

DECLARATION OF JUDGE XUE

1. With regard to Colombia's third counter-claim relating to the artisanal fishing rights of the inhabitants of the San Andrés Archipelago, I agree with the Court's conclusion that Colombia fails to prove the existence of its traditional practice of artisanal fishing that extends to the area that falls within Nicaragua's exclusive economic zone. In regard to traditional or historic fishing rights, however, I wish to make a few observations in this declaration.

2. First of all, traditional fishing rights are recognized and protected under customary international law. Under the law of the sea, traditional fishing generally refers to artisanal fishing that may have existed for centuries. Although there may be improvements in the techniques of navigation and communication or in the techniques of fishing, traditional fishing is distinct from habitual fishing and traditional industrial fishing. Traditional fishing rights are acquired from a long process of historical consolidation of socio-economic conditions and conduct, which reflects certain cultural patterns, local customs and traditions. Given their nature, substance and origin, the existence of traditional fishing rights must be examined and determined on a case-by-case basis.

3. At the Second United Nations Conference on the Law of the Sea, when the breadth of the territorial sea was being considered, fishery limits was one of the issues raised by States, as expansion of the breadth of the territorial sea from 3 nautical miles to 12 nautical miles would inevitably have a bearing on the fishing interests of States in coastal waters. It was realized, nevertheless, that there were diverse situations in different parts of the world and that it was impossible to take account of every special case (*Eighth Meeting of the Committee of the Whole, 30 March 1960*, UN doc. A/CONF.19/C.1/SR.8, paras. 6-12 (Brazil); *Fifteenth Meeting of the Committee of the Whole, 5 April 1960*, UN doc. A/CONF.19/C.1/SR.15, para. 12 (New Zealand); *Nineteenth Meeting of the Committee of the Whole, 7 April 1960*, UN doc. A/CONF.19/C.1/SR.19, paras. 34-36 (Lebanon)). Meanwhile the idea to set up an exclusive fishing zone, separate but adjacent to the territorial sea, to give the coastal State certain rights in respect of the exploitation of fishery resources in the zone so as to satisfy the growing needs of its people was gaining wide recognition, particularly among the developing countries (*Eighth Meeting of the Committee of the Whole, 30 March 1960*, UN doc. A/CONF.19/C.1/SR.8, paras. 34 and 39-40 (Yugoslavia); *Fifteenth Meeting of the Committee of the Whole, 5 April 1960*, UN doc. A/CONF.19/C.1/SR.15, para. 24

DÉCLARATION DE M^{me} LA JUGE XUE

[Traduction]

1. En ce qui concerne la troisième demande reconventionnelle de la Colombie portant sur les droits de pêche artisanale des habitants de l'archipel de San Andrés, je souscris à la conclusion de la Cour, selon qui la Colombie n'a pas démontré l'existence d'une pratique traditionnelle de la pêche artisanale par ces habitants jusque dans des espaces maritimes relevant de la zone économique exclusive du Nicaragua. Je souhaite cependant formuler dans la présente déclaration quelques observations au sujet des droits de pêche traditionnels ou historiques.

2. Tout d'abord, les droits de pêche traditionnels sont reconnus et protégés par le droit international coutumier. En droit de la mer, la pêche traditionnelle renvoie généralement à la pêche artisanale qui a pu être pratiquée pendant des siècles. Même si les techniques de navigation, de communication ou de pêche peuvent évoluer, la pêche traditionnelle se distingue de la pratique habituelle de la pêche et de ce que l'on entend généralement par pêche industrielle. Les droits de pêche traditionnels s'acquièrent au fil d'un long processus de consolidation historique de conditions socio-économiques et de comportements qui reflète certaines particularités culturelles et coutumes et traditions locales. Compte tenu de leur nature, de leur teneur et de leur origine, il y a lieu d'examiner et de déterminer l'existence des droits de pêche traditionnels au cas par cas.

3. A la deuxième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, au cours des discussions portant sur la largeur de la mer territoriale, les Etats ont notamment soulevé la question des limites des pêcheries, car l'élargissement de la mer territoriale de 3 à 12 milles marins allait inévitablement avoir des incidences sur leurs intérêts en matière de pêche dans les eaux côtières. Ils ont néanmoins pris conscience que les différentes régions du monde présentaient des situations variées et qu'il était impossible de prendre en considération chaque cas particulier (8^e Séance de la Commission plénière, 30 mars 1960, Nations Unies, doc. A/CONF.19/C.1/SR.8, par. 6-12 (Brésil), 15^e Séance de la Commission plénière, 5 avril 1960, Nations Unies, doc. A/CONF.19/C.1/SR.15, par. 12 (Nouvelle-Zélande), 19^e Séance de la Commission plénière, 7 avril 1960, Nations Unies, doc. A/CONF.19/C.1/SR.19, par. 34-36 (Liban)). Pendant ce temps, l'idée d'établir une zone de pêche exclusive, distincte de la mer territoriale mais adjacente à celle-ci, pour y donner à l'Etat côtier certains droits en matière d'exploitation des ressources halieutiques de sorte qu'il puisse satisfaire les besoins croissants de sa population était de plus en plus largement admise, en particulier parmi les pays en développement (8^e Séance de la Commission plénière, 30 mars 1960, Nations Unies, doc. A/CONF.19/C.1/SR.8, par. 34 et 39-40 (Yougoslavie), 15^e Séance de la Commission plénière,

(Ceylon); *Nineteenth Meeting of the Committee of the Whole*, 7 April 1960, UN doc. A/CONF.19/C.1/SR.19, para. 7 (Tunisia)).

4. At the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, States held divergent views as to whether a coastal State should enjoy exclusive rights to exploit living resources in the exclusive economic zone and to what extent traditional fishing may be maintained. In this regard, both traditional artisanal fishing and long-established industrial and commercial fishing were mentioned.

5. In the present case, examples cited by Nicaragua, which refer to the positions taken by States such as Japan, the Soviet Union, Australia, New Zealand and the United States, on the protection of traditional fishing rights, largely concern the long-established industrial and commercial fishing. Contrary to Nicaragua's assertion that the developing countries "strenuously objected" to the protection of traditional fishing rights, these countries were actually very critical of foreign industrial and commercial fishing practices, particularly of those "prescriptive rights" acquired under colonialism (*Summary Records of Plenary Meetings, 23rd plenary meeting, 1 July 1974*, UN doc. A/CONF.62/SR.23, para. 53 (Argentina); *Summary Records of Meetings of the Second Committee, 22nd meeting, 31 July 1974*, UN doc. A/CONF.62/C.2/SR.22, para. 72 (Zaire); *Summary Records of Meetings of the Second Committee, 29th meeting, 6 August 1974*, UN doc. A/CONF.62/C.2/SR.29, para. 3 (Burma)). They were mainly concerned about "leav[ing] the door open for the traditional distant-water fishing nations which had enjoyed and sometimes abused the freedom of fishing in a region *with which they had no geographical or economic connexion*" (*Summary Records of Meetings of the Second Committee, 22nd meeting, 31 July 1974*, UN doc. A/CONF.62/C.2/SR.22, para. 92 (Barbados) (emphasis added)). At the same time, they were sympathetic to the fishing interests of the developing countries whose economy depended on fisheries. In "Conclusions in the General Report of the African States Regional Seminar on the Law of the Sea", a document to which Nicaragua refers in support of its claim, it is stated that "the 'historic rights' acquired by certain neighbouring African States in a part of the Sea which may fall within the exclusive jurisdiction of another State w[ould] be recognized and safeguarded" (*Report of the Committee on the Peaceful Uses of the Sea-Bed and the Ocean Floor beyond the Limits of National Jurisdiction* (1972), UN doc. A/8721, Annex I, p. 75). Apparently, traditional fishing rights have to be considered in each specific context.

6. The establishment of the exclusive economic zone régime is one of the major achievements of the Third United Nations Conference on the

5 avril 1960, Nations Unies, doc. A/CONF.19/C.1/SR.15, par. 24 (Ceylan), 19^e Séance de la Commission plénière, 7 avril 1960, Nations Unies, doc. A/CONF.19/C.1/SR.19, par. 7 (Tunisie)).

4. A la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, les Etats avaient des vues divergentes sur la question de savoir si un Etat côtier devait bénéficier de droits exclusifs d'exploitation des ressources biologiques dans la zone économique exclusive et sur la mesure dans laquelle la pêche traditionnelle pouvait être préservée. A cet égard, tant la pêche artisanale traditionnelle que la pêche industrielle et commerciale pratiquée depuis longtemps avaient été mentionnées.

5. Dans la présente espèce, les exemples cités par le Nicaragua, qui renvoient aux positions adoptées par des Etats tels que le Japon, l'Union soviétique, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et les Etats-Unis d'Amérique s'agissant de la protection des droits de pêche traditionnels, avaient pour une grande part trait à la pêche industrielle et commerciale exercée de longue date. Contrairement à ce qu'a prétendu le Nicaragua, selon qui les pays en développement s'étaient dits «vivement opposés» à la protection des droits de pêche traditionnels, en réalité, ces pays désapprouvaient fortement les pratiques des navires étrangers en matière de pêche industrielle et commerciale, notamment les «droits acquis par prescription» à l'époque du colonialisme (*Comptes rendus analytiques des séances plénières, 23^e séance, 1^{er} juillet 1974*, Nations Unies, doc. A/CONF.62/SR.23, par. 53 (Argentine); *Comptes rendus analytiques des séances de la Deuxième Commission, 22^e séance, 31 juillet 1974*, Nations Unies, doc. A/CONF.62/C.2/SR.22, par. 72 (Zaïre), et *Comptes rendus analytiques des séances plénières, 29^e séance, 6 août 1974*, Nations Unies, doc. A/CONF.62/C.2/SR.29, par. 3 (Birmanie)). Ils craignaient surtout de «laisser la porte ouverte aux nations qui se livr[ai]ent traditionnellement à la pêche hauturière et qui [avaie]nt usé et souvent abusé de la liberté de pêcher dans une région éloignée avec laquelle elles n'[avaie]nt aucun lien géographique ou économique» (*Comptes rendus analytiques des séances de la Deuxième Commission, 22^e séance, 31 juillet 1974*, Nations Unies, doc. A/CONF.62/C.2/SR.22, par. 92 (Barbade) (les italiques sont de moi)). Dans le même temps, ils étaient sensibles aux intérêts en matière de pêche des pays en développement dont l'économie dépendait des pêcheries. Dans les conclusions du rapport général du séminaire régional des Etats africains sur le droit de la mer, document évoqué par le Nicaragua à l'appui de sa demande, il est indiqué qu'«[i]l conv[enai]t de reconnaître et de sauvegarder les «droits historiques» acquis par certains Etats africains limitrophes sur une partie de la mer [pouvant] relever de la juridiction exclusive d'un autre Etat» (*Rapport du comité des utilisations pacifiques du fond des mers et des océans au-delà des limites de la juridiction nationale, 1972*, Nations Unies, doc. A/8721, annexe I, p. 84). Selon toute vraisemblance, il y a lieu d'examiner les droits de pêche traditionnels dans le contexte particulier de chaque situation.

6. La mise en place du régime de la zone économique exclusive est l'une des réalisations majeures de la troisième conférence des Nations Unies sur

Law of the Sea, which largely responds to the general concerns of the coastal States over the exploitation of living resources by industrial and commercial fishing of foreign fleets in their coastal waters and the need to ensure optimum utilization of natural resources of the sea. Under Part V of the United Nations Convention on the Law of the Sea (hereinafter “UNCLOS”), the coastal State is entitled to establish a 200-nautical-mile exclusive economic zone beyond and adjacent to its territorial sea. It enjoys sovereign rights in the exploration, exploitation, conservation and management of the natural resources in the exclusive economic zone and has the jurisdiction with regard to the establishment and use of artificial islands, marine scientific research as well as the protection and preservation of the marine environment in that zone. It shall determine the allowable catch of the living resources and take conservation and management measures to ensure sustainable development and utilization of the living resources in the exclusive economic zone. This new régime has fundamentally changed the fishery limits in the sea and put an end to the freedom of fishing in the areas that fall within the exclusive economic zone of the coastal States.

7. Article 51, paragraph 1, of UNCLOS explicitly recognizes the traditional fishing rights of the immediately adjacent neighbouring States in the archipelagic waters. According to Nicaragua, this provision is the only exception, as a carve-out, that preserves traditional fishing rights under UNCLOS. The drafting history of Part IV on archipelagic States, however, does not support that interpretation. The *travaux préparatoires* show that Article 51, paragraph 1, is the outcome of the negotiations of States on the recognition of the status of archipelagic States. It was intended to maintain a balance of rights and interests between the archipelagic States and their regional neighbours whose fishing interests would be substantially jeopardized by the enclosure of the archipelagic waters (see *Summary Records of Meetings of the Second Committee, 36th meeting, 12 August 1974*, UN doc. A/CONF.62/C.2/SR.36; *Summary Records of Meetings of the Second Committee, 37th meeting, 12 August 1974*, UN doc. A/CONF.62/C.2/SR.37, on the positions taken by Singapore, Thailand, the Philippines, Indonesia and Japan). Confined to a special régime, Article 51, paragraph 1, concerns solely traditional fishing rights in the archipelagic waters. There is no legal basis in international law to preclude the existence of traditional fishing rights under other circumstances.

8. Article 62, paragraph 3, of UNCLOS provides a number of relevant factors for giving access to other States to the surplus of the allowable catch in the exclusive economic zone, among which is the need to minimize economic dislocation in States whose nationals have habitually fished in the zone. According to Nicaragua, by taking into account this “habitually fished” factor, the Convention has settled the relationship between the exclusive economic zone and traditional fishing rights; the

le droit de la mer, en ce qu'elle répond dans une large mesure aux préoccupations des Etats côtiers concernant l'exploitation des ressources biologiques de leurs eaux côtières par les flottes étrangères y pratiquant la pêche industrielle et commerciale et à la nécessité de garantir une utilisation optimale des ressources naturelles de la mer. En vertu de la partie V de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après la «CNUDM» ou la «convention»), l'Etat côtier a le droit d'établir une zone économique exclusive de 200 milles marins au-delà de sa mer territoriale et adjacente à celle-ci. Il y jouit de droits souverains aux fins d'exploration, d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources naturelles et a juridiction en ce qui concerne la mise en place et l'utilisation d'îles artificielles, la recherche scientifique marine, ainsi que la protection et la préservation du milieu marin dans cette zone. Il fixe le volume admissible des captures en ce qui concerne les ressources biologiques et prend des mesures de conservation et de gestion pour garantir un développement et une exploitation viables des ressources biologiques dans sa zone économique exclusive. Ce nouveau régime a fondamentalement modifié les limites des zones de pêche en mer et mis fin au libre exercice de cette activité dans les espaces maritimes relevant de la zone économique exclusive des Etats côtiers.

7. Le paragraphe 1 de l'article 51 de la CNUDM reconnaît expressément les droits de pêche traditionnels des Etats limitrophes dans les eaux archipélagiques. Selon le Nicaragua, cette disposition est la seule exception, énoncée isolément, qui préserve les droits de pêche traditionnels au titre de la convention. Or la genèse de la partie IV de la convention, relative aux Etats archipels, n'étaye pas cette interprétation. Les travaux préparatoires montrent que la disposition en question, qui est le résultat des négociations menées entre les Etats sur la reconnaissance du statut des Etats archipels, visait à préserver un équilibre entre les droits et intérêts des Etats archipels et ceux de leurs voisins régionaux dont les intérêts en matière de pêche seraient sensiblement mis en péril par la délimitation des eaux archipélagiques (*Comptes rendus analytiques des séances de la Deuxième Commission, 36^e séance, 12 août 1974*, Nations Unies, doc. A/CONF.62/C.2/SR.36, et *Comptes rendus analytiques des séances plénières, 37^e séance, 12 août 1974*, Nations Unies, doc. A/CONF.62/C.2/SR.37, où sont consignées les positions adoptées par Singapour, la Thaïlande, les Philippines, l'Indonésie et le Japon). Son application étant circonscrite à un régime spécial, le paragraphe 1 de l'article 51 ne porte que sur les droits de pêche traditionnels dans les eaux archipélagiques. Rien dans le droit international ne fait obstacle à l'existence de droits de pêche traditionnels dans d'autres situations.

8. Le paragraphe 3 de l'article 62 de la convention prévoit un certain nombre de facteurs pertinents pour accorder à d'autres Etats l'accès au reliquat du volume admissible dans la zone économique exclusive, dont la nécessité de réduire à un minimum les perturbations économiques dans les Etats dont les ressortissants pratiquent habituellement la pêche dans la zone. Selon le Nicaragua, en prenant en considération la «pratique[] habituelle[] [de] la pêche», la convention a réglé le rapport entre la zone écono-

former thereby supersedes the latter. This conclusion is apparently over-sweeping. Among all relevant factors, Article 62, paragraph 3, highlights five factors for consideration, namely national interests of the coastal State, rights of land-locked States and geographically disadvantaged States, the requirements of developing States in the subregion or region, and the need to minimize economic dislocation in States whose foreign nationals have habitually fished in the zone or which have made substantial efforts in research and identification of stocks. Those factors reflect the principles of distributive justice and fairness that underlie the régime of the exclusive economic zone under UNCLOS. Habitual fishing may include certain types of traditional fishing activities carried out by individual fishermen of other States, but in the context of the Article, that factor alone cannot be taken to presume that all situations relating to traditional fishing rights are encompassed by that Article.

9. The advent of the régime of the exclusive economic zone, as set forth in UNCLOS, does not by itself extinguish traditional fishing rights that may be found to exist under customary international law. According to the settled jurisprudence of the Court, a treaty provision may “embod[y]” or “crystallize[]” a pre-existing or emergent rule of customary law (*Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1982, p. 38, para. 24), or may “constitute[] the foundation of, or has generated a rule which . . . has since passed into the general corpus of international law” (*North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 41, para. 71). For pre-existing rights under customary international law, however, unless and until they are explicitly negated by treaty law or new customary rules, they continue to exist and apply under customary international law, even as regards States that are parties to the relevant treaty (see *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 424, para. 73). The Court has also held that where the content of a customary rule is “confirmed and influenced by [a treaty referring to and embodying this rule]”, the fact that the treaty “does not go on to regulate directly all aspects of [the] content” of the rule in question,

“demonstrates that . . . customary international law continues to exist alongside treaty law. The areas governed by these two sources of law thus do not overlap exactly, and the rules do not have the same content.” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 94, para. 176.)

10. The existence of traditional fishing rights must be proved by evidence. As noted, such rights are derived from long, continuous and peace-

mique exclusive et les droits de pêche traditionnels, la première rendant ainsi les seconds caducs. Cette conclusion paraît trop catégorique. Parmi tous les éléments pertinents, le paragraphe 3 de l'article 62 met en évidence cinq facteurs dont il convient de tenir compte, à savoir les intérêts nationaux de l'Etat côtier, les droits des Etats sans littoral et des Etats géographiquement désavantagés, les besoins des Etats en développement de la région ou de la sous-région et la nécessité de réduire à un minimum les perturbations économiques dans les Etats dont les ressortissants pratiquent habituellement la pêche dans la zone ou qui ont beaucoup contribué à la recherche et à l'inventaire des stocks. Ces facteurs reflètent les principes de justice distributive et d'équité qui sous-tendent le régime de la zone économique exclusive prévu par la CNUDM. Si l'on peut considérer que la pratique habituelle de la pêche inclut certains types d'activités relevant de la pêche traditionnelle exercées par des pêcheurs d'autres Etats, aux fins de cet article, cela ne suffit toutefois pas pour en inférer que celui-ci couvre toutes les situations relatives aux droits de pêche traditionnels.

9. La mise en place du régime de la zone économique exclusive tel que défini dans la CNUDM n'éteint pas en soi les droits de pêche traditionnels qui pourraient exister en droit international coutumier. Selon la jurisprudence constante de la Cour, une disposition conventionnelle peut «consacrer[r]» ou «cristalliser[r]» une règle de droit coutumier préexistante ou en voie de formation (*Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 38, par. 24) ou «servir[r] de base ou de point de départ à une règle qui ... se serait depuis lors intégrée à l'ensemble du droit international général» (*Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 41, par. 71). En revanche, des droits préexistants en droit international coutumier subsistent et continuent de s'appliquer même à l'égard des Etats parties au traité en question, à moins et jusqu'à tant qu'ils soient expressément exclus par le droit conventionnel ou par de nouvelles règles coutumières (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 424, par. 73). La Cour a également jugé que, lorsque le contenu d'une règle coutumière est «confirmé par [un traité faisant référence à cette règle et la consacrant] et influencé par [lui]», le fait que ledit traité

«n'en régleme[n]te pas directement la substance sous tous ses aspects ... atteste ... que ... le droit coutumier continue d'exister à côté du droit conventionnel. Les domaines régleme[n]tés par l'une et par l'autre source de droit ne se recouvrent donc pas exactement et les règles n'ont pas le même contenu.» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 94, par. 176.)

10. L'existence de droits de pêche traditionnels doit être démontrée par des éléments de preuve. Comme il a été noté, ces droits découlent de

ful exercise of certain practices. In the absence of specific conventional provisions that expressly negate all traditional fishing rights, general international law will continue to govern on the matter, whenever a case arises. As the Preamble of UNCLOS affirms, “matters not regulated by this Convention continue to be governed by the rules and principles of general international law”.

11. Indeed, States party to UNCLOS continue to recognize, through bilateral agreements, historic and traditional fishing rights that existed prior to the conclusion of the Convention. For example, in 1974, India and Sri Lanka agreed on the delimitation of historic waters of Palk Bay, where the traditional fishing rights of both States’ fishermen are recognized and protected. Article 6 of the Agreement provides that “[t]he vessels of Sri Lanka and India will enjoy in each other’s waters such rights as they have traditionally enjoyed therein” (Agreement between Sri Lanka India and on the Boundary in Historic Waters between the Two Countries and Related Matters, 26 and 28 June 1974, United Nations, *Treaty Series (UNTS)*, Vol. 1049, p. 26). Likewise, the 1978 boundary agreement between Australia and Papua New Guinea acknowledges and protects the “traditional way of life and livelihood” of the local population, including traditional fishing, in the Protected Zone established (Article 10 (3) of the 1978 Treaty between Australia and the Independent State of Papua New Guinea concerning Sovereignty and Maritime Boundaries in the Area between the Two Countries, including the Area Known as Torres Strait, and Related Matters, *UNTS*, Vol. 1429, p. 215).

12. Traditional fishing rights are also recognized in international jurisprudence. For instance, in the *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)* case, Tunisia claimed that it had had historic rights over sedentary and other fisheries in a certain zone since time immemorial, “deriv[ing] from the long-established interests and activities of its population in exploiting the fisheries of the bed and waters of the Mediterranean off its coasts” (*Judgment, I.C.J. Reports 1982*, p. 72, para. 98). Although the Court did not find it necessary to address Tunisia’s claim, it clearly acknowledged that such rights exist under customary international law, notwithstanding the exclusive economic zone régime (*ibid.*, p. 74, para. 100).

13. In the *Eritrea/Yemen* arbitration, the issue was squarely addressed by the tribunal. It explicitly recognized the existence of traditional fishing rights of Eritrea’s fishermen both within and beyond the territorial sea around the Yemeni islands (*Award of the Arbitral Tribunal in the first stage of the proceedings between Eritrea and Yemen (Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute) Decision of 9 October 1998*, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. XXII, pp. 329-330, para. 526; *Award of the Arbitral Tribunal in the second stage of the proceedings between Eritrea and Yemen (Maritime Delimitation)*,

l'exercice continu et pacifique de certaines pratiques pendant une longue période. En l'absence de disposition conventionnelle spécifique excluant expressément tous les droits de pêche traditionnels, la question reste régie, s'il y a lieu, par le droit international général. Ainsi que l'énonce le préambule de la CNUDM, «les questions qui ne sont pas réglementées par la Convention continueront d'être régies par les règles et principes du droit international général».

11. De fait, des États parties à la CNUDM continuent de reconnaître, au moyen d'accords bilatéraux, des droits de pêche historiques et traditionnels qui préexistaient à la conclusion de la convention. Par exemple, en 1974, l'Inde et Sri Lanka ont conclu un accord sur la délimitation des eaux historiques de Palk Bay, par lequel les droits de pêche traditionnels des pêcheurs des deux États sont reconnus et protégés. L'article 6 de cet accord prévoit que «[l]es bateaux sri lankais et indiens jouiront dans les eaux des deux pays des mêmes droits que ceux dont ils ont joui traditionnellement» (Accord entre le Sri Lanka et l'Inde relatif à la détermination des limites dans les eaux historiques entre les deux pays et aux questions connexes, 26 et 28 juin 1974, *Recueil des traités des Nations Unies (RTNU)*, vol. 1049, p. 29). De même, l'accord frontalier passé en 1978 entre l'Australie et la Papouasie-Nouvelle-Guinée reconnaît et protège le «mode de vie traditionnel et les moyens d'existence» de la population locale, y compris la pêche traditionnelle, dans la zone protégée établie (Traité entre l'Australie et l'État indépendant de Papouasie-Nouvelle-Guinée relatif à la souveraineté et aux frontières maritimes entre les deux pays, y compris dans la région dénommée Détroit de Torres, et à des questions connexes, *RTNU*, vol. 1429, p. 246, art. 10, par. 3).

12. Les droits de pêche traditionnels sont également reconnus dans la jurisprudence internationale. Par exemple, dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, la Tunisie a dit avoir eu des droits historiques sur les pêcheries sédentaires et autres dans une certaine zone depuis des temps immémoriaux, qui «résult[ai]ent de l'ancienneté des intérêts et activités de sa population pour ce qui [était] de l'exploitation des pêcheries situées au large de ses côtes, en mer Méditerranée et sur le fond de cette mer» (*arrêt, C.I.J. Recueil 1982*, p. 72, par. 98). Même si la Cour n'a pas jugé nécessaire d'examiner la prétention de la Tunisie, elle a clairement reconnu l'existence de ces droits en droit international coutumier, indépendamment du régime de la zone économique exclusive (*ibid.*, p. 74, par. 100).

13. Dans l'arbitrage entre l'Erythrée et le Yémen, la question a été traitée sans détour par le tribunal. Celui-ci a reconnu expressément l'existence de droits de pêche traditionnels des pêcheurs érythréens tant dans la mer territoriale entourant les îles yéménites qu'au-delà de celle-ci (*Sentence du tribunal arbitral rendue au terme de la première étape de la procédure entre l'Erythrée et la République du Yémen (souveraineté territoriale et portée du différend)*, décision du 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XXII, p. 329-330, par. 526; *Sentence du tribunal arbitral rendue au terme de la seconde étape de la procédure*

Decision of 17 December 1999, RIAA, Vol. XXII, p. 361, para. 109). In reaching its conclusion regarding traditional fishing rights, the tribunal emphasized that “[i]n finding that the Parties each have sovereignty over various of the Islands the Tribunal stresses to them that such sovereignty is not inimical to, but rather entails, the perpetuation of the traditional fishing regime in the region” (*Award of the Arbitral Tribunal in the first stage of the proceedings between Eritrea and Yemen (Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute) Decision of 9 October 1998, RIAA, Vol. XXII, pp. 329-330, para. 526*). On the relationship between the traditional fishing régime and UNCLOS, the arbitral tribunal observed:

“By its very nature, [this traditional fishing régime] is not qualified by the maritime zones specified under the United Nations Convention on the Law of the Sea The traditional fishing regime operates throughout those waters beyond the territorial waters of each of the Parties, and also in their territorial waters and ports Accordingly, it does not depend, either for its existence or for its protection, upon the drawing of an international boundary by this Tribunal.” (*Award of the Arbitral Tribunal in the second stage of the proceedings between Eritrea and Yemen (Maritime Delimitation), Decision of 17 December 1999, RIAA, Vol. XXII, p. 361, paras. 109-110.*)

14. The findings in *Eritrean Yemen* were cited by the arbitral tribunal in the *Abyei* arbitration concerning the delimitation of land boundaries in the Abyei area between Sudan and South Sudan. That tribunal concluded that, according to general principles of law, “traditional rights, in the absence of an explicit agreement to the contrary, have usually been deemed to remain unaffected by any territorial delimitation” (*Award in the Arbitration regarding the Delimitation of the Abyei Area between the Government of Sudan and the Sudan People’s Liberation Movement/Army, Award of 22 July 2009, RIAA, Vol. XXX, pp. 408-410 and 412, paras. 753-760 and 766*).

15. In the present case, Nicaragua refers to the case concerning *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)* (*Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 246*) in support of its claim that traditional fishing rights have been extinguished by the establishment of the exclusive economic zone and that the coastal States now enjoy a “legal monopoly” over the living resources of the exclusive economic zone. This is a far-fetched claim. In the *Gulf of Maine* case, first of all, the dispute between the parties did not concern traditional fishing rights. The United States claimed a certain “predominance” of its fishing activities in the relevant area, which related to established industrial and commercial fishing. Secondly, the United States invoked its preferential situation as a relevant circumstance for the purpose of equitable delimitation, which was rejected by the Chamber of the Court. Nei-

entre l'Erythrée et la République du Yémen (délimitation maritime), décision du 17 décembre 1999, RSA, vol. XXII, p. 361, par. 109). Lorsqu'il est parvenu à sa décision concernant les droits de pêche traditionnels, le tribunal a rappelé que, «[e]n concluant que les Parties [avaie]nt chacune souveraineté sur diverses îles, [il] soulign[ait] à leur intention qu'une telle souveraineté n'exclu[ai]t pas, mais impliqu[ait] plutôt, la perpétuation du régime de pêche traditionnel dans la région» (*Sentence du tribunal arbitral rendue au terme de la première étape de la procédure entre l'Erythrée et la République du Yémen (souveraineté territoriale et portée du différend), décision du 9 octobre 1998, RSA, vol. XXII, p. 329-330, par. 526*). En ce qui concerne la relation entre le régime de pêche traditionnel et la CNUDM, le tribunal arbitral avait fait observer ce qui suit :

«De par sa nature même, [ce régime de pêche traditionnel] n'est pas restreint par les zones marines spécifiées aux termes de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer... Le régime de pêche traditionnel s'applique dans la totalité de ces eaux au-delà des eaux territoriales de chacune des Parties, ainsi que dans leurs eaux territoriales et leurs ports... En conséquence, il ne dépend pas, du point de vue de son existence ou de sa protection, du tracé d'une frontière internationale par le présent Tribunal.» (*Sentence du tribunal arbitral rendue au terme de la seconde étape de la procédure entre l'Erythrée et la République du Yémen (délimitation maritime), décision du 17 décembre 1999, RSA, vol. XXII, par. 109-110.*)

14. Les conclusions de la sentence arbitrale *Erythrée/Yémen* ont été reprises par le tribunal arbitral appelé à statuer sur la délimitation des frontières terrestres de la région de l'Abyei entre le Soudan et le Soudan du Sud. Ce tribunal a conclu que, selon les principes généraux du droit, «sauf accord contraire exprès des parties, toute délimitation territoriale est habituellement réputée laisser intacts les droits traditionnels» (*Sentence arbitrale relative à la délimitation de la région de l'Abyei entre le Gouvernement du Soudan et le Mouvement/Armée populaire de libération du Soudan, sentence du 22 juillet 2009, RSA, vol. XXX, p. 408-410 et 412, par. 753-760 et 766*).

15. En la présente espèce, le Nicaragua a invoqué l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/ Etats-Unis d'Amérique)* (arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 246) à l'appui de son argument que les droits de pêche traditionnels ont été éteints par la création de la zone économique exclusive et que les Etats côtiers jouissent désormais d'un «monopole de droits» sur les ressources biologiques de cette zone. Cet argument est peu convaincant. Dans l'affaire du *Golfe du Maine*, tout d'abord, le différend entre les parties ne concernait pas des droits de pêche traditionnels. Les Etats-Unis d'Amérique revendiquaient une certaine «primauté» de leurs activités de pêche dans la zone pertinente qui était liée à la pêche industrielle et commerciale qu'ils pratiquaient de longue date. Ils ont ensuite fait valoir que leur situation privilégiée était une circonstance pertinente aux fins d'une délimitation

ther in law nor in fact is this case relevant to the issue of traditional fishing rights.

16. Two principal elements have been mentioned in jurisprudence for the establishment of traditional fishing rights: first, traditional fishing rights had to be borne out by “artisanal fishing”, and secondly, such fishing activities continued consistently for a lengthy period of time (see *Award of the Arbitral Tribunal in the second stage of the proceedings between Eritrea and Yemen (Maritime Delimitation)*, *Decision of 17 December 1999*, *RIAA*, Vol. XXII, Vol. XXII, p. 359, para. 103; *Award of the Arbitral Tribunal in the first stage of the proceedings between Eritrea and Yemen (Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute)*, *Decision of 9 October 1998*, *RIAA*, Vol. XXII, pp. 244-245, para. 129). As the *Eritrean Yemen* tribunal stated, at the core of the traditional fishing activities is “the presence of deeply-rooted common patterns of behavior”, which is often linked with local traditions and customs that continued consistently for a long time (*ibid.*, p. 244, para. 129). The first element is applied primarily to distinguish traditional fishing from industrial fishing, while the second element has to be assessed under the circumstances of each case. In principle, the duration of the fishing activities cannot be measured by a fixed number of years, but it has to be sufficiently long to reflect the existence of such tradition and culture. In this regard, certain flexibility with regard to the types of evidence and duration of time may be called for. In the present case, although the evidence adduced by Colombia is not considered sufficient to prove its claim, the statements of the Nicaraguan President do not deny the existence of traditional fishing of the inhabitants of the San Andrés Archipelago, particularly of the Raizales. In order to preserve the local tradition and custom of the San Andres Archipelago, an agreement on fisheries for the benefit of the Raizales community between the Parties, in my view, would contribute to a stable and co-operative relationship in the region.

(Signed) XUE Hanqin.

équitable, ce que la chambre de la Cour a rejeté. Ni du point de vue du droit ni de celui des faits, cette affaire ne présente de pertinence pour la question des droits de pêche traditionnels.

16. Deux conditions principales sont mentionnées dans la jurisprudence pour établir l'existence de droits de pêche traditionnels : premièrement, ces droits doivent être associés à la «pêche artisanale» et, deuxièmement, les activités de pêche en question doivent avoir été exercées de manière continue pendant une longue période de temps (voir *Sentence du tribunal arbitral rendue au terme de la seconde étape de la procédure entre l'Erythrée et la République du Yémen (délimitation maritime), décision du 17 décembre 1999, RSA, vol. XXII, p. 359, par. 103*; *Sentence du tribunal arbitral rendue au terme de la première étape de la procédure entre l'Erythrée et la République du Yémen (souveraineté territoriale et portée du différend), décision du 9 octobre 1998, RSA, vol. XXII, p. 244-245, par. 129*). Comme l'a indiqué le tribunal dans l'arbitrage *Erythrée/Yémen*, la présence de «modes de comportement communs, profondément enracinés», souvent liés à des traditions et coutumes locales suivies régulièrement pendant longtemps, est au cœur des activités de pêche traditionnelle (*ibid.*, p. 244, par. 129). Si la première condition vise essentiellement à distinguer la pêche traditionnelle de la pêche industrielle, il y a lieu d'apprécier la seconde au vu des circonstances propres à chaque affaire. En principe, la durée d'exercice des activités de pêche ne se mesure pas en nombre fixe d'années, mais doit être suffisamment longue pour refléter l'existence d'une tradition et d'une culture dans ce domaine. A cet égard, il peut être nécessaire de faire preuve d'une certaine souplesse en ce qui concerne les types d'éléments de preuve et la durée des activités. Dans la présente espèce, même si les éléments de preuve produits par la Colombie ne sont pas jugés suffisants pour démontrer le bien-fondé de sa revendication, le président du Nicaragua ne nie pas, dans ses déclarations, l'existence des droits de pêche traditionnels des habitants de l'archipel de San Andrés, notamment des Raizals. Afin de préserver la tradition et les coutumes locales de l'archipel, un accord entre les Parties relatif aux pêcheries au bénéfice de la communauté raizale contribuerait, selon moi, à établir une relation stable de coopération dans la région.

(Signé) XUE Hanqin.