibles* avec la convention sur le droit de la mer de 1982 (art. 62, par. 4). On voit ainsi que la nature des «*mesures de gestion et de conservation*» n'est indifférente, tant s'en faut, ni à l'*auteur* des mesures en question ni au régime général de l'*espace maritime* où elles sont censées être appliquées. Affirmer le contraire, comme le fait l'arrêt, ne me semble pas conforme au droit de la mer. En outre, le sens dit «*technique*» ou «*factuel*» que l'arrêt attribue aux mesures de la réserve de l'alinéa *d*) ne peut être dégagé par interprétation du texte de la réserve. Pour arriver à une telle conclusion, il faut que l'interprète ajoute au texte des qualifications qui n'y figurent point et il faudrait aussi, à mon avis, écarter le droit international dans l'interprétation de la réserve.

369. Tout Etat a le droit de faire naviguer en haute mer des navires battant son pavillon. Ces derniers possèdent la nationalité de l'Etat dont ils sont autorisés à battre le pavillon. Il doit exister un lien substantiel entre l'Etat et le navire, mais chaque Etat fixe les conditions auxquelles il soumet l'attribution de sa nationalité aux navires, les conditions d'immatriculation des navires sur son territoire et les conditions requises pour qu'ils aient le droit de battre son pavillon. *Les navires navigent sous le pavillon d'un seul Etat et sont soumis, sauf dans les cas exceptionnels expressément prévus par des traités internationaux ou par la convention de 1982, à sa juridiction exclusive en haute mer.* Un navire qui navigue

sous les pavillons de plusieurs Etats, dont il fait usage à sa convenance, ne peut se prévaloir cependant, vis-à-vis de tout Etat tiers, d'aucune de ces nationalités et peut être assimilé à un navire sans nationalité (articles 90, 91 et 92 de la convention de 1982).

370. Tout Etat doit exercer effectivement sa juridiction et son contrôle sur les navires battant son pavillon et doit lorsqu'il prend à leur égard les mesures nécessaires en l'espèce, se conformer aux règles, procédures et pratiques internationales généralement acceptées, ainsi que prendre toutes les dispositions nécessaires pour en assurer le respect. *Tout Etat qui a des motifs sérieux de penser que la juridiction et le contrôle appropriés sur un navire en haute mer n'ont pas été exercés peut signaler les faits à l'Etat du pavillon.* Une fois avisé, celui-ci procède à une enquête et prend, s'il y a lieu, les mesures nécessaires pour remédier à la situation. Chaque Etat a l'obligation d'ordonner l'ouverture d'une enquête sur tout comportement en mer dans lequel est impliqué un navire battant son pavillon et qui a coûté la vie ou occasionné de graves blessures à des ressortissants d'un autre Etat, ou des dommages importants à des navires ou des installations d'un autre Etat *ou au milieu marin.* L'Etat du pavillon et l'autre Etat doivent coopérer dans la conduite de l'enquête (article 94 de la convention de 1982). Même en cas d'abordage ou de tout autre incident de navigation maritime en haute mer, la juridiction pénale ou disciplinaire est celle de l'Etat du pavillon ou de l'Etat dont l'intéressé a la nationalité (article 97 de la convention de 1982).

*

371. L'ensemble des dispositions générales du régime juridique international applicable à la haute mer est fondé sur deux principes de base, à savoir celui de la *juridiction exclusive de l'Etat du pavillon sur ses navires* en haute mer et celui de la *coopération des Etats* dans une série de matières concernant la haute mer présentant un intérêt commun (assistance en mer; transport d'esclaves; répression de la piraterie; trafic illicite de stupéfiants; diffusion d'émissions non autorisées; protection des câbles ou des pipelines sous-marins). Cela explique que la saisie, le droit de visite et le droit de poursuite d'un navire en haute mer par un Etat autre que celui du pavillon soient des exceptions strictement réglementées par le droit international général de la haute mer (articles 105, 110 et 111 de la convention de 1982).

372. *La conservation et la gestion des ressources biologiques de la haute mer obéissent aux mêmes principes et considérations générales.* Certes, dans le nouvel ordre juridique de la mer, la liberté de pêche en haute mer est soumise à la réserve des conditions énoncées dans la section 2 (articles 116 à 120) de la partie VII de la convention de 1982 et, notamment, de leurs obligations conventionnelles et des droits et obligations ainsi que des intérêts des Etats côtiers énoncés aux articles 63 à 67 de la convention de 1982 concernant la zone économique exclusive et en particulier le paragraphe 2 de l'article 63 sur les stocks chevauchants.

Mais, quelle est l'obligation générale des Etats en la matière? *De prendre les mesures, applicables à leurs ressortissants, qui peuvent être nécessaires pour assurer la conservation des ressources biologiques de la haute mer et de coopérer avec les autres Etats à la prise de telles mesures* (article 117 de la convention de 1982).

373. Les mesures de gestion et de conservation des ressources biologiques de la haute mer correspondent par leur nature à cette obligation générale. Ainsi, l'article 118 de la convention dit que :

«Les Etats dont les ressortissants exploitent des ressources biologiques différentes situées dans une même zone ou des ressources biologiques identiques négocient en vue de prendre les mesures nécessaires à la conservation des ressources concernées. A cette fin, ils coopèrent, si besoin est, pour créer des organisations de pêche sous-régionales ou régionales.»

L'OPANO est justement l'une de ces organisations.

374. L'article 119 de la convention de 1982 énonce des règles détaillées relativement à l'organisation de la coopération des Etats intéressés dans la conservation et la gestion des ressources de la haute mer, y compris en ce qui concerne le volume admissible de captures et d'autres mesures de conservation, ainsi que les critères objectifs, y compris scientifiques, sur lesquels ces mesures doivent se fonder. En outre, l'article se termine par un paragraphe 3 du plus haut intérêt concernant le principe de non-discrimination. Il est ainsi conçu :

«Les Etats concernés veillent à ce que les mesures de conservation et leur application n'entraînent aucune discrimination de droit ou de fait à l'encontre d'aucun pêcheur, quel que soit l'Etat dont il est ressortissant.»

La condition de non-discrimination des «mesures de gestion et de conservation» adoptées pour une zone ou région de la haute mer n'est pas nouvelle d'ailleurs. Elle figure déjà dans la convention de 1958 sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer (voir articles 5 et 7 de la convention). Elle découle nécessairement du régime de *res communis* de la haute mer.

*

375. Les deux accords récemment conclus concernant spécifiquement la gestion et la conservation des ressources biologiques de la haute mer définissent les mesures de gestion et de conservation en prenant dûment en considération des critères d'ordre juridique et, en particulier, les règles pertinentes de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982. Ainsi, dans l'article I (définitions), alinéa *b*), 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, il est dit qu'aux fins de l'accord :

«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 de 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.)

Le Canada a accepté cet accord le 20 mai 1994 (dix jours après le dépôt de sa déclaration), et la Communauté européenne le 6 août 1996.

376. 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 du 4 décembre 1995, se place aussi tout à fait, pour ce qui est de la définition des «mesures de gestion et de conservation», dans le droit fil des dispositions pertinentes du droit international de la mer codifié dans la convention sur le droit de la mer de 1982. L'accord n'est pas encore en vigueur, mais les Parties l'ont mentionné dans la présente procédure incidente dans certains contextes et l'arrêt le fait aussi.

377. L'arrêt affirme que sa conclusion sur la définition des «mesures de gestion et de conservation» n'est nullement infirmée par l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article premier de l'accord de 1995 mentionné ci-dessus car, dit-il, cette disposition ne définit pas elle-même les mesures de conservation et de gestion (ni non plus par l'accord de la FAO de 1993). Je pense exactement le contraire car je lis, dans ladite disposition, qu'aux fins du présent accord :

«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 [sur le droit de la mer de 1982] et du présent accord.*» (A/CONF.164/37; les italiques sont de moi.)

Cela est tout à fait conforme à la définition desdites mesures qui résulte du droit international général de la mer et que la présente opinion défend. La définition de l'accord de 1995 prouve autant que la convention sur le droit de la mer de 1982 (et que l'accord de la FAO de 1993) que, pour le droit international en vigueur, le critère de la compatibilité des mesures dont il s'agit avec les règles pertinentes du droit international applicables à l'espace maritime en question est un élément *sine qua non* de la définition des «mesures de gestion et de conservation» des ressources biologiques de la mer dudit ordre juridique. Ajoutons que, d'après l'article 4 de l'accord de 1995 :

«Aucune disposition [dudit accord] ne porte atteinte aux droits, à la juridiction et aux obligations des Etats en vertu de la convention [de 1982]. Le présent accord est interprété et appliqué dans le contexte de la convention [de 1982] et d'une manière compatible avec celle-ci.»

378. De plus, l'article 5 de l'accord de 1995, intitulé «Principes généraux», précise qu'en vue d'assurer la conservation et la gestion des stocks visés par l'accord «les Etats côtiers et les Etats qui se livrent à la pêche en haute mer, en exécution de l'*obligation de coopérer* que leur impose la convention [de 1982]: *a*) adoptent des mesures...» (les italiques sont de moi); et l'article 3 fait la distinction qui s'impose, d'après le droit international de la mer, entre, d'une part, les «zones relevant de la juridiction nationale» et, d'autre part, les «zones au-delà de la juridiction nationale». Ajoutons que, dans l'accord de 1995, comme dans la convention de 1982, il n'existe pas de «mesures de gestion et de conservation» en haute mer adoptées par un Etat côtier à l'encontre des navires battant le pavillon d'un autre Etat se trouvant dans un tel espace maritime sauf *par voie d'accord entre les Etats intéressés*.

379. La majorité fait de son mieux au paragraphe 70 de l'arrêt pour échapper aux conclusions sus-énoncées sur la définition des «mesures de gestion et de conservation» en haute mer du droit international général et des accords internationaux, mais les définitions juridiques ont la vie dure. Ce n'est pas par cette sorte de considérations que l'arrêt peut modifier ou renverser le droit international positif en vigueur en la matière. L'auteur, l'espace maritime, la nature des mesures, etc. — et non pas seulement le contenu ou l'objet factuel des mesures —, sont autant d'éléments inhérents à la définition même des «mesures de gestion et de conservation» des ressources biologiques de la mer en droit international et, partant, dans la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration du Canada. Le Canada lui-même a reconnu, dans le présent incident préliminaire, que les mesures de gestion et de conservation visées dans la réserve ne sont pas nécessairement celles que le Canada affirme avoir un tel caractère. C'était une façon pour le Canada, désireux de se tirer d'affaire, de laisser à la Cour le soin de parler pour lui. Et une fois encore la majorité l'a suivi.

Toutefois, la démonstration que fait l'arrêt de ce qu'il considère être le sens et la portée de l'expression «mesures de gestion et de conservation» en droit international est tout à fait insuffisante. C'est une autre grave faiblesse de l'arrêt, pouvant avoir d'ailleurs des conséquences allant bien au-delà du présent incident préliminaire. En fait, pour pouvoir conclure à l'incompétence, la majorité a d'une certaine façon adapté le droit international en la matière à la prétendue intention sous-jacente ou aux prétendus motifs de la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration du Canada car, comme il est dit expressément au paragraphe 71 de l'arrêt, «toute autre interprétation de cette expression priverait la réserve de son effet voulu»!

*

380. Dans la présente phase incidente, il n'est pas question de se prononcer sur tel ou tel aspect de l'illicéité ou de la responsabilité relevant du fond de l'affaire, ou sur les moyens de défense au fond dont le Canada pourra exciper le moment venu, mais tout simplement d'interpréter la déclaration dans le cadre de la compétence de la Cour (paragraphe 6 de l'article 36 du Statut), car le Canada conteste la compétence de la Cour en invoquant la réserve de l'alinéa *d*) de sa déclaration. C'est donc en rapport avec l'objet de la présente procédure incidente que je conclus, compte tenu des considérations ci-dessus :

- a) que le sens à attribuer à l'expression «mesures de gestion et de conservation» dans la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration canadienne, étant celui du droit international général de la haute mer, ne saurait être déterminé en fonction seulement du contenu ou de l'objet factuel ou matériel des mesures en question, qui, d'ailleurs, demanderait à être apprécié *in casu*⁴;
- b) que les mesures adoptées par le Canada, objet de la présente affaire, en invoquant sa législation interne, ne sont pas pour le droit international général de la haute mer des «mesures de gestion et de conservation»: *elles n'existent pas comme telles dans le droit international gouvernant un tel espace maritime.*

381. Cette deuxième conclusion est fondée sur des considérations parfaitement compatibles avec l'exercice par la Cour de sa compétence de la compétence. Les mesures adoptées en l'espèce par le Canada ne sont pas dans le droit général de la haute mer — ni partant dans la réserve de l'alinéa *d*) — des «mesures de gestion et de conservation» pour des raisons très simples, à savoir :

- a) elles ont été adoptées pour des bateaux se trouvant en haute mer et ayant une nationalité et un pavillon réguliers non pas du Canada, mais d'autres Etats souverains comme l'Espagne;
- b) elles ont été adoptées d'une manière unilatérale sans égard au principe de coopération entre les Etats concernés, n'étant le résultat d'aucune négociation, entente ou accord entre ces Etats (dont l'Espagne);
- c) elles ont été adoptées malgré les compétences conventionnelles exercées en la matière par l'OPANO pour les bateaux des Etats pêchant dans sa zone de réglementation (dont le Canada et l'Espagne); et, en outre,

⁴ J'ai déjà mentionné plus haut que les mesures adoptées et exécutées en l'espèce par le Canada en mars 1995 à l'encontre des navires espagnols et portugais pêchant dans la zone de réglementation de l'OPANO n'avaient pas une finalité de «conservation», leur objet et leur but factuels étant ceux de faire changer la position de l'Union européenne et de se faire reconnaître par celle-ci certains droits préférentiels dans ladite zone.

d) elles ont entraîné, en l'espèce, une discrimination à l'encontre de l'Espagne et du Portugal ainsi que des pêcheurs espagnols et portugais.

Le caractère discriminatoire des mesures adoptées par le Canada en mars/avril 1995 à l'encontre de bateaux espagnols est un fait prouvé dans la présente procédure incidente, car il est inscrit dans le règlement canadien sur la protection des pêcheries côtières du 3 mars 1995 soumis à la Cour (mémoire de l'Espagne, annexes, vol. I, annexe 19, p. 311). A lui seul ce fait enlève aux mesures adoptées en l'espèce par le Canada toute possibilité juridique de pouvoir être considérées en droit international comme étant des «mesures de gestion et de conservation» de ressources biologiques de la haute mer et ainsi, pour les raisons indiquées, empêche de leur attribuer ce sens dans l'interprétation de la réserve de l'alinéa *d)* du paragraphe 2 de la déclaration du Canada.

*

382. Ces conclusions ne sauraient être ni plus ni moins restrictives que le texte même de la réserve de l'alinéa *d)* de la déclaration du Canada du 10 mai 1994. Et elles ne s'opposent pas non plus à ce que l'expression «mesures de gestion et de conservation» puisse être interprétée dans une déclaration déterminée comme ayant un autre sens ou une autre portée; par exemple, celui d'une loi ou d'un règlement national quelconque. Cela pourrait parfaitement se produire car le consentement à la juridiction de la Cour ne saurait être confondu avec les principes et les règles du droit international matériel. Et il se pourrait également qu'une cour de justice soit censée donner effet à un instrument juridictionnel qui ne soit pas à l'aune du droit international du fait des termes mêmes dans lesquels l'Etat en question a donné son consentement à la juridiction (voir par exemple paragraphes 66-68 de l'arrêt). Mais aucune de ces hypothèses n'est à considérer en l'espèce, car l'Etat déclarant n'a pas donné, directement ou indirectement, une définition particulière des mesures en question, ni dans la réserve ni dans la déclaration dans son ensemble ni ailleurs, avant l'introduction de l'instance.

383. L'arrêt n'invoque apparemment comme motif principal de sa conclusion sur le point considéré qu'un seul élément interprétatif ayant en outre un caractère complémentaire, à savoir la référence faite dans la déclaration au Sénat du ministre Ouellet à la protection de l'intégrité de la loi canadienne, en oubliant que le ministre des affaires étrangères et du commerce international du Canada a également insisté sur d'autres aspects comme par exemple les bases solides de droit de la loi en question. Si l'on invoque comme preuve d'une intention sous-jacente un tel moyen complémentaire d'interprétation, il faudrait, au moins, le prendre aussi dans son intégralité. Sans parler que le ministre Ouellet renvoie le lecteur aux navires dits «pirates» et au précédent de la déclaration canadienne de 1970.

384. Que la question de la «conformité» d'un acte au droit internatio-

nal soit une question de «licéité» (paragraphe 68 de l'arrêt), donc de fond, je suis d'accord. Mais dans les deux sens bien sûr, à savoir celui de la «licéité» ou de l'«illicéité» de l'acte en question, et la présente procédure n'est qu'une procédure incidente préliminaire. En outre, la question différente de l'«existence» ou non de la mesure dont il s'agit, sa réalité en tant que «mesure de gestion et de conservation» en droit international (étant donné sa non-définition dans le texte de la déclaration), n'est pas une question de fond. Je n'estime pas que les mesures que le demandeur reproche au défendeur en l'espèce, et que celui-ci admet, aient d'existence, de réalité juridique dans le droit international général de la mer en tant que «mesures de gestion et de conservation», d'où il découle pour moi qu'elles ne peuvent pas être qualifiées *in casu* de mesures de «gestion et de conservation» comme le fait l'arrêt aux fins de l'interprétation de la réserve de l'alinéa *d)* du paragraphe 2 de la déclaration du Canada.

385. Ma prise en considération, dans le présent contexte, du droit international de la mer n'a pas de finalités relevant du fond, à savoir la conformité ou non des mesures canadiennes audit droit. C'est seulement aux fins de l'interprétation de la réserve et du fait de son silence en la matière, que j'ai tourné mon attention vers le droit international général et que j'ai eu la réponse que cet ordre juridique ne connaît pas, en tant que «mesure de gestion et de conservation», des mesures comme celles adoptées par le Canada en l'espèce en 1995 à l'encontre des navires espagnols dans la zone de réglementation de l'OPANO.

386. Le droit international général nous dit aussi que le contenu ou l'objet factuel des mesures n'est pas le seul critère qui entre en ligne de compte pour déterminer l'existence d'une «mesure de gestion et de conservation» en droit international. D'autres critères interviennent au même titre, à savoir: l'espace maritime en question, le caractère unilatéral ou non des mesures, sa nature discriminatoire ou non, la finalité de conservation ou non des mesures concrètes adoptées, etc. L'accord de la FAO et celui des Nations Unies mentionnés ci-dessus ne font que confirmer le droit international général de la mer en la matière.

387. Je ne saurais donc accepter les conclusions de l'arrêt sur la question considérée comme représentant une manière naturelle et raisonnable de lire le texte de la réserve dans le contexte de la déclaration et eu égard aussi à l'intention de l'Etat déclarant telle qu'elle se dégage des moyens complémentaires d'interprétation soumis à la Cour par les Parties.

d) Les mots «l'exécution de telles mesures» dans la réserve et le silence sur l'usage de la force dans les matières réservées par la déclaration

388. Ayant conclu que les «mesures» adoptées par le Canada *in casu* n'étaient pas des «mesures de gestion et de conservation» au sens de la réserve de l'alinéa *d)* du paragraphe 2 de la déclaration du Canada du

10 mai 1994, il est évident pour l'auteur de la présente opinion que l'exécution de telles mesures par le Canada est un aspect du différend qui ne rentre pas non plus dans le champ d'application de ladite réserve. Mais comme l'arrêt donne une autre interprétation de l'expression «mesures de gestion et de conservation», il convient que je prenne également position sur l'interprétation des mots «l'exécution de telles mesures» en tant que tels dans la réserve canadienne, c'est-à-dire indépendamment de l'interprétation des mesures adoptées par le Canada en l'espèce et de leur qualification comme mesures de gestion et de conservation en droit international.

389. Pour interpréter les mots «l'exécution de telles mesures», il convient en premier lieu d'avoir présent à l'esprit la distinction entre «mesures» et leur «exécution». La réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada ne traite que d'une seule catégorie de mesures, à savoir les «mesures de gestion et de conservation» adoptées par le Canada pour les navires pêchant dans la zone de réglementation de l'OPANO. L'«exécution» n'est pas dans la réserve une mesure ou une catégorie autonome de mesures. Il ne s'agit que de la mise en œuvre des dites «mesures de gestion et de conservation». L'arrêt par contre, en suivant une fois de plus les thèses canadiennes, arrive à une conclusion contraire. En effet, il parle «des mesures d'exécution à des fins de conservation» (voir par exemple paragraphe 82 de l'arrêt).

390. Pour l'auteur de la présente opinion, le terme «exécution» ne peut cependant pas être interprété dans la réserve de l'alinéa *d*) indépendamment des «mesures de gestion et de conservation», auxquelles il est subordonné. Sans l'existence de cette dernière catégorie de mesures, il n'y a pas d'«exécution» dans la réserve de la déclaration du Canada. Ainsi, à partir du moment où, dans les circonstances de l'espèce, le Canada aurait adopté des mesures d'un type différent, l'exécution de ce type différent de mesures n'entre pas dans le champ d'application de la réserve de la déclaration du Canada ni au titre de l'«adoption» ni au titre de l'«exécution» des mesures.

*

391. L'Espagne a insisté à plusieurs reprises sur la distinction opérée ci-dessus. Cette distinction est en effet à la base de son deuxième argument principal en faveur de la compétence de la Cour dans l'affaire, à savoir que l'emploi de la force par le Canada contre des navires en haute mer battant pavillon espagnol ne peut être considéré, raisonnablement, comme l'exécution de mesures relatives à la gestion et à la conservation de stocks de poissons. Pour l'Espagne, le droit international ayant interdit l'emploi de la force, celle-ci ne peut pas être comprise dans la réserve de l'alinéa *d*) étant donné le silence du texte de la réserve et de la déclaration du Canada dans son ensemble sur l'usage de la force dans les matières exclues par les réserves figurant dans la déclaration.

392. Pour l'Espagne, il est clair que l'usage de la force n'est pas compris dans la réserve de l'alinéa *d*) parce que celle-ci ne le dit pas et parce

que l'emploi de la force, prévu dans la législation canadienne, contre des navires étrangers en haute mer est un comportement contraire au droit international, selon lequel les déclarations du système de la clause facultative établissant la compétence de la Cour doivent être interprétées. Ainsi, l'arraisonnement par la force de l'*Estai* en haute mer le 9 mars 1995 n'était pas en soi un acte d'exécution d'une mesure de gestion et de conservation en droit international, mais tout autre chose.

393. Selon l'Espagne, la force interdite par le droit international n'est pas seulement l'agression armée. La force interdite serait l'usage de la force armée d'un Etat à l'encontre d'un autre Etat, qu'il s'agisse du territoire ou des personnes ou des objets placés sous la souveraineté ou la juridiction exclusive de ce dernier Etat, y compris s'ils se trouvent en haute mer. L'usage de la force en haute mer contre un navire battant le pavillon d'un autre Etat est contraire, d'après l'Espagne, à la Charte des Nations Unies, au droit international général et au droit de la haute mer et, en tant que tel, ne peut être couvert par une interprétation de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada sans une référence explicite dans le texte de cette dernière dans son ensemble ou de la réserve dont le Canada excipe.

394. Quant aux faits, l'Espagne a souligné l'usage de la force prévu par la législation canadienne pertinente en vigueur contre des bateaux battant pavillon d'un autre Etat en haute mer; l'ampleur du conflit de 1995; la gravité des incidents; le degré de force utilisé par les patrouilleurs canadiens lors de la poursuite et de l'arraisonnement de l'*Estai* à environ 245 milles des côtes canadiennes; le harcèlement, les jours suivants, d'autres bateaux de pêche espagnols dans la zone de réglementation de l'OPANO, et l'envoi dans ladite zone d'unités de la marine de guerre espagnole.

395. En ce qui concerne la législation canadienne, l'Espagne a souligné l'extension du droit pénal canadien à la zone de réglementation de l'OPANO, ce qui permettait aux agents de la paix canadiens d'employer la force en haute mer contre des bateaux étrangers avec le risque de causer la mort ou des lésions corporelles graves. Elle a ainsi rejeté à cet égard les arguments canadiens selon lesquels il s'agissait de limiter le recours à la force aux cas graves et dans des situations de légitime défense. L'Espagne a aussi insisté sur le fait que la législation canadienne incriminée et le théâtre des actions canadiennes concernent la *haute mer* (la zone de réglementation de l'OPANO) et sur le fait que les rapports entre Etats en haute mer sont régis par le droit international de la haute mer et non pas par les normes du droit de la mer relatives à la zone économique exclusive des Etats côtiers ou par la législation nationale de ces derniers. Ainsi, elle a rejeté l'application à la haute mer du régime juridique des espaces nationaux comme justification pour exercer certains pouvoirs coercitifs de l'Etat côtier à l'encontre des navires étrangers se trouvant en haute mer.

396. Pour l'Espagne, le Canada n'a pas de titre international pour

employer la force contre des bateaux battant pavillon espagnol dans la zone de réglementation de l'OPANO, ni dans aucune autre zone de la haute mer. A ce propos, l'Espagne s'est demandé où se trouve cette pratique, même coutumière, classique, bien connue, qui permet le recours à la force en haute mer à l'encontre des bateaux étrangers, en marge des dispositions restrictives imposées par les articles 110 et 111 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982. Finalement, elle a rappelé que l'accord des Nations Unies de 1995 sur les stocks chevauchants n'est pas en vigueur et ne lie aucun Etat et que le Canada n'est pas encore devenu partie à la convention de 1982 sur le droit de la mer, l'accord de 1995 étant un accord d'application de certaines dispositions de celle-ci.

*

397. Le Canada a eu des difficultés à répondre à ces arguments de l'Espagne. Il a essayé de le faire d'une façon indirecte. Il a tout d'abord essayé de contourner la relation établie dans la réserve de l'alinéa *d*) entre «les mesures de gestion et de conservation ... et l'exécution de telles mesures» en élaborant une nouvelle catégorie de mesures, à savoir celle des «mesures d'exécution», inconnue dans le texte de la réserve. D'une manière générale, le contre-mémoire canadien s'inspire d'un tel critère, et il en est de même de quelques-unes des interventions canadiennes à l'audience. Des conseils du Canada ont dit, par exemple, que l'expression «mesures d'exécution» utilisée dans la réserve (*sic!*) ne saurait désigner que les pouvoirs et procédures expressément énoncés dans la loi modifiée sur la protection des pêches côtières de 1994. Mais la réserve ne parle pas de «mesures» d'exécution.

398. Parfois, le Canada a évité l'emploi du mot «exécution» ou s'est référé au sens ordinaire dudit terme d'une façon isolée de son contexte dans la réserve. Parfois, ses conseils ont parlé aussi de «mesures litigieuses» pour se référer tant aux «mesures de gestion et de conservation» de la réserve qu'à «l'exécution de telles mesures» ou ont eu recours à des formules descriptives telles que «mesures qui sont nécessaires pour procéder...» Toutes ces présentations du Canada cherchaient à éliminer ou réduire dans l'interprétation de la réserve l'effet utile du mot «telles» ou à isoler ce mot du contexte des «mesures de gestion et de conservation» qui le précède dans la réserve. Le Canada en est arrivé à dire que si l'emploi de la force n'est pas expressément *exclu*, il doit être *inclus* dans toute définition raisonnable et logique du terme «exécution». C'est-à-dire qu'il a voulu renverser le principe général de droit et de la jurisprudence de la Cour qui est celui de la présomption de régularité des actes juridiques mentionné dans la présente opinion (arrêt dans l'affaire du *Droit de passage*).

399. Pour le Canada, la force employée à l'encontre de l'*Estai* le 9 mars 1995 en haute mer (le Canada ne parle pas du harcèlement à l'époque d'autres bateaux de pêche espagnols dans la zone de réglemen-

tation de l'OPANO) est une «exécution» des «mesures de gestion et de conservation» adoptées par lui pour les bateaux pêchant dans la zone de réglementation de l'OPANO conformément au règlement canadien de 1995 de mise en œuvre de la loi modifiée sur la protection des pêches côtières. En conséquence, tous ces agissements canadiens tomberaient dans le champ d'application de la réserve. Cela n'empêcha cependant pas les conseils du Canada de mentionner aussi quelques moyens de défense au fond, tels que la nécessité et l'urgence d'agir en 1995 à cause de la surpêche pratiquée par les pêcheurs espagnols, ainsi que le caractère normal et habituel des actions adoptées, encore qu'ils admettront que la Cour ne saurait, dans la présente procédure préliminaire sur la compétence, se prononcer sur la question du degré de force utilisé *in casu*.

400. Les conseils canadiens ont insisté sur le fait que les mesures adoptées en 1995 par le Canada à l'encontre des navires espagnols et portugais étaient des mesures de gestion et de conservation «classiques», comparant à ce propos lesdites mesures canadiennes à celles énumérées au paragraphe 4 de l'article 61 de la convention sur le droit de la mer de 1982 concernant la «zone économique exclusive», selon une position générale adoptée par le Canada dans la présente procédure incidente d'après laquelle l'espace maritime en cause ne présente aucune pertinence. Comme il a été dit à l'audience, la *seule* différence concerne l'*endroit* où le Canada a appliqué ces mesures: la zone de réglementation de l'OPANO désignée de façon précise par la réserve! Les conseils canadiens ont mentionné aussi d'autres législations nationales mais sans en donner des exemples précis.

401. Le Canada a accusé l'Espagne de dramatiser à propos du degré de la force employée par les garde-côtes canadiens à l'encontre de l'*Estai* lors de son arraisonnement le 9 mars 1995. Le bateau n'avait jamais été pris pour cible et l'arraisonnement s'était déroulé sans perte de vies humaines et sans lésions corporelles graves. Il s'agissait d'une *force raisonnable* employée dans le seul but d'arraisonner un navire de pêche qui résistait et était soupçonné d'avoir enfreint des mesures de conservation et de gestion prévues dans la législation canadienne. En d'autres termes, il ne s'agissait que d'employer une force visant à faire appliquer la loi canadienne et qu'il fut nécessaire de recourir à la force dans l'exécution des lois était une évidence dictée par le bon sens. Que le navire soit espagnol, la loi canadienne et l'espace maritime une zone de la haute mer sont de menus détails qui, de surcroît ne seraient ni pertinents ni objectifs, aux fins de l'interprétation de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada.

402. Le Canada a affirmé que les mesures appliquées à l'*Estai* n'avaient rien à voir avec le recours à la force dans les relations entre Etats dont il est question dans la Charte des Nations Unies, tout en ajoutant qu'il reconnaissait que l'interdiction de l'emploi de la force prévu au paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies était une norme impérative (*jus cogens*). En même temps ses conseils ont souligné que, aux fins d'interprétation de la réserve, la licéité ou l'illicéité de l'«exécution» des mesures est une circonstance indifférente en s'abstenant de qua-

lifier à cet égard les propres actes du Canada (adoption du règlement du 3 mars 1995; arraisonnement de l'*Estai*; harcèlement d'autres bateaux de pêche espagnols).

403. La loi canadienne permettait l'utilisation de la force pour arraisonner l'*Estai*, mais seulement en dernier ressort et de la façon la plus limitée possible. Car, la législation pénale canadienne est une législation générale qui aurait: «un but entièrement humanitaire et louable ... la force de nature à causer la mort ou les lésions corporelles *n'est pas justifiée, sauf si* elle est nécessaire pour protéger la vie de qui applique cette force ou celle d'autrui, c'est-à-dire sauf en cas de légitime défense» (CR 98/14, p. 46-47; les italiques sont de moi). Qui donc a attaqué les garde-côtes ou les patrouilleurs canadiens qui ont arraisonné l'*Estai*? Qui a mis ces garde-côtes et ces patrouilleurs dans une situation de «légitime défense»? Le Canada n'a pas répondu à ces questions, dès lors son argument fondé sur la légitime défense ne tient pas. Malgré l'invocation de la législation canadienne (qui n'est pour la Cour qu'un fait dans le présent incident et non le droit applicable), les conseils du Canada vont se tourner quand même, autant qu'ils le pourront, vers le droit international pour essayer de justifier l'usage de la force prévu dans la législation canadienne et son application en haute mer au navire espagnol l'*Estai* le 9 mars 1995.

*

404. Les arguments du Canada sur l'usage de la force incorporé à sa législation et/ou sur la force utilisée à l'encontre de l'*Estai* ne trouvent de fondement ni dans le texte de la réserve de l'alinéa *d*) de sa déclaration ni dans sa prétendue intention sous-jacente. En ce qui concerne le texte de la réserve, le mot «exécution» (*enforcement* en anglais) ne vise pas dans son sens ordinaire ou naturel des «mesures coercitives». De plus, en anglais, on ne saurait confondre *enforcement* avec «*enforcement action*». Il est très significatif à cet égard que dans leurs interventions les conseils canadiens ont parlé d'*enforcement* et d'*enforcement action* comme s'il s'agissait de la même chose. Ainsi, ces arguments canadiens ajoutent au texte de la réserve des mots qui n'y sont pas. C'est le moment de se demander si la grammaire s'applique seulement à l'interprétation des mots «navires pêchant» dans la réserve. Plus significatif encore est le fait que le Canada parle, certes, de sa législation nationale, mais non pas de ce qui intéresse vraiment l'interprétation de la réserve du point de vue de l'«intention sous-jacente» maintes fois évoquée à d'autres sujets. Pas un mot, par exemple, des déclarations de M. Ouellet ou de M. Tobin. Cela est tout de même surprenant, car le premier a parlé de «représailles» dans sa déclaration au Sénat du 12 mai 1995. Or le terme «représailles» est un terme de droit international qui a un sens bien précis et généralement accepté dans cet ordre juridique.

405. Pour ce qui est des faits, le Canada, on vient de le dire, les présente comme des mesures dites de gestion et de conservation prévues par

sa législation nationale ou comme l'exécution de telles mesures. Mais la question mérite une étude beaucoup plus approfondie des « faits générateurs » du présent différend tel que soumis par l'Espagne à la Cour le 28 mars 1995 (voir chapitre II de la présente opinion). Si on analyse ces faits, on voit clairement apparaître que tant l'adoption du règlement du 3 mars 1995 que l'arraisonnement de l'*Estai* par la force ne sont pas des actes concernant véritablement la conservation des ressources biologiques de la mer, mais des actes de rétorsion dirigés contre des mesures adoptées pour la zone de réglementation de l'OPANO par un tiers, l'Union européenne.

*

406. Et que fait l'arrêt en ce qui concerne l'interprétation des mots « et l'exécution de telles mesures » figurant dans la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration du Canada? Il rejette l'un après l'autre, dans ses paragraphes 78 à 84, les arguments de l'Espagne qu'il identifie, à savoir: l'exécution contraire au droit international; l'application extraterritoriale du droit pénal canadien; le silence de la déclaration et de sa réserve de l'alinéa *d*) sur l'emploi de la force; et l'irrégularité par rapport au droit international des dispositions pertinentes de la législation canadienne.

407. Malgré les dispositions de la convention sur le droit de la mer de 1982, l'arrêt ne voit, apparemment, rien d'anormal dans la législation nationale canadienne, en tout cas aux fins de l'interprétation de la réserve de la déclaration canadienne dont il s'agit. Il affirme en fait qu'un certain emploi de la force à l'encontre des navires étrangers en haute mer est admis dans les relations entre Etats souverains pour ce qui est de la conservation et de la gestion des ressources biologiques de la haute mer. C'est un autre infléchissement jurisprudentiel de l'arrêt d'une portée générale, aux conséquences imprévisibles, que je n'accepte point, sauf accord entre les Etats concernés.

408. Quelles sont les preuves de la pratique des Etats et de leur *opinio juris* avancées à cet égard par l'arrêt? Les mêmes que le Canada, à savoir la législation canadienne, d'autres législations nationales non identifiées ni analysées et l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 22 de la convention de décembre 1995 sur les stocks chevauchants (paragraphe 81 de l'arrêt). L'auteur de la présente opinion ne saurait admettre sans preuve concrète de la pratique des Etats et de leur *opinio juris* que la disposition citée de la convention sur les stocks chevauchants est « une pratique générale acceptée comme étant le droit » (paragraphe 1 *b*) de l'article 38 du Statut de la Cour), ni en mars 1995 ni aujourd'hui. En tout cas, il ne partage pas la conclusion, pour lui surprenante, du paragraphe 84 de l'arrêt, d'après laquelle l'emploi de la force en haute mer prévu dans la législation canadienne à l'encontre des navires battant pavillon d'un Etat étranger est, *aujourd'hui*, « communément considéré comme l'exécution de mesures de

gestion et de conservation» de façon à faire entrer, à tout prix, certains comportements du Canada à l'égard de l'Espagne dans le champ d'application de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de sa déclaration du 10 mai 1994.

409. Je ne trouve ni «naturel» ni «raisonnable» que l'on puisse affirmer, comme le fait l'arrêt, que l'usage de la force (minimal ou non) à l'encontre des navires étrangers se trouvant en haute mer soit *désormais* inclus par le droit international général dans la notion d'«exécution» des mesures de gestion et de conservation des ressources biologiques de la haute mer. A mon avis, pour un tel usage de la force, le droit international général exige toujours l'accord des États concernés. Il n'est pas sans intérêt de reproduire ici, à ce propos, le point 6 des *déclarations interprétatives* concernant la signature par la Communauté européenne et ses États membres de l'accord des Nations Unies de 1995 sur les stocks chevauchants :

«La Communauté européenne et ses États membres réaffirment que tous les États doivent s'abstenir, dans leurs relations, de recourir à la menace ou à l'usage de la force, conformément aux principes généraux du droit international, de la Charte des Nations Unies et de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

Par ailleurs, la Communauté européenne et ses États membres soulignent que l'usage de la force visé à l'article 22 [de l'accord sur les stocks chevauchants] constitue une mesure exceptionnelle qui doit être fondée sur le respect le plus strict du principe de proportionnalité et que tout abus engagera la responsabilité internationale de l'État d'inspection. Tout cas de non-observation doit se régler par des moyens pacifiques, conformément aux procédures applicables en matière de règlement des différends.

En outre, la Communauté européenne et ses États membres considèrent que l'élaboration des conditions appropriées d'arraisonnement et d'inspection doit se poursuivre conformément aux principes applicables du droit international dans le cadre des organismes et accords appropriés de gestion des pêcheries régionaux ou sous-régionaux.» (Union européenne, extrait du projet de procès-verbal de la 1935^e session du Conseil (pêche), tenue à Luxembourg, le 10 juin 1996, point ii) à l'annexe I de l'extrait du compte rendu; le Royaume-Uni a fait une déclaration interprétative à cet égard.)

*

410. Il est aussi évident, en tout cas pour moi, que dans les circonstances de fait et de droit de l'espèce, l'arrêt aborde une question importante divisant les Parties sur le fond de l'affaire. Par sa présentation de la question, l'arrêt préjuge en fait le fond au-delà de ce qui est admissible dans une procédure préliminaire sur la compétence de la Cour. Le paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement de la Cour pourrait donc être une

autre victime du présent arrêt. L'arrêt fait entrer en effet, on vient de le voir, l'emploi de la force de la législation canadienne dans la définition de ce qui, d'après lui, est «communément» considéré comme «l'exécution de mesures de gestion et de conservation», mais les Parties sont divisées au fond sur le degré de la force employée par le Canada en l'espèce, ce qui pose aussi la question de la qualification des actes précis du Canada. L'arrêt ne répond pas à cette dernière question. Il va de soi que l'arrêt garde, en outre, le silence le plus total sur la question de savoir si l'emploi de la force qu'il admet peut se concilier avec la règle de la juridiction exclusive de l'Etat du pavillon sur ses navires en haute mer.

411. L'arrêt néglige aussi la question de l'adoption du règlement canadien du 3 mars 1995 et cherche toujours à se placer seulement ou principalement sur le terrain des actes d'exécution en cause relatifs à l'arraisonnement par la force de l'*Estai*. Mais la première demande de la requête espagnole est justement la non-opposabilité de la législation canadienne donc, avant tout, l'adoption du règlement du 3 mars 1995 en tant que telle. Les actes relatifs à l'*Estai* ne sont qu'une conséquence de l'adoption d'un tel règlement. C'est cela la mesure par excellence dont il devrait être question dans le présent incident aux fins de l'interprétation de la réserve canadienne.

*

412. Pour ce qui est de l'emploi de la force, tout comme pour les autres aspects du différend, dans le présent incident, il s'agit de déterminer si une telle forme d'exécution des mesures de gestion et de conservation est ou n'est pas exclue par la réserve de la déclaration du Canada, car cette dernière garde le silence le plus absolu sur la force et son emploi. De plus, la déclaration dans son ensemble nous dit que le Canada a donné, en 1994, son consentement à la juridiction pour tous les différends *autres que ceux énumérés* dans les réserves figurant dans la déclaration elle-même (alinéas *a*) à *d*) du paragraphe 2).

413. Dans ces circonstances, l'exécution par la force des mesures visées dans la réserve de l'alinéa *d*) ne peut pas être interprétée comme allant de soi, car l'ordre juridique international comporte une interdiction générale du recours à la force par les Etats dans les relations internationales. On trouve une formulation de cette interdiction générale du recours à la force, que le Canada lui-même a reconnue comme étant une règle impérative, dans l'avis consultatif concernant la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (C.I.J. Recueil 1996, p. 247, par. 48). Le défendeur n'a pas expliqué de façon adéquate son silence sur l'usage de la force dans sa déclaration du 10 mai 1994, y compris dans la réserve de l'alinéa *d*).

414. A cette première contribution à l'interprétation de la réserve canadienne, le droit international en ajoute une autre qui procède directement du droit général de la mer. La haute mer est un espace maritime

affecté à des fins pacifiques (article 88 de la convention de Montego Bay) où n'est pas reconnue l'exécution par la force des mesures de gestion et de conservation des ressources biologiques par un Etat à l'encontre de navires battant le pavillon d'un autre Etat dans cet espace. Il n'y a pas une seule disposition de ladite convention qui autorise une conclusion contraire. Or, il s'agit là de règles de droit international qui, à titre de droit coutumier ou général, sont applicables entre le Canada et l'Espagne.

415. Un Etat déclarant peut exclure par une réserve des principes et règles du droit international dans n'importe quel domaine des relations internationales aux fins de son consentement à la juridiction de la Cour, mais il faut évidemment qu'il l'indique dans sa déclaration, expressément ou par implication nécessaire, car le silence de la déclaration déposée ne joue pas à l'encontre mais en faveur du droit international en vigueur, malgré les conclusions contraires à cet égard du présent arrêt.

Dans le cas d'espèce, il existe aussi dans la zone de la haute mer en question un régime multilatéral conventionnel concernant la gestion et la conservation des ressources biologiques de la zone, celui de la *convention de l'OPANO* de 1978, auquel sont soumis les bateaux de pêche des deux Parties, convention que la réserve canadienne mentionne expressément aux fins de la délimitation de son champ d'application géographique. Or ce régime conventionnel particulier ne connaît pas non plus l'exécution par la force des mesures de gestion et de conservation des ressources à l'encontre des navires étrangers, sauf accord des parties concernées (c'est le cas du document NAFO/FC Doc. 96/1 mentionné au paragraphe 70 de l'arrêt).

416. En outre, les déclarations relevant du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut doivent être faites, interprétées et appliquées de *bonne foi*. Les Etats déclarants dans le cadre du système de la clause facultative — qui est un système dans le domaine public — ont le droit de connaître la portée du consentement à la juridiction obligatoire de la Cour donné par chacun d'eux, ainsi que l'évolution éventuelle dudit consentement après le dépôt de la déclaration originale. Les silences, les demi-mots, les faux-semblants, etc., ne correspondent ni à la lettre ni à l'esprit du système de la clause facultative et la Cour ne doit pas les encourager dans l'interprétation des déclarations. D'autant plus qu'il y a, en l'espèce, plusieurs déclarations en vigueur qui excluent expressément par voie de réserves des différends ou des situations où il est question de l'usage de la force.

La Cour a déclaré maintes fois, et dans des contextes différents, que le système de la clause facultative tout entier est fondé sur la bonne foi et la *confiance mutuelle* entre Etats déclarants. Je l'ai dit et répété dans la présente opinion. En outre, la réciprocité dans l'application des réserves contenues dans les déclarations fait aussi partie du système. Tout cela s'oppose à ce qu'on reconnaisse comme allant de soi le silence ou les réserves mentales de l'Etat déclarant sur l'usage de la force dans l'interprétation des déclarations.

417. Lorsqu'un Etat déclarant fait et dépose une déclaration pour tous les différends autres que ceux spécifiquement soustraits à la compétence de la Cour comme c'est le cas de la déclaration du Canada et que, dans aucune des réserves insérées dans la déclaration, l'usage de la force n'est exclu par le texte, prétendre par la suite que le silence du texte sur l'usage de la force doit être interprété, à cause d'une législation nationale interne, comme excluant de la juridiction acceptée un différend (ou un aspect d'un différend) avec un autre Etat déclarant relatif à l'usage de la force n'est une interprétation ni acceptable ni conforme au droit international.

*

418. Voyons maintenant plus concrètement ce que le ministre Ouellet a dit au Sénat le 12 mai 1994. Il a certes déclaré que la Canada avait, afin de protéger sa loi modifiée sur la protection des pêches côtières, fait une réserve dans la nouvelle déclaration du 10 mai 1994, mais sans analyser le texte de celle-ci en tant que tel. Ce texte n'a pas été lu ou commenté non plus au Sénat. En outre, il a déclaré que la réserve ne s'appliquerait « que pour la période de temps que nous jugeons nécessaire d'exercer des représailles contre ceux qui s'adonnent à la surpêche » et que les bateaux visés étaient les « bateaux pirates » irresponsables (bateaux apatrides et bateaux battant pavillon de complaisance). Ce dernier aspect des choses a déjà été examiné dans la présente opinion, mais pas encore la mention par le ministre de l'exercice de « représailles ».

419. Le contexte s'y prête bien pour le faire, car du point de vue conceptuel les propos du ministre Ouellet renvoient le lecteur à la notion d'« exécution » de mesures. Or, il est fort intéressant de relever que le ministre lui-même nous renvoie à cet égard au droit international, car les *représailles* sont une institution du droit international coutumier que l'article 30 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats de la Commission du droit international appelle « contre-mesures » (*Annuaire de la CDI, 1979, vol. II, deuxième partie, p. 128-135*).

420. Indépendamment du fait qu'elles soient ou non armées, et de la question du rapport des représailles dites « armées » avec la norme du paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies, il est certain qu'il y a unanimité sur la *définition des représailles ou contre-mesures*. Cette définition a été formulée dans la sentence arbitrale du 31 juillet 1928 dans l'affaire en responsabilité entre l'Allemagne et le Portugal relative à l'*Incident de Naulilaa* dans les termes suivants :

« La *représaille* est un acte de propre justice (Selbshilfehandlung) de l'Etat lésé, acte répondant — *après sommation restée infructueuse* — à un acte contraire au droit des gens de l'Etat offensé. Elle a pour effet de suspendre momentanément, dans les rapports des deux Etats, l'observation de telle ou telle règle du droit des gens. Elle est *limitée* par les expériences de l'humanité et les règles de la bonne foi, applicables dans les rapports d'Etat à Etat. Elle serait *illégal* si

un acte préalable, contraire au droit des gens, n'en avait fourni le motif.» (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1026; les italiques sont dans le texte original de la sentence arbitrale.)

Le ministre Ouellet lui-même nous renvoie donc, comme il se doit, au droit international et non pas à la législation canadienne ou à ses règlements d'application pour ce qui est de la définition de l'«exécution» des mesures visées par la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration canadienne. Or, si l'on admet, en interprétant les propos du ministre, que même les représailles armées sont effectivement incluses dans la réserve, en tant qu'exécution des mesures adoptées, il faut tout de suite se demander quel acte préalable contraire au droit des gens en haute mer le Canada reprochait à l'Espagne lorsqu'il a adopté le règlement du 3 mars 1995 et arraisonné l'*Estai* le 9 mars 1995? Le défendeur n'a pas plaidé, et encore moins prouvé, dans la présente procédure incidente l'existence d'un fait internationalement illicite préalable imputable à l'Espagne. Il a seulement parlé en général de surpêche dans une zone de la haute mer. Ce n'est pas suffisant en droit international pour exercer des représailles.

421. La conclusion ne peut donc être plus claire. Les moyens complémentaires d'interprétation invoqués par le défendeur ne font que confirmer *dans les circonstances de l'espèce* l'interprétation des mots «l'exécution de telles mesures», de la réserve canadienne, à laquelle je suis arrivé sur la base de la bonne foi, du texte, du contexte et du droit international applicable entre les Parties. La Cour est donc aussi compétente — selon l'auteur de la présente opinion — pour connaître de cet aspect de la requête de l'Espagne, que les mesures adoptées *in casu* par le Canada soient ou non des «mesures de gestion et de conservation» en droit international.

*

422. Finalement, il y a lieu de souligner que l'arrêt garde le silence le plus complet sur le harcèlement par les garde-côtes canadiens en particulier des navires de pêche espagnols autres que l'*Estai*. L'arrêt ne souffle pas mot non plus de la question de savoir si la «menace» de l'emploi de la force militaire par le Gouvernement canadien, après l'arraisonnement de l'*Estai*, afin que l'ensemble des bateaux de pêche espagnols cessent leurs activités dans la zone de réglementation de l'OPANO, doit être considérée, en tant que telle, comme procédant de l'exécution des mesures de gestion et de conservation au sens de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada du 10 mai 1994. Est-ce que ces menaces de l'emploi de la force relèvent aussi communément de l'exécution des mesures de gestion et de conservation des ressources biologiques de la haute mer en droit international? L'arrêt ne répond pas à cette question.

- e) *L'expression « différends auxquels pourraient donner lieu les mesures... » de la réserve et l'objet du différend soumis par l'Espagne*

423. Comme je l'ai exposé tout au long de la présente opinion, en particulier au chapitre III, l'objet du différend soumis par l'Espagne à la Cour concerne le titre ou le défaut de titre du Canada pour exercer certaines juridictions, certains droits ou certaines prétentions en haute mer à l'égard des navires battant pavillon espagnol se trouvant dans un tel espace maritime et ledit différend, en conséquence, n'est pas exclu du consentement à la juridiction de la Cour exprimé par le Canada dans sa déclaration de 1994 malgré la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 qui fait partie de la déclaration. Dans cette réserve, il ne s'agit que des « mesures de gestion et de conservation » adoptées par le Canada et de « l'exécution de telles mesures » et non pas du titre de droit international du Canada pour pouvoir adopter et exécuter les mesures en question à l'égard de l'Espagne et de ses navires en haute mer. La réserve de la déclaration canadienne en vigueur ne soustrait pas à la compétence de la Cour le titre et les mesures, comme ce fut le cas de la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration canadienne de 1970.

424. Il s'ensuit pour moi que l'adoption par le Canada des mesures de gestion et de conservation et l'exécution de telles mesures — même si cela correspondait aux faits et au droit — ne pourraient pas donner lieu à un différend dont l'objet est le titre ou le défaut de titre du Canada pour précisément adopter et/ou exécuter les mesures en question. Juridiquement et logiquement, le titre ou le défaut de titre du Canada est un *prius* par rapport aux mesures adoptées et/ou exécutées par le Canada.

425. Cette première conclusion écarterait déjà l'objection à la compétence du Canada fondée sur la réserve de l'alinéa *d*) de sa déclaration de 1994. En d'autres termes, les mesures de la réserve *ne pourraient pas donner lieu* (« *arising out of or concerning* ») à un différend comme celui soumis à la Cour par la requête de l'Espagne du 28 mars 1995. Ainsi, les mots employés dans la réserve ne sauraient, d'emblée, jouer un rôle d'exclusion dans les circonstances de la présente affaire. Il faut noter que, dans la déclaration de 1970 du Canada, la réserve de l'alinéa *d*) contenait les mêmes mots et, cependant, ceux qui les suivaient englobaient des juridictions, des droits et des prétentions du Canada aussi bien que des mesures adoptées par le Canada. Ce n'est pas le cas de la présente réserve, où il n'est question, après les mots en cause, que des mesures adoptées et exécutées par le Canada.

426. La conclusion qui précède correspond à celle défendue par l'Espagne tout au long du présent incident préliminaire. La position du Canada sur ce point a été d'abord, comme je l'ai dit, celle de l'identité de l'objet du différend et de l'objet de la réserve de l'alinéa *d*) de sa déclaration. Cet argument sera remplacé à la phase orale par celui selon lequel l'objet du différend serait *aussi* la gestion et la conservation des pêches. A partir de ce moment, tous les efforts canadiens vont viser à démontrer que

les différends de la réserve concernent un concept plus large que celui du différend ayant pour objet des «mesures de gestion et de conservation». Pour le Canada, il y aurait donc certains aspects ou éléments communs entre le différend et la réserve qui seraient suffisants pour faire tomber le différend dans le champ d'application de la réserve. C'est dans ce contexte que le Canada va se souvenir de l'expression «différends auxquels pourraient donner lieu les mesures...», surtout dans sa formulation anglaise («*arising out of or concerning*»). Ainsi, toute question soulevée par les mesures adoptées directement ou indirectement par le Canada relativement à un point quelconque tel que le titre, la nécessité, l'opportunité, la méthode d'exécution, etc. (*arising out of or concerning*), serait couverte par la réserve. *Arising out of* viserait l'origine et *concerning* l'objet du différend.

427. A première vue, cette interprétation du Canada semblerait s'appuyer sur le texte de la réserve de l'alinéa *d*). Ce n'est toutefois qu'un mirage. Outre le fait que les mots «directement ou indirectement» ne sont pas mentionnés dans le texte de la réserve, les arguments canadiens abandonneront vite les formulations française et anglaise du texte de la réserve pour d'autres. Cela équivaut à une reconnaissance du fait que le texte de la réserve ne conforte pas la thèse canadienne de l'*aussi*. Les conseils du Canada vont se tourner alors vers l'*ayant trait*» de la réserve grecque dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée* (C.I.J. Recueil 1978, p. 3).

428. Le défendeur a ainsi pris tout de suite des libertés avec son propre texte de la réserve. Dans les interventions canadiennes à l'audience, on note une véritable cascade de termes nouveaux, se substituant à l'expression «auxquels pourraient donner lieu» (*arising out of or concerning*) de la réserve. Tout ne s'arrête pas à l'*ayant trait*. Parfois cette formule s'accompagne d'une autre formule, à savoir «*se rapporter à*». Mais il y en a beaucoup d'autres, malgré les affirmations rassurantes que le texte est clair et que l'intention qui se cache derrière le texte ne l'est pas moins. J'ai noté, par exemple, les formules suivantes: «*se rapporte aussi*»; «*qu'il ait été occasionné par*»; «*qu'il soit en relation avec*»; «*mettre en cause*»; «*mettre en jeu*», «*être né*», etc.

429. Au terme de ce parcours, on ne peut que constater, une fois de plus, que pour le Canada la réserve n'a pas de texte ou, tout au moins, qu'il se considère autorisé à le modifier selon le moment ou les besoins de l'argumentation. On n'est plus dans l'interprétation d'une déclaration relevant du système de la clause facultative. Il faut le dire. Il est clair que l'invocation initiale de l'expression «auxquels pourraient donner lieu» (*arising out of or concerning*) n'était qu'une question de stratégie judiciaire. C'est encore l'intention sous-jacente du Canada qui préside et gouverne le tout.

430. Pour l'arrêt, les formulations employées dans la réserve de l'alinéa *d*) donneraient à l'exclusion établie par la réserve un caractère plus large et plus englobant. L'arrêt adopte donc l'argument canadien et, tout comme le Canada, se met aussi à utiliser d'autres formules pour expliquer ce qui serait autrement parfaitement clair (voir paragraphes 62 et 63 de

l'arrêt). Or, à ce moment-là de son raisonnement, l'arrêt avait déjà pris soin d'écartier la question du titre ou du défaut de titre du Canada en tant qu'objet du présent différend. L'arrêt ne s'est donc pas vu dans la nécessité de prendre position sur le *prius*, c'est-à-dire sur la contradiction juridique et logique que j'ai mentionnée ci-dessus. En outre, l'arrêt ne se donne pas la peine de procéder ici à la comparaison des termes des deux déclarations, méthode qu'il reconnaît et applique à d'autres fins aux paragraphes 50 et autres. Comme je l'ai déjà dit, la réserve de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration de 1970 du Canada n'est pas du tout mentionnée dans l'arrêt, seulement celle de 1985.

431. Disons pour conclure que l'expression «différends auxquels pourraient donner lieu les mesures...» qu'emploie la réserve de l'alinéa *d*) de la déclaration du Canada de 1994 ne semble jouer qu'un rôle bien secondaire dans les motifs de l'arrêt et pour les mêmes raisons que dans la présente opinion dissidente, bien que l'on arrive à des conclusions différentes sur l'existence de la compétence. Ayant conclu que les mesures adoptées et exécutées par le Canada en mars/avril 1995 à l'encontre des navires espagnols ne sont pas pour moi des mesures de gestion et de conservation, ou l'exécution de telles mesures, au sens que revêtent ces termes dans la réserve, l'expression susmentionnée «différends auxquels pourraient donner lieu les mesures...» n'a plus de rôle majeur à jouer dans l'interprétation de la réserve. Cette conclusion vient donc s'ajouter à la conclusion à laquelle je suis arrivé dans les premiers paragraphes de la présente section. Ainsi, ni le terme «différends» qui précède les formules en question, ni l'expression «mesures de gestion et de conservation...» qui les suit, ne modifient en rien l'interprétation qui est faite de la réserve canadienne dans la présente opinion compte tenu de mes considérations et conclusions sur ledit terme et sur ladite expression.

CHAPITRE V. AUTRES QUESTIONS

1. *La compétence de la compétence de la Cour*

432. En réponse à des arguments de l'Espagne, les conseils du Canada ont répété maintes fois que celui-ci ou celui-là relevait du «fond» et non pas de la «compétence», sans se soucier du caractère «préliminaire» de la présente procédure incidente. Or, c'est faire erreur que d'affirmer que compétence/fond est synonyme de préliminaire/non préliminaire. La question de la compétence doit toujours être tranchée en premier lieu, mais cela peut se faire tant dans une phase incidente préliminaire que lors de la phase sur le fond. Le fait qu'une exception ou objection soit présentée sous une forme préliminaire, comme l'a fait le Canada, ne veut pas dire qu'elle soit véritablement préliminaire ou qu'il soit possible de la trancher dans une phase incidente préliminaire.

Comme la jurisprudence le confirme, en qualifiant certaines exceptions de préliminaires, l'article 79 du Règlement de la Cour montre bien que:

«lorsqu'elles présentent exclusivement ce caractère, les exceptions doivent être tranchées sans délai, mais que, dans le cas contraire, et notamment lorsque ce caractère n'est pas exclusif puisqu'elles comportent à la fois des aspects préliminaires et des aspects de fond, elles devront être réglées au stade du fond. Ce procédé tend d'autre part à décourager toute prolongation inutile de la procédure au stade de la compétence.» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1986, p. 31, par. 41.)

Ainsi, en déclarant, par exemple, que l'objection du Canada fondée sur la réserve de l'alinéa *d*) n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire, la Cour ne trancherait point la question de la licéité des mesures de gestion et de conservation de la réserve ou de leur exécution. Une telle déclaration signifierait tout simplement que la Cour ne statuerait sur ces questions qu'au stade du fond. L'arrêt semblerait s'inspirer de considérations d'un autre ordre, à savoir de la fameuse «intention sous-jacente» du Canada qui entendait exclure par la réserve tout examen au fond que ce soit à la phase de la compétence ou par la suite.

2. Les objections ou exceptions n'ayant pas un caractère exclusivement préliminaire

433. Le paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement de la Cour prévoit que celle-ci, après avoir entendu les parties, statue dans un arrêt par lequel elle retient l'exception, la rejette ou déclare que cette exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire. L'Espagne, dans son mémoire et lors des audiences, a invoqué cette disposition réglementaire à l'égard de certaines interprétations de la réserve canadienne avancées par le défendeur. L'arrêt écarte toute déclaration de caractère non exclusivement préliminaire. Il le fait en établissant une distinction entre l'interprétation de la réserve et la question de la licéité des actes visés à l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration du Canada (paragraphe 85 de l'arrêt).

434. Pour l'arrêt, cela serait possible même lorsqu'il s'agit d'interpréter des ambiguïtés, des obscurités et des silences des réserves insérées dans les déclarations. Les paragraphes 54 et 79 de l'arrêt — que je rejette — sont absolument clairs à cet égard. La bonne foi n'aurait aucun rôle à jouer dans l'interprétation des réserves! L'arrêt semble se plaire à le souligner, par exemple, lorsqu'il affirme:

«La Cour n'a jamais donné à entendre, dans sa jurisprudence, qu'une interprétation privilégiant la conformité au droit international des actes exclus de la compétence de la Cour est la règle qui s'impose pour l'interprétation de telles réserves.» (Paragraphe 54 de l'arrêt.)

435. Cette conclusion incroyable de l'arrêt me semble toutefois insuffisante pour que l'on puisse écarter dans l'interprétation d'une réserve toute déclaration de caractère non exclusivement préliminaire. Malgré la redéfinition par l'arrêt de l'objet du différend (exclusion par exemple du titre ou du défaut de titre du Canada ou de l'opposabilité ou de la non-opposabilité à l'Espagne de la législation canadienne), je suis loin de pouvoir conclure avec l'arrêt qu'aucune des questions qu'il traite n'a en l'espèce un *caractère non exclusivement préliminaire*, notamment pour ce qui est de la définition des « mesures de gestion et de conservation » et des mots « l'exécution de telles mesures » dans la réserve ainsi que de l'appréciation de l'usage de la force par le Canada *in casu* à l'encontre des navires espagnols et de ses menaces ultérieures en haute mer. En tout cas, l'arrêt passe outre à la troisième alternative offerte par le paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement de la Cour pour des procédures incidentes sur des objections ou exceptions préliminaires.

3. *La portée de la res judicata du présent arrêt*

436. Tous les arrêts de la Cour, et partant le présent arrêt, sont obligatoires pour les parties, définitifs et sans recours (articles 59 et 60 du Statut), sans préjudice évidemment des demandes en interprétation ou en revision telles que prévues aux articles 60 et 61 du Statut respectivement. Il va de soi que la *res judicata* du présent arrêt ne concerne que la question préliminaire de la compétence de la Cour pour statuer sur le différend, l'objet du différend de la requête ayant été d'autre part reformulé par l'arrêt lui-même. En outre, adopté dans une procédure incidente préliminaire, l'arrêt n'est pas susceptible de par sa nature même de trancher ou de préjuger en rien que ce soit des questions ayant trait au fond du différend qui divise les Parties et cela quoique ses motifs puissent dire à ce sujet. Ainsi donc, *toutes les questions relevant du fond du différend entre l'Espagne et le Canada soumis à la Cour par la requête de l'Espagne du 28 mars 1995 restent tout à fait en dehors de la portée de la res judicata du présent arrêt sur la compétence.*

CONCLUSION GÉNÉRALE

437. A la lumière de l'ensemble des considérations sus-énoncées, je conclus que la Cour est parfaitement compétente pour statuer sur le différend porté devant elle par la requête que l'Espagne a déposée le 28 mars 1995.

Les motifs essentiels sur lesquels la présente opinion dissidente se fonde sont au nombre de trois. Tout d'abord, le rôle fondamental du principe de la bonne foi tant dans le *modus operandi* du système de la clause facul-

tative que dans l'interprétation et l'application par la Cour des déclarations faites par les Etats conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour. En deuxième lieu, la distinction tout aussi fondamentale que l'on doit toujours faire entre, d'une part, le principe du consentement des Etats en cause à la juridiction de la Cour et, d'autre part, l'interprétation, conformément aux règles d'interprétation du droit international, du consentement manifesté objectivement dans les déclarations lors de leur dépôt auprès du Secrétariat général des Nations Unies. Enfin, l'exigence non moins fondamentale de la procédure internationale que, dans l'intérêt du principe de l'égalité des parties, le droit souverain de l'Etat demandeur de définir l'objet du différend qu'il soumet à la Cour soit tout autant respecté que le droit souverain de l'Etat défendeur de s'opposer à la juridiction de la Cour par la présentation d'objections ou d'exceptions préliminaires ou de déposer à son tour une demande reconventionnelle.

Chacun de ces motifs fondamentaux est en lui-même suffisant pour que je ne puisse pas souscrire à un arrêt dont je crains les effets particulièrement négatifs, au-delà même de la présente affaire, pour le développement du système de la clause facultative en tant que moyen d'acceptation par les Etats de la juridiction obligatoire de la Cour, tel qu'il est prévu à l'article 36 du Statut de la Cour.

(*Signé*) Santiago TORRES BERNÁRDEZ.