

OPINION DISSIDENTE DE M. GROS

J'ai voté contre l'ensemble du présent arrêt pour des raisons que j'exposerai de la manière la plus succincte.

1. En raison de l'importance de l'interprétation par la Cour de son rôle selon le compromis, je traiterai ce point en premier (texte dans les qualités de l'arrêt, par. 2).

Le problème qui se posait à la Cour était celui de l'étendue de sa compétence pour répondre à la demande des Parties, telle que celle-ci est formulée dans le compromis qui est la seule source de cette compétence. Il résulte des positions prises dans les écritures et les plaidoiries que les Parties sont en désaccord sur la portée exacte de la demande. Il s'agit en réalité de plus qu'une divergence mineure d'interprétation des articles 2 et 3 du compromis qui constituent l'objet du débat (arrêt, par. 29-30) ; la thèse soutenue par la Libye repose sur la négation d'un principe vital pour la Cour : la Cour est un organe juridictionnel dont l'exercice du pouvoir juridictionnel est réglé par le Statut et le Règlement. Certes, par la voie d'un compromis, deux Etats peuvent donner à la Cour plus de compétence que ne le prévoient des traités en vigueur entre eux, ou ils peuvent, en précisant leur demande, restreindre la compétence de la Cour à un point ou plusieurs points de droit ou à des faits précis. Mais c'est tout autre chose que la Libye prétend trouver dans le compromis. Ceci a été révélé par les réponses faites par les deux Etats le 21 octobre 1981 à la question que j'ai posée le 15 octobre 1981. Pour réduire les dimensions de cette opinion, je ne reproduis pas cet échange et en tirerai seulement les conclusions.

2. Portant sur la « force obligatoire » de l'arrêt éventuel, la question souhaitait attirer l'attention des Parties sur les règles de la Charte, du Statut et du Règlement, ainsi que sur la pratique de la Cour. Le premier texte est l'article 94, paragraphes 1 et 2, de la Charte qui oblige les Membres des Nations Unies à « se conformer à la décision de la Cour » (par. 1) et envisage une action du Conseil de sécurité en cas de refus d'une Partie (par. 2). Les autres textes applicables sur la force obligatoire sont les articles 59, 60, 61, paragraphe 3, du Statut, et 94, paragraphe 2, du Règlement qui reprennent la règle de la Charte selon laquelle tout arrêt oblige les parties à s'y conformer. La réponse libyenne ne se réfère à aucun moment aux obligations qui résultent de ces textes pour tout Etat Membre des Nations Unies ; le préambule de la réponse prend comme seule justification de la reconnaissance de la force obligatoire du futur arrêt le compromis, tel que la Libye l'entend :

« Compte tenu *du fait* que la Libye et la Tunisie sont convenues à l'article 3 du compromis de se « [conformer] à l'arrêt ainsi qu'à ses explications et éclaircissements » *la position de la Libye est la suivante...* » (Italique ajouté.)

Tout découle donc, selon la Libye, du seul texte du compromis, sans aucune mention des règles de la Charte et du Statut, ce qui est un choix ; la Libye n'a pas fait référence à l'obligation de respecter et exécuter l'arrêt de la Cour, telle qu'elle est édictée par la Charte et le Statut, parce que cela eût porté atteinte à sa thèse que le compromis renvoie, après l'arrêt de la Cour, à un accord libre entre les Parties, lequel pourrait donc aménager les termes de l'arrêt. L'arrêt sera bien une décision de la Cour, mais, pour la Libye, sa force obligatoire n'existe que dans la mesure où [« tenant compte du fait... »] elle a « convenu » de s'y conformer, par un engagement pris vis-à-vis de la Tunisie, non pas vis-à-vis de la Cour. Et en donnant cette réponse la Libye ne fait que confirmer la thèse fondamentale pour elle, selon laquelle la délimitation finale du plateau continental *doit* se faire par accord. Il eût fallu exposer cela dans l'arrêt, puis dissiper toute équivoque, ce qui n'a pas été fait de manière telle que les Parties soient averties de l'opinion de la Cour sur l'étendue de sa juridiction dans la présente affaire. « La saisine de la Cour est une chose, l'administration de la justice en est une autre » (affaire *Nottebohm*, C.I.J. Recueil 1953, p. 122).

3. L'article 2 du compromis prévoit une simple obligation de négocier le tracé sur une carte de la décision de délimitation prise par la Cour, rien de plus. L'article 3 confirme cette portée limitée de l'« accord » en organisant les « éclaircissements et explications » qui doivent « [faciliter] la tâche des deux délégations pour parvenir à la ligne séparant les deux zones du plateau continental... » Le renvoi à un accord constitue une obligation de négocier, ce qui ne contredit pas la thèse de la Libye que le compromis conduit nécessairement à l'accord entre les Parties. Mais de quel accord s'agit-il réellement ?

L'obligation de négocier est bien définie par la Cour dans le texte d'un avis classiquement cité :

« En réalité, il est permis de considérer que l'engagement des deux gouvernements ... n'est pas seulement d'entamer les négociations mais encore de les poursuivre autant que possible, en vue d'arriver à des accords... Mais l'engagement de négocier n'implique pas celui de s'entendre... » (*Trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne, avis consultatif, 1931, C.P.J.I. série A/B n° 42, p. 116. Cf. aussi la confirmation dans l'arrêt de 1969, C.I.J. Recueil 1969, p. 47-48, par. 85 a) et 87.*)

Les limites de l'obligation sont simples, négocier de façon raisonnable et

de bonne foi pour obtenir un résultat acceptable par les deux parties mais pas d'obligation de conclure à tout prix. L'obligation de négocier est une obligation de comportement dont la définition dans chaque cas comporte des « standards » ou des « directives » qui tiennent à la nature de l'objet sur lequel doit porter la négociation et qui ont pour source la coutume ou la pratique internationale ; ils ont donc une origine et une portée juridiques, tout en n'étant pas, *stricto sensu*, des règles ou des principes juridiques au sens de l'article 38 du Statut de la Cour. Mais ce ne sont pas des éléments politiques ou de pur fait dépourvus de toute coloration juridique, bien au contraire, puisque leur existence dépend de leur reconnaissance par les Etats comme éléments de solution de leur différend. En l'espèce faut-il rappeler qu'il s'agirait de négocier sur un arrêt de la Cour, donc sur des règles de droit obligatoires ?

4. Pour mémoire on peut citer le principe de la bonne foi qui s'analyse ici en une obligation de se comporter de telle sorte que la négociation ait un sens, c'est-à-dire que l'arrêt soit exécuté. Il n'y a pas de négociation, si chaque Partie, ou l'une d'elles, insiste sur sa propre position sans jamais envisager d'atténuation ou de modification (cf. *C.I.J. Recueil 1969*, p. 48, par. 87 *in fine* ; aussi arbitrage du *Lac Lanoux*, sentence du 16 novembre 1957, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, XII, p. 310-314 notamment). Divers passages des plaidoiries établissent que telle pourrait être la conséquence de la thèse qu'un accord seul pourra fixer la délimitation définitive et que les indications de la Cour ne seront que des « guidance ». Il fallait donc, selon moi, compléter la critique que porte l'arrêt sur ce point précis (par. 29-30), en envisageant toutes les conséquences d'une thèse que la Cour devait refuser d'admettre.

5. En effet, en prenant une telle position, contredite par la Tunisie, la Libye interprète le compromis comme s'il pouvait amender les règles de la Charte et du Statut, ce qui touche à l'essence du rôle judiciaire de la Cour. Il a été argué que deux Etats peuvent toujours se mettre d'accord pour modifier leur situation de droit par traité et que l'arrêt ne pouvait faire exception à cette règle. C'est une vue un peu simpliste des choses lorsqu'il s'agit de décider si la Cour, ainsi prévenue des intentions d'une Partie, peut garder le silence sur une telle opinion. La question était de savoir si, avant l'arrêt que les Parties ont demandé à la Cour de prononcer et qui doit être obligatoire pour elles, le compromis avait pu valablement leur réserver le droit de modifier, partiellement ou entièrement, l'acte juridictionnel de la Cour. C'est une notion inacceptable pour la Cour qui ne fournit pas des avis aux Etats mais leur dit avec force obligatoire ce qu'elle tient pour être le droit applicable au différend dont elle a été saisie. Et, avertie que l'un des Etats croit pouvoir ne pas en tenir compte, l'autre Etat prenant la position contraire, la Cour devait se demander si elle ne serait pas ainsi empêchée d'exercer convenablement sa fonction judiciaire. Dans l'arrêt rendu dans l'affaire des *Zones franches*, le 7 juin 1932 (*C.P.J.I. série A/B n° 46*, p. 161), la Cour s'est exprimée ainsi :

« Après un examen très approfondi, la Cour maintient son opinion : pour elle, il serait incompatible avec son Statut et avec sa position en tant que cour de justice de rendre un arrêt dont la validité serait subordonnée à l'approbation ultérieure des Parties. »

La Cour devait donc rejeter nettement la thèse libyenne et dire que, hors tracer sur une carte la ligne déjà déterminée, rien n'était négociable dans l'arrêt qu'elle rend sur la détermination des zones de plateau continental relevant des Parties ; ceci n'a pas été fait (cf. arrêt, par. 26 et 29).

6. L'absence de précision dans l'arrêt sur la force obligatoire de la décision juridictionnelle qu'il contient présente autant de gravité lorsqu'il s'agit de l'article 3 du compromis (cf. arrêt, par. 31).

L'article 60 du Statut prévoit un recours en interprétation « sur le sens et la portée » des arrêts de la Cour, à la demande de toute partie. Si les deux Etats en cause songeaient à un recours en interprétation, l'article 3 du compromis était inutile ; il faut donc supposer que cet article ouvre autre chose qu'une possibilité d'interprétation. La Cour a décliné de répondre à ce problème qui, selon moi, commandait aussi le raisonnement sur la portée obligatoire de son arrêt. On a soutenu qu'il s'agissait d'un recours en interprétation, soit de plus, soit de moins. Il est regrettable pour diverses raisons d'en être resté à cette incertitude. Si l'article 3 est une version affaiblie de l'article 60 du Statut, la question de sa licéité se pose, et de la façon la plus grave puisque l'article 60 ouvre le recours en interprétation à « toute partie », donc à une seule partie, tandis que l'article 3 parle des deux Parties qui « reviendront ensemble à la Cour et lui demanderont... », ce qui semble impliquer la nécessité d'un accord pour revenir et d'un accord sur les points à expliquer ou éclaircir. La Cour ayant refusé de se poser le problème je ne puis le traiter complètement puisqu'il peut être posé dans un délai de trois ou six mois mais, dans la mesure où l'article 3 du compromis complète, dans une certaine interprétation, la thèse que la négociation de la ligne à tracer après l'arrêt est entre les mains des parties, sans que l'arrêt soit véritablement « définitif » (le mot de l'article 60 du Statut), je crois nécessaire de me séparer à la fois du refus de la Cour de juger le point de droit et des conséquences que cette abstention pourrait entraîner. Parmi celles-ci la plus grave est que la protection résultant du paragraphe 2 de l'article 94 de la Charte en cas de refus d'exécution d'un arrêt serait en somme suspendue, sinon annulée, en cas d'impossibilité pour une partie de revenir seule devant la Cour pour interprétation après un refus de l'autre partie fondé sur l'article 3 qui, selon l'interprétation exposée ci-dessus, permettrait de dire qu'il n'est pas besoin d'explications et éclaircissements et que le compromis a organisé une obligation de négocier mais pas de conclure (cf. *supra*, par. 3-5).

7. Si la Cour n'a pas reçu expressément la charge d'assurer la réussite d'une négociation sur le tracé de la ligne sur la carte, elle a celle d'assurer le respect intégral de sa décision ; elle laisse sans limite précise la prétention constamment affirmée par une partie au cours de la procédure à une compétence propre de négocier sur ce tracé. C'est le compromis qui a fixé, dans l'article 3, les rapports des Parties pour le tracé de la ligne de délimitation après l'arrêt, et pour l'interprétation éventuelle de l'arrêt. Le double refus d'examiner si cet article 3 est conforme à l'article 94 de la Charte et à l'article 60 du Statut laisse les Parties dans la confusion, et la prétendue négociation dans l'incertitude quant à ses limites. Je n'ai pour ma part aucun doute que les deux articles précités prévalent pour le juge sur toute construction différente de l'article 3 du compromis. La thèse d'une négociation ouverte sur le tracé, allant jusqu'à modifier la délimitation fixée par l'arrêt, suppose que les deux États ont renoncé par le compromis à l'obligation « de se conformer à l'arrêt de la Cour et à ses explications et éclaircissements » (art. 3 *in fine*). La Tunisie n'acceptant pas cette thèse, la Cour devait trancher ce qui est le problème de force obligatoire de l'arrêt et de ce fait dire ce qu'elle est prête à accepter des intentions des Parties dans l'appréciation de son rôle judiciaire et de la protection que son Statut assure aux États qui la saisissent. La Cour avait affirmé en 1963 que ses arrêts devaient dissiper toute incertitude dans les relations juridiques entre les Parties (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 34).

Il y aurait, c'est visible, d'autres difficultés à propos de l'article 3 du compromis et de son interprétation exacte, mais la question que j'ai traitée ici me paraît majeure et rien n'empêchait la Cour de dissiper le doute.

8. Un mot sur l'argument invoqué, selon lequel la situation créée par le compromis serait analogue à celle des affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* où la Cour avait renvoyé le différend à la négociation entre les Parties ; il suffit de rappeler que rien dans le déroulement de ces affaires n'indiquait le moindre doute sur la volonté formelle de toutes les Parties de se conformer à l'arrêt et le compromis disait : « Les gouvernements ... délimiteront le plateau continental ... par voie d'accord conclu conformément à la décision demandée à la Cour internationale de Justice. » Il n'y avait là rien qui oppose le compromis au Statut de la Cour, l'application des règles de droit ayant été, par la demande, réservée aux Parties. La saisine des affaires de 1969 et celle de l'affaire actuelle sont entièrement différentes.

*

9. En second lieu je me trouve en désaccord avec l'arrêt sur la manière dont la Cour a procédé à la recherche d'une délimitation équitable des

zones de plateau continental entre les Parties, que je trouve contraire à la conception adoptée dans l'arrêt de la Cour en 1969 sur le rôle de l'équité en matière de délimitation de plateau continental.

10. Si l'on reprend les paragraphes 83 à 101 de l'arrêt de 1969, diverses indications y sont données, tant sur les règles de fond applicables que sur les facteurs à prendre en considération ; la Cour affirme particulièrement le droit inhérent de chaque Etat côtier à sa zone de plateau continental, avec le corollaire qu'il ne s'agit pas d'un partage, l'obligation de ne pas refaire la géographie, celle de ne pas empiéter sur la zone de plateau continental de l'un ou de l'autre Etat, le rôle du prolongement naturel, l'absence de méthode unique de délimitation, la nécessité de balancer les équités, la vérification des effets des particularités géographiques, l'examen de la structure physique et géologique ainsi que des ressources naturelles. Une formule résume cet ensemble :

« en d'autres termes, il ne s'agit pas d'appliquer l'équité simplement comme une représentation de la justice abstraite, mais d'appliquer une règle de droit prescrivant le recours à des principes équitables conformément aux idées qui ont toujours inspiré le développement du régime juridique du plateau continental en la matière, à savoir :

-
- b) les parties sont tenues d'agir de telle sorte que, dans le cas d'espèce et compte tenu de toutes les circonstances, des principes équitables soient appliqués ; à cet effet la méthode de l'équidistance peut être appliquée ; d'autres aussi existent et peuvent être utilisées exclusivement ou conjointement selon les secteurs envisagés » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 47, par. 85).

Et l'arrêt de 1969, dans son dispositif, décide que l'ensemble de ces règles et de ces facteurs doit être pris en considération. La compétence de la Cour, en matière de délimitation, est bien limitée par cette obligation d'appliquer les règles de droit et les facteurs pertinents énoncés au paragraphe 85, c'est une compétence liée et non pas une liberté d'action du juge. Non seulement un but est fixé, la délimitation équitable, ce qui en soi n'est que poser le problème sans en donner la solution, mais les règles et moyens pour y parvenir sont précisés ; telle n'est pas la méthode suivie par la Cour en la présente affaire.

11. Ainsi, la Cour se contente-t-elle aux paragraphes 113 et 114 du présent arrêt de quelques généralités sur la méthode de l'équidistance sans indiquer les motifs pour lesquels celle-ci n'a pas été employée. De plus, aucune étude préalable ne justifie cette décision, alors que la Cour contredit, en agissant ainsi, les indications qu'elle a données en 1969 sur ce point. Les raisons évoquées aux premières lignes du paragraphe 89 de l'arrêt de 1969 pour écarter l'équidistance qui « dans certaines conditions géographiques [pouvait] créer une incontestable inéquité », se fondaient sur des configurations géographiques particulières et sur leur effet d'incontestable

inéquité, deux éléments qui exigent examen. Or, rien n'a été fait dans la présente affaire pour rechercher l'effet précis des faits géographiques pertinents dans la région du plateau continental considéré sur une ligne d'équidistance, les résultats « déraisonnables » (le mot est employé au paragraphe 89) que la méthode de l'équidistance pourrait produire et les modifications éventuelles à prendre en considération. Si la Cour a dit en 1969 que l'emploi concurrent de diverses méthodes pouvait permettre d'aboutir, dans certaines situations, à la solution équitable recherchée, encore eût-il fallu précisément essayer plusieurs méthodes, dont certainement l'équidistance dans le secteur proche des côtes et au large, les comparer dans leurs effets, rechercher si des effets disproportionnés résultaient de telle ou telle particularité géographique pertinente, peser les équités et ne se décider qu'en pleine connaissance de cause. Ceci n'a pas été fait et cette absence de recherche organisée de l'équitable produit un résultat dont l'équité n'est pas établie.

12. La première tâche de la Cour eût donc été de regarder ce que donnait une ligne d'équidistance pour découvrir l'extraordinaire, l'anormal ou le déraisonnable que cette méthode pouvait, dit-on, entraîner.

Les adjectifs choisis par l'arrêt de 1969 (par. 24) montrent un degré très élevé de conditions à remplir et le paragraphe 96 de l'arrêt insiste sur l'idée que des « configurations excentriques » méritent la même prise en considération que des configurations normales ou ordinaires. L'extraordinaire, l'anormal et le déraisonnable sont des conditions qui visent les effets possibles de la configuration géographique des côtes qu'il faut « regarder de près » en gardant à l'esprit l'autre formule qu'il ne peut être « question de refaire la nature entièrement » (arrêt, par. 85-92). Je ne crois pas nécessaire d'insister sur les observations fort précises et détaillées de l'arrêt de 1969 et dirai seulement que les côtes tunisiennes pertinentes sont aussi simples qu'on peut le souhaiter en dehors de côtes totalement rectilignes et que les quelques particularités de ces côtes ne produisent pas de résultats « extraordinaires, anormaux ou déraisonnables ». Il faut noter que toute la région du golfe de Gabès, dont les Parties n'ont laissé aucun élément sans commentaires, n'a aucun effet particulier sur le calcul d'une ligne d'équidistance, pas plus que l'île de Djerba. Considérer que la jonction du segment de côte nord-sud avec le segment de côte ouest-nord-ouest de la Tunisie peut être tenue pour déraisonnable ou seulement anormale étonne (cf. une situation comparable dans la délimitation du plateau continental entre l'Espagne et la France par le traité du 29 janvier 1974). Ce n'est donc pas dans l'aspect des côtes qu'une difficulté pouvait apparaître dans le premier secteur ; le secteur au large n'est pas plus compliqué et les effets d'une ligne d'équidistance sont normaux, à moins de prétendre refaire la géographie.

13. Le juge ne fait appel à des principes équitables que s'il est devant une situation juridique telle que le résultat obtenu par l'application des règles de droit sur la délimitation d'une région de plateau continental entre deux Etats apparaît inéquitable en raison de la présence dans la zone considérée d'éléments géographiques dont l'effet est disproportionné avec leur perti-

nence et le caractère nécessaire de leur utilisation pour la délimitation. Le juge ne modifie pas une délimitation parce qu'il la trouve subjectivement moins avantageuse pour l'un que pour l'autre, car il ferait une recherche vaine d'égalisation des faits de la nature ; il constate que, ayant pris en considération tous les éléments prévus par le droit applicable, certains de ces éléments, qui sont pertinents, ont des effets disproportionnés ou démesurés qui, peut-être, créent une inéquité, ce qui reste à démontrer. Alors seulement, après que cette démonstration est faite, vient le problème de balance des équités entre les deux parties (*contra* paragraphes 70-71 de l'arrêt) et leur application à la construction de la ligne de délimitation.

14. L'arrêt de 1969 tient pour inévitables « les conséquences d'un accident géographique naturel » lorsque la déformation de la côte est amplifiée dans ses conséquences sur une ligne d'équidistance parce que la déformation « est considérable » et la zone très éloignée de la côte (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 49, par. 89 a). Il me paraît impossible de désigner sur les côtes tunisiennes un seul « accident géographique naturel » répondant à ce double critère ; la ligne se construit au nord par les îles Kerkennah et sur la côte sud par des points précis sur les côtes des Parties. Des îles séparées de la côte par une zone de hauts-fonds, à moins de 12 milles, comme le sont les Kerkennah, ne sont pas une particularité géographique anormale et doivent être utilisées comme points de base pour des lignes de délimitation. Le tribunal arbitral, dans sa décision du 30 juin 1977, a envisagé l'inéquité dans le cas des îles Sorlingues en tenant compte de la déformation de la direction d'une ligne partant des Sorlingues (à plus de 31 milles de la côte) au lieu d'un point sur la côte du Royaume-Uni, par rapport à la direction issue du point le plus occidental de l'île française de Ouessant (cf. les principes exposés et leur application aux faits géographiques aux paragraphes 238 à 245 inclus, 248 à 252 de la décision). Je n'en citerai qu'une phrase qui, selon moi, définit aussi le problème actuel :

« La question est de savoir si, compte tenu de toutes les circonstances géographiques pertinentes, ce fait [la simple présence des Sorlingues là ou elles se trouvent] entraîne une déviation inéquitable de la ligne d'équidistance, ayant des effets disproportionnés quant aux zones de plateau continental revenant aux deux Etats. » (Par. 243 *in fine*.)

Posons la même question à propos des îles Kerkennah. L'arrêt impose un demi-effet après avoir constaté que ces îles avaient une haute importance. Sans relever la contradiction entre cette appréciation et le refus d'en tirer toutes les conséquences, je dirai seulement que la carte ne me paraît pas révéler d'effets disproportionnés sur une ligne de délimitation dus au seul fait de la présence de ces îles importantes là où elles se trouvent, en réservant tout commentaire sur l'existence d'une déviation inéquitable d'une ligne que la Cour a tirée *ex nihilo*. La balance des intérêts a pesé, en l'espèce, une différence de milliers de kilomètres carrés au détriment d'une Partie, ce qui eût mérité un contrôle sérieux des méthodes de cette « équité ».

15. Même en appliquant, comme le fait l'arrêt, l'idée que toute méthode en vaut une autre pour délimiter un plateau continental si elle permet d'aboutir à une délimitation équitable, il faut que la délimitation soit équitable pour les deux Parties – condition *sine qua non* – et la manière dont la Cour a recherché l'équitable n'a jamais comporté, pour le contrôle de la méthode qu'elle avait décidé d'adopter, ce contrôle strict de l'équité des résultats selon les indications données par l'arrêt de 1969 pour le contrôle de l'équité d'une ligne d'équidistance. Aucune méthode ne doit être exempte de ce contrôle, si l'on parle d'équité. Après s'être contentée d'une seule méthode, la prolongation de la frontière terrestre – sans parler encore des imprécisions des motifs sur lesquels cette méthode est fondée dans le cas présent – la Cour n'a pas procédé au contrôle de l'équitable des résultats et s'est limitée à des affirmations non vérifiées par d'autres méthodes qu'il fallait au moins essayer d'appliquer, fût-ce pour les écarter, mais ceci seulement après les avoir prises en sérieuse considération. Il ne suffit pas de dire que la méthode de l'équidistance n'eût pas abouti à la délimitation la plus équitable, alors que les conditions de son exclusion n'ont été ni réunies, ni même examinées comme il se doit, et alors que la Cour n'a pas examiné les résultats extraordinaires, anormaux et déraisonnables de sa propre manière de procéder. Dans la conception adoptée par la Cour, la configuration géographique des côtes pertinentes pour la délimitation a été laissée de côté et l'examen s'est fait par des calculs de directions, par des proportions, en substituant des apriorismes à la réalité cartographique (cf. en exemple le paragraphe 133 de l'arrêt). Tous les éléments géographiques de la situation de fait ont été ignorés non seulement quant à leur pertinence pour la délimitation mais aussi pour le contrôle de l'équitable auquel on prétendait arriver par d'autres techniques. La côte tunisienne a été, en somme, effacée et la Cour a raisonné comme si des particularités géographiques n'existaient pas ; à fortiori lui semblait-il alors inutile de calculer leurs effets éventuels sur la délimitation pour savoir si elles entraînaient ou non une disproportion inéquitable par leur présence à l'endroit où la nature les a mises. C'est un exemple parfait de remise en cause de la géographie.

16. Lorsque la Cour, dans son arrêt de 1969, ne s'est pas contentée de dire qu'une délimitation de plateau continental doit se faire selon des principes équitables, mais qu'elle a accumulé les garanties en faisant de l'équité l'application de règles et principes du droit, longuement exposés, tenant compte de facteurs soigneusement précisés, elle définissait sa conception du rôle de l'équité dans la délimitation du plateau continental. Si la Cour a le droit de changer de conception de l'équité par rapport à l'arrêt de 1969, il ne suffit pas de quelques citations de cet arrêt pour nier ce changement. C'est le fond du droit applicable à la délimitation du plateau continental qui est ici en cause, pas les formules anciennes ou nouvelles qui sont employées, mais les décisions prises et les motivations apportées dans le

présent arrêt ; et c'est sur ces points que je diffère entièrement des vues actuelles de la Cour.

Pour simplifier il suffira de commencer par quelques remarques générales. Il s'agit de savoir de façon précise quel sens donner à l'équité pour délimiter des zones de plateau continental en laissant de côté toute discussion sur l'équité du droit interne, l'équité dans la philosophie du droit et la diversité des équités possibles. Le juge ne décide que de l'affaire dont il est saisi sans pouvoir faire des arrêts de principe ayant une portée générale. Ici l'équité est le but et la manière d'atteindre ce but est d'appliquer aux faits pertinents des méthodes et des raisonnements juridiques qui soient adéquats aux facteurs divers qui constituent ce phénomène unique qu'est l'affaire portée devant le juge.

17. Le présent arrêt a choisi de partager les zones dites contestées, *i.e.*, où les prétentions des Parties sont confondues, en affirmant que ce partage opérerait le résultat équitable prescrit par le droit international de la délimitation. Le fondement idéologique est rendu incertain par divers éléments qui sont brièvement relevés aux paragraphes ci-après, mais l'essentiel de la conception de l'arrêt me semble être que, l'équité étant le but, la proportionnalité est la méthode, la Cour parle même de « principe de proportionnalité », pour y parvenir, et elle l'utilise à tout propos dans le présent arrêt. Ceci va beaucoup plus loin que la remarque dans le dispositif de l'arrêt de 1969 (par. 101 D 3)), sur la proportionnalité indiquée comme un facteur de contrôle d'une délimitation faite selon des principes équitables, non pas comme une méthode pour y parvenir. De même la sentence du tribunal arbitral du 30 juin 1977 insiste sur cette position mineure de la proportionnalité : « C'est plutôt un facteur à prendre en considération pour juger de l'effet des caractéristiques géographiques sur l'équité ou l'inéquité d'une délimitation... » (par. 99) et à diverses reprises le tribunal déclarait que, quelle que soit la méthode employée pour parvenir à une délimitation équitable, cette délimitation « dépend des circonstances pertinentes, géographiques et autres du cas d'espèce » (par. 97). Le présent arrêt modifie de fond en comble le rôle restreint qu'il convient d'accorder au facteur de proportionnalité et les calculs utilisés ne sont justifiés par aucune des précautions prévues dans une délimitation où la proportionnalité des zones a été prise en considération (cf. les croquis 1, 2 et 3 dans l'article sur la délimitation du traité entre l'Espagne et la France par José Luis de Azcárraga, *Revista española de derecho internacional*, vol. XXVIII, p. 131-138).

Il y a dans ces vues des choses une différence qui est, pour moi, fondamentale : le présent arrêt a écarté l'argument géologique et effacé la configuration géographique, choisi de tracer des lignes de direction qu'aucun principe n'impose, et d'adopter des angles sans en justifier le choix par des faits pertinents. La conception est nouvelle et s'écarte de la conception de l'équité exprimée par l'arrêt de 1969 et appliquée par la sentence de 1977 ; est-ce encore une conception de l'équité ?

18. Le fossé est profond entre une solution équitable d'un problème de délimitation de plateau continental qui repose sur les règles de droit applicables à des faits pertinents dont il est exactement et pleinement tenu compte et une solution équitable qui repose sur des appréciations subjectives et parfois divisées des faits, sans appel au droit de la délimitation, par une approche multiforme d'un résultat sans rapport avec les facteurs en présence et sans autre contrôle que des calculs inspirés du hasard ou de la coïncidence. Ce n'est plus là une solution par l'équité mais par un compromis recherché à la fois entre les prétentions des Parties et les opinions au sein de la Cour.

Lors des arrêts du 25 juillet 1974 (*Compétence en matière de pêcheries, Royaume-Uni c. Islande et République fédérale d'Allemagne c. Islande, fond*) et de l'avis consultatif du 3 janvier 1975 (*Sahara occidental, C.I.J. Recueil 1975*), j'ai exprimé mon sentiment sur la sorte de conciliation amiable tentée par la Cour (cf. *C.I.J. Recueil 1974*, p. 148-149, et *C.I.J. Recueil 1975*, p. 75 à 77). La même observation vaut dans la présente affaire. Le présent arrêt marque plus que toute autre considération la recherche d'une solution d'égalisation des intérêts des deux Etats. Il n'y aurait là rien à redire si l'on était en présence d'une « égalité dans le même plan » ou de cette « situation géographique de quasi-égalité... [où il s'agit] de remédier à une particularité non essentielle d'où pourrait résulter une injustifiable différence de traitement » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 50, par. 91). Ce sont encore là des conditions très précises d'une recherche d'égalisation de la balance des intérêts et elles ne se retrouvent pas dans la situation de fait dans la présente affaire ; la formule d'une égalité quasi mathématique par laquelle l'arrêt a procédé ne correspond pas aux faits pertinents et elle remplace mal une méthode de délimitation fondée sur la configuration des côtes des deux Parties telles qu'elles sont et non pas telles que des calculs d'angles ou de direction les transforment par une véritable reconstruction de la géographie.

19. Il s'agit de bien plus que d'une opposition de vues sur la manière de concevoir l'équité, ce qui est en cause est la décision partageant un plateau continental entre deux Etats et qu'ils demandaient de rendre selon le droit. Si un Etat qui revendique un droit à une zone de plateau continental détient réellement ce droit tel qu'il le décrit, il n'y a pas équité à l'en priver mais erreur de droit, ce qui n'est pas un grief sans conséquence puisque les arrêts de la Cour sont irréversibles entre les Parties. L'équité n'est pas une sorte de vision indépendante et subjective qui se substitue au droit. L'arrêt déclare qu'il est hors de question en l'espèce d'appliquer l'*ex aequo et bono*. Les déclarations sont une chose, les prononcés effectifs de l'arrêt en sont une autre. Il ne m'est pas apparu, au cours de la construction du présent arrêt qu'il s'agisse d'équité.

20. La première « justification historique » de la ligne adoptée par la Cour est dépourvue de pertinence, tant historique que juridique. Il s'agit de justifier le maintien d'une limite fixée unilatéralement par des instructions italiennes du 16 avril 1919 émanant du gouverneur de la colonie pour

établir une surveillance de la pêche et du commerce côtier, texte qui épuisa ses effets à la guerre de 1940, limite strictement fonctionnelle et dénuée de toute prétention à être autre chose car à une époque où les eaux territoriales étaient de 3 milles, ce que le texte signale, cette limite s'étendait en haute mer pour cette police spéciale des concessions de pêcheries et du commerce local. Comment croire qu'une limite maritime spécialisée allant en haute mer ait pu, à cette époque, être acceptée tacitement comme divisant des zones de haute mer qui ne relevaient à aucun titre de la souveraineté des Etats telle que le droit international la définissait ? C'est une succession d'hypothèses sans base et de conceptions juridiques impossibles. Une zone tampon « historique » aujourd'hui devenue pour la Cour un *modus vivendi de facto* n'est rien de plus, sur le plan juridique, que ce qu'elle était entre 1919 et 1940, la prétention unilatérale d'un Etat à surveiller ses pêcheries sédentaires. Jeter rétroactivement sur cette zone, imprécise au demeurant car elle n'est pas définie sur la carte, le voile de justification historique est un abus de mots qui les prive de toute portée (cf. les paragraphes 93 à 95 de l'arrêt sur ces instructions de 1919 qui se fondent sur un soi-disant accord, non identifié ni daté, et qui fixent une surveillance « approximativement » sans aucune coordonnée : texte complet dans le contre-mémoire libyen, vol. II, ann. 43). La Tunisie n'a jamais donné à cette démarcation un autre sens que celui de la surveillance nécessaire des pêcheries sédentaires respectives des deux Etats ; on ne peut passer de ceci à la notion de frontière d'eaux territoriales et de cette notion à celle de frontière de zones de plateau continental, comme si la confusion des genres était une notion juridique.

Le fait que les Parties ne se soient jamais mises d'accord sur la limite de leurs eaux territoriales, jusqu'à aujourd'hui devant la Cour où elles ont formellement revendiqué cette compétence, aurait dû conduire à plus de prudence dans la construction du consensus imprévu de ces Etats qui auraient ainsi, sans le savoir, déjà réglé leur problème de délimitation du plateau continental, bien avant d'entrer en négociation sur la limite et de saisir la Cour.

21. La seconde justification indiquée par l'arrêt à l'appui du segment de la ligne de délimitation du plateau continental entre les Parties au départ de Ras Ajdir avec l'angle de 26° vers le nord-est est « la ligne entre concessions adjacentes » des deux Etats qui « correspond en outre à la perpendiculaire à la côte au point frontière » (Ras Ajdir) ; ceci fait beaucoup de correspondances. La limite historique élucidée au paragraphe précédent coïncide avec la limite résultant de la perpendiculaire à la côte, laquelle coïncide avec la ligne entre les concessions définies par chacune des deux Parties. L'arrêt déduit de ces rencontres attribuées au hasard plus qu'un fait de concordance, une preuve du caractère équitable de la ligne de délimitation du plateau continental entre les Parties. Chaque ligne consoliderait l'autre, l'histoire, la perpendiculaire, la ligne entre les concessions. Une observation générale d'abord : une ligne ne consolide rien si elle

est fragile et la somme de thèses controversées demeure une controverse. La ligne historique, on l'a vu, est une démarcation démodée de police de pêcheries sédentaires qui ne peut influencer une ligne de délimitation du plateau continental, laquelle doit être recherchée dans son propre cadre juridique. La perpendiculaire à la côte est une méthode qui n'a pas été utilisée par la Cour de façon scientifique dans le présent arrêt puisque aucune étude sérieuse d'une perpendiculaire à des côtes non précisées n'apparaît ; la Cour n'a pu adopter une véritable perpendiculaire qui, par nécessité, commencerait par délimiter les eaux territoriales des deux Parties, ce que le compromis ne lui permet pas de faire et que les Parties refusent formellement, mais un angle de 26°. Il n'y a donc pas emploi de la méthode de la ligne perpendiculaire aux côtes, ni ligne, ni côtes invoquées. C'est une allusion à une coïncidence, entre une ligne non tracée et un angle approximatif, rien n'est démontré.

22. Nous restons alors avec le troisième argument de la concordance, la ligne entre les concessions. La ligne des concessions est autre chose qu'une limite de plateau continental et la Tunisie, pour sa part, a formellement indiqué que « dans l'attente d'un accord entre la Tunisie et la Libye définissant la limite de leur juridiction respective sur le plateau continental » (arrêt, par. 21), une limite de permis était définie par une ligne d'équidistance. Il n'est pas possible de soutenir que la ligne libyenne de concessions a une validité quelconque vis-à-vis de la Tunisie qui, par son comportement, ses essais de négociations sur la limite de plateau continental et finalement son recours à la Cour, n'a cessé de montrer qu'il n'y avait aucune limite acceptée ou acceptable entre les deux Etats. La Cour déclare à bon droit qu'une ligne de concessions est un acte unilatéral non opposable ; il ne résulte pas du comportement de la Tunisie autre chose que l'attente d'une délimitation par négociation ou par la Cour et déduire de cette attente, de l'échec de tout essai de négociation, puis de la saisine de la Cour que la Tunisie a, sans le savoir et alors qu'elle exprimait le contraire (arrêt, par. 21 *in fine*), accepté la ligne libyenne de concessions est une erreur de droit qui détruit ce fondement du segment initial utilisé par la Cour. La première constatation de la Cour suffisait d'ailleurs : aucun acte unilatéral de délimitation de plateau continental par l'un des Etats intéressés ne peut être opposé à un autre Etat intéressé, c'est une vérité première des relations internationales et l'affirmation contraire détruirait le fondement même de la théorie du plateau continental selon laquelle le plateau continental se délimite par accord des parties, ou par le juge. Le doute n'existe pas sur ce point. Mais si la ligne de concessions libyennes n'est pas opposable à la Tunisie, par quelle coïncidence devient-elle la ligne de délimitation du plateau continental et, à ce titre, opposable à la Tunisie ? La transformation de l'unilatéral à l'équitable ne trouve pas d'explication. L'arrêt a pris sur ce point une position qui est, selon moi, contraire aux règles de droit applicables.

23. La même observation s'applique au second angle de direction découvert par l'arrêt pour le secteur au large des côtes. L'angle de 52° censé représenter un « virage » de la côte montre la persistance de l'effacement des côtes pertinentes ; à cette position ce sont les Kerkennah qui influencent toute délimitation, pas des directions de la côte. Quant à la motivation de l'angle de 52° dans les paragraphes 128 et 129 de l'arrêt, son énoncé montre seulement qu'on peut substituer aux données de la géographie n'importe quel calcul choisi à cette fin.

24. Le fait même que l'arrêt repose sur de tels arguments, contestés et fragiles, pour en déduire une ligne, est préoccupant ; l'histoire est muette, le présent ne montre que des revendications contradictoires et la construction de l'équitable ne repose que sur des calculs et affirmations non fondés sur les faits de l'espèce, les facteurs visibles, les règles du droit applicable. Mais la conclusion la plus grave est que, ainsi conçu, l'arrêt n'assure pas une solution juste du problème posé. Qualifier une limite et sa motivation d'équitables ne peut suffire à prouver l'équité ; un arrêt n'est équitable que s'il établit le droit entre les Parties. Cet arrêt n'atteint pas le but car il n'a pas réussi à apporter une solution qui balance véritablement les intérêts des Parties et la solution n'étant pas équitable pour l'une ne peut l'être pour l'autre. En recherchant l'égalité alors que les deux Etats ne sont pas sur le même plan, la proportionnalité dans des calculs arbitraires et en ignorant les particularités géographiques pertinentes ainsi que leur effet sur la délimitation, l'arrêt s'est égaré dans le subjectivisme.

Les Etats sont depuis une dizaine d'années de moins en moins présents devant la Cour ; lorsqu'ils ont volontairement choisi d'y venir, la Cour doit répondre à leur demande et dire le droit, non pas tenter une conciliation par persuasion qui ne relève pas du rôle judiciaire de la Cour, tel qu'elle l'a depuis longtemps défini.

(Signé) André Gros.