

SEPARATE OPINION OF JUDGE SCHWEBEL

I am in substantial but not full agreement with the Court's Judgment. There is no need to specify the several holdings of the Court with which I agree. The questions whose treatment by the Court is in my view questionable are the following.

I. SHOULD THE LAW OF MARITIME DELIMITATION BE REVISED TO INTRODUCE AND APPLY DISTRIBUTIVE JUSTICE?

The Judgment quite rightly observes that the real interests immediately at stake in this case are fishing rights, restricted to a southerly, relatively ice-free zone of the disputed area. It decides that equal access to the capelin resources of the southern part of the area of overlapping claims has to be assured by a substantial adjustment or shifting eastwards of the median line. The Court concludes that the two Parties "should enjoy equitable access to the fishing resources of this zone, which should accordingly be divided into two equal parts".

While the Court may be commended for the simplicity of its conclusion, a principled consistency with its earlier case-law is less conspicuous. In this Judgment, the Court recalls "the need, referred to in the *Libya/Malta* case, for 'consistency and a degree of predictability'". But in this, the most critical holding of the Judgment on the real assets at stake, the Court jettisons what its case-law, and the accepted customary law of the question, have provided.

In its seminal Judgment in the *North Sea Continental Shelf* cases, the Court held that delimitation of the continental shelf is "not the same thing as awarding a just and equitable share of a previously undelimited area". It held that:

"the doctrine of the just and equitable share appears to be wholly at variance with what the Court entertains no doubt is the most fundamental of all the rules of law relating to the continental shelf, enshrined in . . . the 1958 Geneva Convention, . . . namely that the rights of the coastal State in respect of the area of continental shelf . . . exist *ipso facto* and *ab initio*, by virtue of its sovereignty over the land . . .

It follows that . . ., the notion of apportioning an as yet undelimited area, considered as a whole (which underlies the doctrine of the just and equitable share), is quite foreign to, and inconsistent with, the basic concept of continental shelf entitlement, . . . The delimitation

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SCHWEBEL

[Traduction]

Je m'associe pour l'essentiel, mais non entièrement, à l'arrêt de la Cour. Il n'y a pas lieu de préciser les différents énoncés de la Cour sur lesquels je suis d'accord. Les questions que la Cour a traitées de façon contestable, à mon avis, sont les suivantes.

I. CONVIENT-IL DE REVISER LE DROIT DE LA DÉLIMITATION MARITIME
POUR Y INTRODUIRE ET DISPENSER UNE JUSTICE DISTRIBUTIVE ?

Dans l'arrêt, la Cour fait observer à très juste titre que les véritables intérêts qui sont directement en jeu dans cette affaire sont les droits de pêche, limités à une zone méridionale, relativement libre de glace, de la zone en litige. Elle décide qu'un accès égal aux ressources en capelan de la partie méridionale de la zone de chevauchement des revendications doit être assuré par un ajustement ou un déplacement sensible vers l'est de la ligne médiane. La Cour conclut que les deux Parties «doivent avoir un accès équitable aux ressources halieutiques de cette zone», laquelle doit en conséquence être divisée «en deux parties de superficies égales».

Si la Cour peut être félicitée de la simplicité de sa conclusion, la cohérence des principes appliqués avec sa jurisprudence antérieure est moins évidente. Dans cet arrêt, la Cour rappelle «la nécessité, mentionnée dans l'affaire *Libye/Malte*, de «la cohérence et [d']une certaine prévisibilité». Mais dans cette conclusion de l'arrêt, la plus importante au regard des intérêts véritablement en jeu, la Cour jette par-dessus bord l'acquis de sa jurisprudence et du droit coutumier établi en la matière.

Dans le fécond arrêt qu'elle a rendu dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour a considéré que la délimitation du plateau continental est «autre [chose] que d'attribuer une part juste et équitable d'une zone non encore délimitée». Elle a déclaré que :

«la doctrine de la part juste et équitable semble s'écarter totalement de la règle qui constitue sans aucun doute possible pour la Cour la plus fondamentale de toutes les règles de droit relatives au plateau continental et qui est consacrée par ... la convention de Genève de 1958 : ... les droits de l'Etat riverain concernant la zone de plateau continental ... existent *ipso facto* et *ab initio* en vertu de la souveraineté de l'Etat sur ce territoire...

Il en découle que ... l'idée de répartir une zone non encore délimitée considérée comme un tout, idée sous-jacente à la doctrine de la part juste et équitable, est absolument étrangère et opposée à la conception fondamentale du régime du plateau continental... Certes

itself must indeed be equitably effected, but it cannot have as its object the awarding of an equitable share, or indeed of a share, as such, at all, — for the fundamental concept involved does not admit of there being anything undivided to share out.” (*I.C.J. Reports 1969*, p. 22, paras. 19 and 20.)

The Court consequently rejected the claim of the Federal Republic of Germany to a “‘just and equitable’ share of the shelf areas involved” (*ibid.*, p. 29).

In the *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)* case, the Court concluded that:

“these economic considerations cannot be taken into account for the delimitation of the continental shelf areas appertaining to each Party. They are virtually extraneous factors since they are variables which unpredictable national fortune or calamity, as the case may be, might at any time cause to tilt the scale one way or the other. A country might be poor today and become rich tomorrow as a result of an event such as the discovery of a valuable economic resource.” (*I.C.J. Reports 1982*, p. 77, para. 107.)

In the case concerning *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, the Chamber of the Court observed that fishing, oil exploration and other such considerations advanced by the Parties diverged from the crux of the matter. The Chamber was bound “not to take a decision *ex aequo et bono*, but to achieve a result on the basis of law” (*I.C.J. Reports 1984*, p. 278, para. 59). When it approached what it characterized as “the real subject of the dispute between the United States and Canada in the present case, the principal stake in the proceedings”, Georges Bank (*ibid.*, p. 340, para. 232), the Court confronted the question of whether the line which it had drawn on geographical grounds should be affected by considerations of human and economic geography. The Chamber held that such considerations were “ineligible for consideration as criteria to be applied in the delimitation process itself” (*ibid.*). It concluded:

“It is, therefore, in the Chamber’s view, evident that the respective scale of activities connected with fishing — or navigation, defence or, for that matter, petroleum exploration and exploitation — cannot be taken into account as a relevant circumstance or, if the term is preferred, as an equitable criterion to be applied in determining the delimitation line. What the Chamber would regard as a legitimate scruple lies rather in concern lest the overall result, even though achieved through the application of equitable criteria and the use of appropriate methods for giving them concrete effect, should unexpectedly be revealed as radically inequitable, that is to say, as likely to entail catastrophic repercussions for the livelihood and economic well-being of the population of the countries concerned.” (*Ibid.*, p. 342, para. 237.)

la délimitation doit s'effectuer équitablement, mais elle ne saurait avoir pour objet d'attribuer une part équitable ni même simplement une part, car la conception fondamentale en la matière exclut qu'il y ait quoi que ce soit d'indivis à partager.» (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 22, par. 19-20.)

La Cour a donc rejeté la revendication de la République fédérale d'Allemagne à une « part juste et équitable des zones de plateau continental en cause » (*ibid.*, p. 29).

Dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, la Cour a conclu que :

« ces considérations économiques ne sauraient être retenues pour la délimitation des zones de plateau continental relevant de chaque Partie. Il s'agit de facteurs quasiment extrinsèques, puisque variables et pouvant à tout moment faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre de façon imprévisible, selon les heurs ou malheurs des pays en cause. Un pays peut être pauvre aujourd'hui et devenir prospère demain à la suite d'un événement tel que la découverte d'une nouvelle richesse économique. » (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 77, par. 107.)

Dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, la Chambre de la Cour a observé que la pêche, la prospection de pétrole et d'autres considérations analogues avancées par les Parties s'éloignaient du cœur du problème. La Chambre était tenue « non pas de décider *ex aequo et bono*, mais d'asseoir le résultat à atteindre sur une base de droit » (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 278, par. 59). Lorsqu'elle a abordé ce qu'elle a qualifié de « véritable objet du différend qui oppose les Etats-Unis au Canada dans la présente affaire », le banc de Georges (*ibid.*, p. 340, par. 232), elle a abordé la question de savoir si la ligne qu'elle avait tracée sur des bases géographiques devrait être modifiée en fonction de considérations de géographie humaine et économique. La Chambre a jugé que de telles circonstances « ne peuvent pas entrer en considération en tant que critères à appliquer à l'opération de délimitation elle-même » (*ibid.*). Et de conclure :

« Il est donc évident, aux yeux de la Chambre, que l'ampleur respective de ces activités humaines liées à la pêche — ou à la navigation, à la défense, ou d'ailleurs à la recherche et à l'exploitation d'hydrocarbures — ne saurait entrer en considération en tant que circonstance pertinente ou, si l'on préfère, en tant que critère équitable à appliquer à la détermination de la ligne de délimitation. Le scrupule que la Chambre estime justifié d'avoir est celui de s'assurer que le résultat global, bien qu'issu de l'application de critères équitables et de l'utilisation de méthodes appropriées destinées à les traduire concrètement, ne se révèle pas d'une manière inattendue comme radicalement inéquitable, c'est-à-dire comme susceptible d'entraîner des répercussions catastrophiques pour la subsistance et le développement économique des populations des pays intéressés. » (*Ibid.*, p. 342, par. 237.)

In the *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)* case, the Court reaffirmed “the principle that there can be no question of distributive justice” (*I.C.J. Reports 1985*, p. 40, para. 46). A court applying equitable considerations may take into account “only those that are pertinent to the institution of the continental shelf as it has developed within the law” (*ibid.*, p. 40, para. 48). Thus the Court rejected the economic considerations advanced by Malta as “totally unrelated to the underlying intention of the applicable rules of international law” (*ibid.*, p. 41, para. 50).

In the light of this jurisprudence, why should Denmark be accorded equal access with Norway to the section of the area of overlapping claims in which, in season, the presence of capelin and the absence of drift ice provide a valuable fishing ground? Why must what the Court describes as “equitable access to the fishing resources” of this zone be shared? It was not claimed or shown that, if Greenland were not to be accorded fuller access to the ice-free area in which capelin may be fished in season, Greenland would be confronted by catastrophic economic repercussions, so even that “legitimate scruple” did not come into play.

It follows that the Court by this holding of distributive justice has departed from the accepted law of the matter, as fashioned pre-eminently by it. It is not suggested that this departure from principle and precedent is legally fatal. If what is lawful in maritime delimitation by the Court is what is equitable, and if what is equitable is as variable as the weather of The Hague, then this innovation may be seen as, and it may be, as defensible and desirable as another. It may be more defensible and desirable than that concerning the length of coastlines.

II. SHOULD THE DIFFERING EXTENT OF THE LENGTHS OF OPPOSITE COASTLINES DETERMINE THE POSITION OF THE LINE OF DELIMITATION?

The Court observes that it has never before had occasion to apply the 1958 Geneva Convention on the Continental Shelf. In the *North Sea Continental Shelf* cases, Germany was not a party to the Convention; similarly, in the continental shelf cases between Tunisia and Libya and between Libya and Malta, Libya was not a party. In the *Gulf of Maine* case, Canada and the United States were parties to the 1958 Convention, but they requested the Chamber to define “the course of the single maritime boundary that divides the continental shelf and fisheries zones”, so that, as the Court notes, the Chamber considered that the 1958 Convention, being applicable only to the continental shelf, did not govern the delimitation at issue. The Court consequently and rightly now holds that:

“In the present case, both States are parties to the 1958 Convention and, there being no joint request for a single maritime boundary

Dans l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, la Cour a réaffirmé « le principe qu'il ne saurait être question de justice distributive » (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 40, par. 46). Lorsqu'une juridiction applique des considérations d'équité, « seules pourront intervenir celles qui se rapportent à l'institution du plateau continental telle qu'elle s'est constituée en droit » (*ibid.*, p. 40, par. 48). Ainsi, la Cour a rejeté les considérations économiques avancées par Malte comme « tout à fait étrangères à l'intention qui sous-tend les règles applicables du droit international » (*ibid.*, p. 41, par. 50).

A la lumière de cette jurisprudence, pourquoi devrait-on accorder au Danemark le même accès que la Norvège au secteur de la zone de chevauchement des revendications où la présence de capelan et l'absence de glaces dérivantes offrent, en saison, un territoire de pêche précieux ? Pourquoi faut-il partager ce que la Cour décrit comme un « accès équitable aux ressources halieutiques » de cette zone ? Il n'a pas été prétendu ni démontré que, si le Groenland ne se voyait pas accorder un plus large accès à la zone libre de glace où l'on peut pêcher le capelan en saison, le Groenland se trouverait confronté à des répercussions économiques catastrophiques, de sorte que même ce « scrupule justifié » n'est pas intervenu.

Il s'ensuit que la Cour, par cette décision de justice distributive, s'est écartée du droit établi en la matière, qu'elle a d'ailleurs elle-même façonné dans une large mesure. Non qu'il soit juridiquement funeste de s'écarter ainsi des principes et des précédents. Si le droit, en matière de délimitation maritime par la Cour, est ce qui est équitable, et si ce qui est équitable est aussi variable que le temps à La Haye, alors cette innovation peut être jugée, et elle peut être, aussi défendable et souhaitable qu'une autre. Elle peut être plus défendable et souhaitable que celle qui tient à la longueur des côtes.

II. LA DIFFÉRENCE DE LONGUEURS DES CÔTES QUI SE FONT FACE DEVRAIT-ELLE DÉTERMINER LA POSITION DE LA LIGNE DE DÉLIMITATION ?

La Cour constate qu'elle n'a encore jamais eu l'occasion d'appliquer la convention de Genève sur le plateau continental de 1958. Dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, l'Allemagne n'était pas partie à la convention ; de même, dans les affaires du plateau continental entre la Tunisie et la Libye et entre la Libye et Malte, la Libye n'était pas partie à la convention. Dans l'affaire du *Golfe du Maine*, le Canada et les États-Unis étaient parties à la convention de 1958, mais ils avaient prié la Chambre de définir « le tracé de la frontière maritime unique divisant le plateau continental et les zones de pêche », si bien que, comme le relève la Cour, la Chambre a considéré que la convention de 1958, étant applicable au seul plateau continental, ne régissait pas la délimitation demandée. La Cour conclut donc maintenant, et à bon droit, que :

« Dans la présente affaire, les deux Etats sont parties à la convention de 1958, et, puisqu'il n'y a pas eu de demande commune pour

as in the *Gulf of Maine* case, the 1958 Convention is applicable to the delimitation of the continental shelf between Greenland and Jan Mayen.” (Judgment, p. 58, para. 45.)

It follows that, since the Convention is applicable, and since by the terms of Article 38 of the Statute,

“The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

(a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States”

the Court in this case is bound to give effect to the pertinent provisions of the 1958 Convention.

Article 6 of the 1958 Convention is prescriptive. Its first paragraph provides:

“Where the same continental shelf is adjacent to the territories of two or more States whose coasts are opposite each other, the boundary of the continental shelf appertaining to such States shall be determined by agreement between them. In the absence of agreement, and unless another boundary line is justified by special circumstances, the boundary is the median line, every point of which is equidistant from the nearest points of the baselines from which the breadth of the territorial sea of each State is measured.”

Since there is no agreement between the Parties, “the boundary is the median line” — “unless another boundary line is justified by special circumstances”. That brings us to the ever-recurring question: are there special circumstances which justify another boundary?

It is plain that the term “special” circumstances may not be judicially interpreted to mean “any” circumstances. The meaning of the term “special” is antithetical to “any” or “all” or what is the generality of circumstances. Nor in interpreting the 1958 Convention may “special” circumstances be equated with the broader range of “relevant” circumstances which may be applicable in customary international law. The factors that are pertinent to a circumstance clearly are wider than those which are special to it. What then are “special circumstances” — i.e., particular, peculiar or singular circumstances — as that term is illuminated by the *travaux préparatoires* of the 1958 Geneva Convention and by Court precedents?

The *travaux préparatoires* indicate that, by special circumstances, the drafters of the 1958 Convention decidedly did not mean any circumstance which the arbitrator or judge might see as relevant. Judgment was to be made on the basis of law, not *ex aequo et bono*. Graphic illustration was

une délimitation maritime unique comme dans l'affaire du *Golfe du Maine*, la convention est applicable à la délimitation du plateau continental entre le Groenland et Jan Mayen. » (Arrêt, p. 58, par. 45.)

Il s'ensuit que, puisque la convention est applicable et qu'en vertu de l'article 38 du Statut :

« La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

- a) les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige »,

la Cour est tenue en l'espèce d'appliquer les dispositions pertinentes de la convention de 1958.

L'article 6 de la convention de 1958 est impératif. Le paragraphe 1 de cet article dispose :

« Dans le cas où un même plateau continental est adjacent aux territoires de deux ou plusieurs Etats dont les côtes se font face, la délimitation du plateau continental entre ces Etats est déterminée par accord entre ces Etats. A défaut d'accord, et à moins que des circonstances spéciales ne justifient une autre délimitation, celle-ci est constituée par la ligne médiane dont tous les points sont équidistants des points les plus proches des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale de chacun de ces Etats. »

Comme il n'y a pas d'accord entre les Parties, la « délimitation ... est constituée par la ligne médiane » — « à moins que des circonstances spéciales ne justifient une autre délimitation ». Cela nous ramène à l'éternelle question : existe-t-il des circonstances spéciales qui justifient une autre délimitation ?

Il est clair que l'expression circonstances « spéciales » ne saurait être interprétée par le juge comme signifiant des circonstances « quelconques ». Le sens du mot « spéciales » est à l'opposé de « quelconques » ou de « toutes », ou de ce qui constitue des circonstances générales. Pour interpréter la convention de 1958, on ne peut pas davantage assimiler les circonstances « spéciales » à la gamme plus large des circonstances « pertinentes » pouvant être applicables en droit international coutumier. Les facteurs qui sont pertinents à une circonstance sont évidemment plus larges que ceux qui lui sont spéciaux. Qu'est-ce alors que les « circonstances spéciales » — c'est-à-dire des circonstances particulières, propres ou singulières — à la lumière jetée sur cette expression par les travaux préparatoires de la convention de Genève de 1958 et par la jurisprudence de la Cour ?

Il ressort des travaux préparatoires que les rédacteurs de la convention de 1958 n'entendaient certainement pas, par « circonstances spéciales », toute circonstance que l'arbitre ou le juge pourrait estimer pertinente. Le jugement devait être rendu sur la base du droit *et non ex aequo et bono*. Ce

given of what are “special circumstances”: initially, an exceptional configuration of the coast, or the presence of islands or of navigable channels. The pertinent passage of the report of the International Law Commission, which ultimately was the basis of the draft of the Convention submitted to the Geneva Conference, provides:

“Having regard to the conclusions of the committee of experts referred to above [the committee which proposed equidistance], the Commission now felt in the position to formulate a general rule, based on the principle of equidistance, applicable to the boundaries of the continental shelf both of adjacent States and of States whose coasts are opposite to each other. The rule thus proposed is subject to such modifications as may be agreed upon by the parties. Moreover, while in the case of both kinds of boundaries the rule of equidistance is the general rule, it is subject to modification in cases in which another boundary line is justified by special circumstances. As in the case of the boundaries of coastal waters, *provision must be made for departures necessitated by any exceptional configuration of the coast, as well as the presence of islands or of navigable channels. To that extent the rule adopted partakes of some elasticity. . . . arbitration, while expected to take into account the special circumstances calling for modification of the major principle of equidistance, is not contemplated as arbitration ex aequo et bono. That major principle must constitute the basis of the arbitration, conceived as settlement on the basis of law, subject to reasonable modifications necessitated by the special circumstances of the case.*” (*Yearbook of the International Law Commission*, 1953, Vol. II, p. 216, para. 82; emphasis supplied.)

So in the view of the International Law Commission, “reasonable modifications” of “the general rule, based on the principle of equidistance” might be made where departures were “necessitated by the special circumstances of the case”.

At the Geneva Conference at which the 1958 Convention was adopted, the Commission’s carefully crafted proposal was sustained in a formulation of the British and Netherlands delegations. The only elucidation of what might be a special circumstance was the statement of the British delegation’s Admiralty expert, Commander Kennedy, offered in explanation of “The fairest method of establishing a sea boundary . . . that of the median line”:

“Among the special circumstances which might exist there was, for example, the presence of a small or large island in the area to be apportioned; he [Commander Kennedy] suggested that, for the purposes of drawing a boundary, islands should be treated on their

qui constitue des « circonstances spéciales » a été illustré visuellement : au départ, une configuration exceptionnelle de la côte, ou la présence d'îles ou de chenaux navigables. Le passage pertinent du rapport de la Commission du droit international, qui sert finalement de base au projet de convention présenté à la conférence de Genève, précise :

« Tenant compte des conclusions du Comité d'experts dont il est question plus haut [le comité qui avait proposé l'équidistance], la Commission a estimé qu'elle était maintenant en mesure de formuler une règle générale, fondée sur le principe de l'équidistance, applicable aux limites du plateau continental aussi bien lorsqu'il s'agit d'Etats limitrophes que d'Etats dont les côtes se font face. La règle ainsi proposée peut être modifiée par accord entre les parties. Au surplus, si, dans l'une et l'autre éventualité, les limites sont déterminées, en général, par la règle de l'équidistance, des modifications peuvent être apportées à cette règle lorsque des circonstances spéciales justifient le tracé d'une autre limite. Comme pour les limites des eaux territoriales, *il doit être prévu qu'on peut s'écarter de la règle lorsqu'une configuration exceptionnelle de la côte ou encore la présence d'îles ou de chenaux navigables l'exigent. La règle adoptée est donc par là dotée d'une certaine élasticité ... l'arbitrage — dont on attend qu'il tienne compte des circonstances spéciales exigeant la modification du principe général d'équidistance — ne se présente pas comme un arbitrage ex aequo et bono. C'est sur la base du principe général que doit être rendu l'arbitrage, considéré comme un règlement fondé sur le droit sous réserve des modifications raisonnables commandées par les circonstances spéciales des cas d'espèce.* » (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, huitième session, supplément n° 9 (A/2456), «Rapport de la Commission du droit international», 1953, p. 16, par. 82; les italiques sont de moi.*)

Ainsi, selon la Commission du droit international, « des modifications raisonnables » de la « règle générale, fondée sur le principe de l'équidistance » peuvent être apportées lorsque « les circonstances spéciales des cas d'espèce » commandent que l'on s'en écarte.

Lors de la conférence de Genève au cours de laquelle la convention de 1958 a été adoptée, la proposition soigneusement élaborée par la Commission fut appuyée dans une formule des délégations britannique et néerlandaise. Le seul éclaircissement concernant ce qui pourrait constituer une circonstance spéciale se trouve dans la déclaration de l'expert de l'amirauté de la délégation britannique, le capitaine de frégate Kennedy, qui a expliqué « la méthode la plus équitable pour délimiter des eaux maritimes, ... la ligne médiane » :

« Au nombre des circonstances spéciales dont il pourrait y avoir lieu de tenir compte, on peut mentionner par exemple l'existence d'une île, petite ou grande, dans la zone à répartir. Il [le capitaine Kennedy] suggère que, pour tracer une ligne de démarcation,

merits, very small islands or sand cays . . . being neglected as base points . . . Other types of special circumstances were the possession by one of the two States concerned of special mineral exploitation rights or fishery rights, or the presence of a navigable channel; in all such cases, a deviation from the median line would be justified, but the median line would still provide the best starting point for negotiations.” (UNCLOS I, Fourth Committee, Continental Shelf, *Official Records*, Vol. VI, p. 93.)

No delegation questioned the sense and scope of special circumstances given by Commander Kennedy. At the same time, the United States delegation observed that “the rule adopted would have to be fairly elastic”, and supported maintenance of “the reference to special circumstances, since account would have to be taken of the great variety of complex geographical situations that existed” (*ibid.*, p. 95). While the diversity of views about the merits of equidistance which since has become ritualized was introduced at the Geneva Conference, the text of what became Article 6 was overwhelmingly adopted.

At the Geneva Conference as in the International Law Commission, there was no suggestion that differing lengths of opposite coastlines — which would represent the typical and not the special case — would constitute a special circumstance. Of course islands, as well as mainlands, have coasts, which may be situated opposite other coasts. But the acceptance of islands as a special circumstance in the *travaux préparatoires* plainly refers to islands whose situation or size or other characteristics may constitute a special circumstance in a delimitation between two other coasts; an island was not conceived to be of itself a special circumstance which affects its own coastal projections. That concept is so bizarre that naturally it finds no expression in the intentions of those who drafted the 1958 Convention.

Of prior cases in this Court of delimitation of the continental shelf or of fishing zones, three are particularly pertinent. In the *North Sea Continental Shelf* cases, the Court drew a distinction between the situation of adjacent and opposite coasts. It took account of the lengths and configurations of the coasts of adjacent States. As to opposite States, it had this to say of the product of the International Law Commission which found expression in Article 6 of the 1958 Geneva Convention:

“Most of the difficulties felt in the International Law Commission related, as here, to the case of the lateral boundary between adjacent

on tienne compte de l'étendue des îles et que l'on ne prenne pas comme points de départ pour mesurer la mer territoriale les très petites îles et les bancs de sable... D'autres circonstances spéciales pourraient consister dans le fait que l'un des Etats posséderait des droits spéciaux en matière d'exploitation minière ou de pêche, ou encore dans l'existence d'un chenal navigable. Dans tous les cas de ce genre, une déviation de la ligne médiane pourra se justifier, mais cette ligne constituera, même alors, le meilleur point de départ pour des négociations.» (Nations Unies, *Documents officiels de la première conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, quatrième commission, plateau continental*, vol. VI, p. 112.)

Aucune délégation n'a contesté le sens et la portée des circonstances spéciales définies par le capitaine Kennedy. Cependant, la délégation des Etats-Unis a observé que «la règle adoptée [devrait] être dotée d'une certaine souplesse» et préconisé que l'on conserve «la mention des circonstances spéciales, puisqu'il [serait] nécessaire de tenir compte de la grande diversité des situations géographiques fort complexes qui se présent[eraient]» (*ibid.*, p. 114). Si les divergences de vues concernant les mérites de l'équidistance qui sont maintenant devenues la règle sont apparues à la conférence de Genève, le texte qui devait devenir l'article 6 a été adopté à une majorité écrasante.

Nul n'a dit, que ce soit à la conférence de Genève ou lors des travaux de la Commission du droit international, que la différence de longueurs des côtes se faisant face — qui représenterait le cas le plus courant et non l'exception — constituerait une circonstance spéciale. Certes, les îles, comme les territoires continentaux, ont des côtes, qui peuvent être situées en face d'autres côtes. Mais s'il a été admis, lors des travaux préparatoires, que les îles pouvaient constituer une circonstance spéciale, il s'agissait manifestement d'îles dont la situation ou les dimensions, ou d'autres caractéristiques encore, pourraient être une circonstance spéciale dans une délimitation entre deux autres côtes; une île n'était pas conçue comme étant en soi une circonstance spéciale exerçant un effet sur ses propres projections côtières. Cette notion est si bizarre qu'on n'en trouve naturellement pas l'expression dans les intentions des rédacteurs de la convention de 1958.

Quant aux affaires dont cette Cour a déjà eu à connaître au sujet de la délimitation du plateau continental ou de zones de pêche, trois d'entre elles sont particulièrement pertinentes. Dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour a établi une distinction entre les côtes limitrophes et celles qui se font face. Elle a tenu compte des longueurs et des configurations des côtes d'Etats limitrophes. Quant aux Etats qui se font face, voici ce qu'elle a dit de l'issue des travaux de la Commission du droit international, reflétée dans l'article 6 de la convention de Genève de 1958:

«La plus grande partie des difficultés éprouvées par la Commission du droit international concernaient comme ici le cas de la ligne

States. Less difficulty was felt over that of the median line boundary between opposite States, although it too is an equidistance line. For this there seems to the Court to be good reason. The continental shelf area off, and dividing, opposite States, can be claimed by each of them to be a natural prolongation of its territory. These prolongations meet and overlap, and can therefore only be delimited by means of a median line; and, ignoring the presence of islets, rocks and minor coastal projections, the disproportionately distorting effect of which can be eliminated by other means, such a line must effect an equal division of the particular area involved. If there is a third State on one of the coasts concerned, the area of mutual natural prolongation with that of the same or another opposite State will be a separate and distinct one, to be treated in the same way. This type of case is therefore different from that of laterally adjacent States on the same coast with no immediately opposite coast in front of it, and does not give rise to the same kind of problem — a conclusion which also finds some confirmation in the difference of language to be observed in the two paragraphs of Article 6 of the Geneva Convention . . . as respects recourse in the one case to median lines and in the other to lateral equidistance lines, in the event of absence of agreement.

If on the other hand, contrary to the view expressed in the preceding paragraph, it were correct to say that there is no essential difference in the process of delimiting the continental shelf areas between opposite States and that of delimitations between adjacent States, then the results ought in principle to be the same or at least comparable. But in fact, whereas a median line divides equally between the two opposite countries areas that can be regarded as being the natural prolongation of the territory of each of them, a lateral equidistance line often leaves to one of the States concerned areas that are a natural prolongation of the territory of the other." (*I.C.J. Reports 1969*, pp. 36-37, paras. 57 and 58.)

In the *Gulf of Maine* case, the Chamber adjusted a median line to take account of the "actual situation" respecting the length of coastlines, which in some measure were opposite. Its selection of the relevant coastlines, the larger part of which were adjacent rather than opposite, was controversial, but a calculation was made of the lengths of the coastlines so selected and the resultant relationship between them was mathematically applied to adjust the position of the median line in that precise measure. The *Gulf of Maine* case is distinguishable from the instant case on the grounds that, first, the 1958 Convention was not applicable to its determination of a single maritime boundary; second, the adjustment in the median line was made in a situation in which the coasts were not only opposite but adjacent and in which a salient issue was abatement of claimed cut-off effects which an unadjusted median line would entail; and third, the adjustment

latérale de délimitation entre Etats limitrophes. Les difficultés ont été moindres pour ce qui est de la ligne médiane de délimitation entre Etats dont les côtes se font face, bien qu'il s'agisse là aussi d'une ligne d'équidistance. Il semble à la Cour qu'il y a une bonne raison à cela. En effet les zones de plateau continental se trouvant au large d'Etats dont les côtes se font face et séparant ces Etats peuvent être réclamées par chacun d'eux à titre de prolongement naturel de son territoire. Ces zones se rencontrent, se chevauchent et ne peuvent donc être délimitées que par une ligne médiane; si l'on ne tient pas compte des îlots, des rochers ou des légers saillants de la côte, dont on peut éliminer l'effet exagéré de déviation par d'autres moyens, une telle ligne doit diviser également l'espace dont il s'agit. Si un troisième Etat borde l'une des côtes, la zone où le prolongement naturel de son territoire recoupe celui de l'Etat déjà considéré lui faisant face, ou celui d'un autre Etat lui faisant face, sera distincte et séparée mais devra être traitée de la même manière. Tout différent est le cas d'Etats limitrophes se trouvant sur la même côte et n'ayant pas de vis-à-vis immédiat; les problèmes soulevés ne sont pas du même ordre: cette conclusion est confirmée par la rédaction différente des deux paragraphes de l'article 6 de la convention de Genève ... quant à l'utilisation, à défaut d'accord, de lignes médianes ou de lignes latérales d'équidistance selon le cas.

En revanche si, contrairement à l'opinion émise au paragraphe précédent, il était exact de dire qu'il n'y a pas de différence essentielle pour la délimitation du plateau continental entre le cas d'Etats se faisant face et le cas d'Etats limitrophes, les résultats devraient être en principe sinon identiques du moins comparables. Or en fait, alors qu'une ligne médiane tracée entre deux pays se faisant face divise également des zones qui peuvent être considérées comme le prolongement naturel du territoire de chacun d'eux, il est fréquent qu'une ligne latérale d'équidistance laisse à l'un des Etats intéressés des zones qui sont le prolongement naturel du territoire de l'autre.» (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 36-37, par. 57-58.)

Dans l'affaire du *Golfe du Maine*, la Chambre a ajusté une ligne médiane pour tenir compte de la «situation réelle» touchant la longueur des côtes qui dans une certaine mesure se faisaient face. Son choix des côtes pertinentes, qui pour la plus grande partie étaient adjacentes et non opposées, était contestable mais il a été procédé à un calcul de la longueur des côtes ainsi choisies et le rapport entre celles-ci a été appliqué de manière mathématique pour ajuster la position de la ligne médiane dans cette mesure précise. L'affaire du *Golfe du Maine* se distingue de la présente affaire en ce sens que, premièrement, la convention de 1958 n'était pas applicable à la détermination par la Chambre d'une frontière maritime unique; deuxièmement, l'ajustement de la ligne médiane y a été effectué dans le cas de côtes non seulement se faisant face mais aussi adjacentes et où se posait la question importante de la correction des effets

in the position of the median line was made in proportion to the actual difference in the length of the coasts which the Chamber calculated.

While for these reasons, the *Gulf of Maine* case provides no more than qualified support for the Court's reasoning and conclusions in the instant case, direct support is provided by the Court's Judgment in the *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahariya/Malta)* case. Not on a doctrinal level, for, on the contrary, the Court in that case had this to say about Libya's contention that the length of coastlines afforded the basis of delimitation:

"However, to use the ratio of coastal lengths as of itself determinative of the seaward reach and area of continental shelf proper to each Party, is to go far beyond the use of proportionality as a test of equity, and as a corrective of the unjustifiable difference of treatment resulting from some method of drawing the boundary line. If such a use of proportionality were right, it is difficult indeed to see what room would be left for any other consideration; for it would be at once the principle of entitlement to continental shelf rights and also the method of putting that principle into operation. Its weakness as a basis of argument, however, is that the use of proportionality as a method in its own right is wanting of support in the practice of States, in the public expression of their views at (in particular) the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, or in the jurisprudence. It is not possible for the Court to endorse a proposal at once so far-reaching and so novel." (*I.C.J. Reports 1985*, p. 45, para. 58.)

Nevertheless, the Court proceeded, in a situation of purely opposite coasts, in which the far greater length of Libya's coast in relation to that of Malta was similar to the very great extent of Greenland's coast relative to that of Jan Mayen, to shift the median line markedly northwards in Libya's favour to take account of a difference in coastal lengths. It cannot be said, to take mathematical or proportionate account of a difference in coastal lengths, for, unlike the *Gulf of Maine* Judgment, the application of proportionality in the *Libya/Malta* case evidences no discernible, specific relationship between the different coastal lengths of Libya and Malta. Indeed, in that case as in this, if the vast differences in coastal lengths were to have been given proportionate effect, the relatively minuscule islands would have no continental shelves or fishing zones at all. The obscure measure of adjustment of the median line between Libya and Malta appears to have had the benefit of inspiration, if divine, then from Roman gods, for the line selected just happened essentially to coincide with the limit of the claims of a third State, Italy, whose claims the Court paradoxically earlier had declined to pass upon. In the current case, the measure of adjustment seems to have followed, if not from the inspiration of Norse gods, then from considerations of symmetry, once the decision

d'amputation que produirait, disait-on, une ligne médiane non ajustée ; et, troisièmement, l'ajustement de l'emplacement de la ligne médiane a été effectué proportionnellement à la différence réelle de longueurs des côtes calculée par la Chambre.

Si, pour ces raisons, l'affaire du *Golfe du Maine* ne conforte que d'une manière mitigée les motivations et les conclusions de la Cour dans la présente affaire, son arrêt dans l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)* leur apporte un appui direct. Non sur le plan doctrinal car, au contraire, la Cour avait déclaré à propos de la thèse de la Libye suivant laquelle la longueur des côtes fournissait la base de la délimitation :

« Mais retenir le rapport entre ces longueurs comme déterminant en lui-même la projection en mer et la superficie du plateau continental qui relève de chaque Partie, c'est aller bien au-delà d'un recours à la proportionnalité pour vérifier l'équité du résultat et corriger une différence de traitement injustifiée imputable à une certaine méthode. Si la proportionnalité pouvait être appliquée ainsi, on voit mal quel rôle toute autre considération pourrait encore jouer ; en effet la proportionnalité serait alors à la fois le principe du titre sur le plateau continental et la méthode permettant de mettre ce principe en œuvre. En tout état de cause la faiblesse de l'argument est que l'utilisation de la proportionnalité comme véritable méthode ne trouve aucun appui dans la pratique des Etats ou leurs prises de position publiques, en particulier à la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, non plus que dans la jurisprudence. La Cour ne saurait retenir une proposition à la fois si neuve et si radicale. »
(*C.I.J. Recueil 1985*, p. 45-46, par. 58.)

Néanmoins, dans le cas de deux côtes se faisant purement face, où l'extrême disparité de longueurs de la côte libyenne et de celle de Malte était similaire à celle qui existe entre les longueurs de la côte du Groenland et de celle de Jan Mayen, la Cour a nettement déplacé la ligne médiane vers le nord en faveur de la Libye pour tenir compte de la différence de longueurs des côtes. On ne peut pas dire qu'elle ait tenu compte de manière mathématique ou proportionnelle de la différence des longueurs des côtes car, à la différence de l'arrêt rendu dans l'affaire du *Golfe du Maine*, l'application de la proportionnalité dans l'affaire *Libye/Malte* ne présente aucun rapport perceptible ou spécifique avec la différence de longueurs des côtes de la Libye et de Malte. A vrai dire, dans ce cas comme dans la présente affaire, s'il avait été donné un effet proportionnel aux très considérables différences de longueurs des côtes, les îles relativement minuscules n'auraient pas eu de plateau continental ou de zone de pêche du tout. Le calcul peu transparent de l'ajustement de la ligne médiane entre la Libye et Malte semble avoir bénéficié d'une inspiration, qui, si elle était divine, était celle des dieux romains, car la ligne choisie se trouvait précisément coïncider avec la limite des revendications d'un troisième Etat, l'Italie, sur lesquelles auparavant la Cour avait paradoxalement

was made to furnish "equitable access" to the southern sector in which capelin may be fished. In Selden's seventeenth-century days, equity was described as the Chancellor's conscience, variable indeed; it was as if the standard of measurement called a foot were to be the length of the Chancellor's foot, "an uncertain measure". (Pollock, ed., *Table Talk of John Selden*, 1927, p. 43.) Nowadays, equity is to be impressionistically measured by the length of opposite coastlines.

III. SHOULD MAXIMALIST CLAIMS BE REWARDED?

If the case between Denmark and Norway is to be considered in a fashion which places the legal entitlements of each Party on an equal plane, then both Greenland and Jan Mayen should be viewed as entitled *prima facie* to a 200-mile zone. These entitlements, however, being less than 400 miles apart, overlap. Thus it is within this large maritime area of overlapping potential entitlements that the line of delimitation had to be drawn. But not in Denmark's view. For its part, Denmark claimed its full 200-mile entitlement, proposing to leave Norway none of its, whereas Norway, for its part, took a more modest approach, claiming not the full extent of its 200-mile entitlement but only those areas which lie to the east of a median line drawn between the opposite coasts of Jan Mayen and Greenland. That is to say, Denmark's claim is precisely the same claim as could be made if Jan Mayen Island did not exist or, if existing, were to be treated not as an island but as a rock "which cannot sustain human habitation or economic life" of its own and which accordingly shall have "no exclusive economic zone or continental shelf" (Art. 121 of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea). The singular characteristics of Jan Mayen Island may leave room for argument about whether it meets the standards of Article 121, but Denmark did not make that argument; it accepted that Jan Mayen Island is not a rock but an island.

The line of delimitation indicated by the Court gives the impression of rewarding Denmark's maximalist claim and penalizing Norway's moderation. Equitable or equal access is given to the Parties in the southerly area that matters, and the remainder of the line is indicated to conjoin with the line so to be drawn, apparently all of this to fall within the area of Norway's claim. Norway proposed a median line, which fell roughly midway between the coasts of Greenland and Jan Mayen, but which nevertheless would have accorded Greenland significantly more continental shelf and fishing zone than Jan Mayen, for the reason that Greenland's far longer

refusé de se prononcer. Dans la présente affaire, la mesure de l'ajustement semble répondre, si ce n'est pas à l'inspiration des divinités norvégiennes, à des considérations de symétrie, une fois la décision prise d'assurer un « accès équitable » au secteur méridional où la pêche au capelan est possible. Au XVII^e siècle, du temps de Selden, l'équité se mesurait, disait-on, à l'aune du pied du chancelier, « mesure incertaine » (Pollock (dir. publ.), *Table Talk of John Selden*, 1927, p. 43). De nos jours, elle se mesure de manière impressionniste à l'aune de la longueur des côtes se faisant face.

III. LES REVENDICATIONS MAXIMALISTES DOIVENT-ELLES ÊTRE RÉCOMPENSÉES ?

Si l'affaire entre le Danemark et la Norvège doit être envisagée en plaçant sur le même plan les titres juridiques de chaque Partie, le Groenland et Jan Mayen devraient alors être considérés comme ayant l'un et l'autre droit *prima facie* à une zone de 200 milles. Ces titres, cependant, se chevauchent parce que la distance entre le Groenland et Jan Mayen est inférieure à 400 milles. C'est donc à l'intérieur de cette vaste zone maritime de chevauchement des titres potentiels que doit être tracée la ligne de délimitation. Mais tel n'était pas l'avis du Danemark. Celui-ci a revendiqué son droit entier à une zone de 200 milles en proposant de n'en rien laisser à la Norvège, alors que la Norvège, pour sa part, a adopté une attitude plus modeste, en ne revendiquant pas la totalité de son droit à une zone de 200 milles mais seulement les zones situées à l'est d'une ligne médiane tracée entre les côtes se faisant face de Jan Mayen et du Groenland. Cela signifie que la revendication du Danemark est exactement la même que celle qu'il aurait pu formuler si l'île de Jan Mayen n'avait pas existé ou si elle devait malgré tout être traitée non comme une île mais comme un rocher « qui ne se prête pas à l'habitation humaine ou à une vie économique » propre et qui par conséquent n'a « pas de zone économique exclusive ni de plateau continental » (article 121 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer, de 1982). Les caractéristiques singulières de Jan Mayen peuvent prêter à discussion quant à leur conformité au critère de l'article 121, mais le Danemark n'a pas avancé cet argument; il a admis que Jan Mayen n'était pas un rocher mais une île.

La ligne de délimitation indiquée par la Cour donne l'impression de récompenser la revendication maximaliste du Danemark et de pénaliser la modération de la Norvège. Un accès équitable ou égal est accordé aux Parties dans le secteur méridional, qui est celui qui compte, et le reste de la ligne est indiqué comme rejoignant la ligne ainsi tracée, le tout tombant apparemment dans la zone revendiquée par la Norvège. La Norvège a proposé une ligne médiane, située approximativement à mi-chemin entre les côtes du Groenland et de Jan Mayen, qui aurait cependant accordé au Groenland une zone de plateau continental et une zone de pêche nette-

coast generates more area seawards than does Jan Mayen's short coast. But that was not seen as sufficient for Denmark's maximalist claim or the Court's apportionment, which is markedly more generous to Denmark than is the median line. To arrive at this expanded apportionment, the Court has found it right to award Greenland a bonus for the length of its coast or to penalize Jan Mayen for the shortness of its. The result is to attribute almost three-quarters of the total area of overlapping potential entitlements to Denmark and a bit more than one-quarter to Norway. Why this should be seen as equitable is not clear but what is clear is that the Court's Judgment may tend to encourage immoderate and discourage moderate claims in future. Yet it may be said in defence of the approach of Denmark, if not of the Court, that, however extreme Denmark's claim appears in legal terms, in political terms it is perfectly understandable. Once Norway had extended to Iceland a 200-mile zone in relation to Jan Mayen, naturally Denmark sought no less on behalf of Greenland.

* * *

As noted, in this case Article 6 of the 1958 Convention has mandatory force, for the Parties and for the Court. But the 1958 Convention concerns the continental shelf; it does not govern the fishing zone. It is agreed by the Parties and the Court alike that customary international law governs delimitation of the fishing zone. It is also agreed that, in this case of opposite coasts, it would make no practical sense for the delimitation of the fishing zone to produce a line which differs from that to be drawn for delimitation of the continental shelf.

The saving grace for the Court's Judgment in these circumstances is that the customary law governing delimitation of the fishing zone is elastic indeed, having been shaped by the Court's judicial and by arbitral decisions and the porous terms of the United Nations Convention on the Law of the Sea. Under that Convention, which is not in force, an equitable solution is to be achieved, for the continental shelf and the exclusive economic zone, on the basis of international law as referred to in Article 38 of the Statute of the Court. Nothing is said in these Convention provisions of equidistance, or special circumstances, or relevant circumstances. Permeable as the Convention's provisions are, they exclude an equitable solution based not on international law but considerations *ex aequo et bono*. The terms of Article 38 of the Statute distinguish between the function of judicial decision in accordance with international law

ment plus vastes qu'à Jan Mayen vu que la côte beaucoup plus longue du Groenland génère vers le large une superficie plus grande que la côte de longueur réduite de Jan Mayen. Mais cela n'a pas été jugé suffisant pour la revendication maximaliste du Danemark ou pour la répartition effectuée par la Cour, qui est nettement plus généreuse pour le Danemark que ne l'est la ligne médiane. Pour parvenir à cette répartition plus généreuse, la Cour a jugé bon d'accorder au Groenland une prime au titre de la longueur de sa côte ou de pénaliser Jan Mayen pour la longueur réduite de la sienne. Le résultat est l'attribution au Danemark de près des trois quarts du total de la zone de chevauchement des titres potentiels et d'un peu plus d'un quart à la Norvège. On voit mal comment cette solution devrait être considérée comme équitable, mais, ce qui est clair, c'est que l'arrêt de la Cour pourrait dans l'avenir encourager les revendications immodérées et décourager les revendications modérées. On peut dire cependant à la défense de l'approche adoptée par le Danemark, sinon par la Cour, que si extrême que puisse paraître la revendication du Danemark d'un point de vue juridique, elle est parfaitement compréhensible d'un point de vue politique. Après que la Norvège a accordé à l'Islande une zone de 200 milles face à Jan Mayen, le Danemark n'a naturellement pas revendiqué moins pour le Groenland.

* * *

Comme je l'ai indiqué, l'article 6 de la convention de 1958 a, dans cette affaire, force obligatoire pour les Parties et pour la Cour. Mais la convention de 1958 concerne le plateau continental; elle ne régit pas la zone de pêche. Les Parties de même que la Cour sont d'accord que le droit international coutumier régit la délimitation des zones de pêche. Elles sont également d'accord que, dans ce cas de côtes se faisant face, il serait dénué de sens sur le plan pratique que la délimitation de la zone de pêche aboutisse à une ligne différente de celle qui doit être tracée pour la délimitation du plateau continental.

Ce qui sauve l'arrêt de la Cour dans ces circonstances est l'élasticité incontestable du droit coutumier régissant la délimitation de la zone de pêche, tel qu'il a été façonné par la jurisprudence de la Cour et d'instances arbitrales et la porosité des dispositions de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Selon cette convention, qui n'est pas en vigueur, il faut aboutir à une solution équitable, pour le plateau continental et la zone économique exclusive, conformément au droit international tel qu'il est visé à l'article 38 du Statut de la Cour. Les dispositions de cette convention sont muettes sur l'équidistance, ou les circonstances pertinentes. Pour perméables que soient les dispositions de la convention, elles excluent une solution équitable fondée non sur le droit international mais sur des considérations *ex aequo et bono*. L'article 38 du Statut établit une distinction entre la fonction de décision judiciaire conformément au droit

which applies the sources of that law, and the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono* if the parties so agree.

Nevertheless, the authority to seek an equitable solution by the application of a law whose principles remain largely undefined affords the Court an exceptional measure of judicial discretion. In this Judgment, the Court's attempted definition of that law ultimately does little more than require the investigation of "relevant circumstances" which have to be taken into account if an equitable result is to be achieved. Invoking "relevant circumstances" is in accord with earlier Judgments of the Court, beginning with the *North Sea Continental Shelf* cases, and is consistent with the tenor of the debate at the Third United Nations Conference on the Law of the Sea. If the Court draws from the cornucopia of judicial discretion afforded by its appreciation of what circumstances are relevant the decision that the fishing zone shall be equally apportioned in this case, it is difficult to maintain that that exercise of discretion is more objectionable than indication of an alternative line.

If that is so, the question then arises, should the continental shelf line imported by the 1958 Convention — the median line — govern, or should the fishing zone line indicated by the Court's sense of equity govern?

There is no ready answer to this conundrum. It might on the one hand be maintained that the 1958 Convention affords anterior and harder law, unmodified by a subsequent treaty in force. It should accordingly govern, the more so because there are a number of continental shelf agreements and awards which are in force which are not treated as having been reworked by the subsequent advent of the concept of the exclusive economic zone or variants thereof or by the lenient terms of the United Nations Convention on the Law of the Sea. On the other hand, it might be maintained that, even if that be generally so, the real interests at stake in this case involve the apportionment of fishing rights and that, therefore, the Court's appreciation of fishing zone equities should govern any apportionment of the continental shelf.

The Court avoids a choice between these approaches by maintaining that it applies "a general norm based on equitable principles" amalgamating the two in a formula it describes as "the equidistance-special circumstances rule". Whether, in view of the reasoning employed in this case by the Court, it has effectively employed that rule is debatable. But what is clear is that the Court leavens its Judgment with a large infusion of equitable ferment, importing as it does a search for "relevant circumstances", and so concocts a conclusion which does not lend itself to dissection or, for that matter, dissent. Based on large and loose approaches such as its gross impression of the effects of differing lengths of coasts, its desire to afford equitable access to fishing resources, and the attractions of the

international qui applique les sources de ce droit et la faculté pour la Cour de statuer *ex aequo et bono* si les parties sont d'accord.

Néanmoins, le pouvoir de rechercher une solution équitable par application d'un droit dont les principes demeurent en grande partie indéfinis offre à la Cour une exceptionnelle faculté discrétionnaire dans l'exercice de sa fonction judiciaire. Dans cet arrêt, la définition qu'a essayé de donner la Cour de ce droit se ramène presque, en définitive, à la nécessité d'examiner les « circonstances pertinentes » qui doivent être prises en compte afin de parvenir à un résultat équitable. L'invocation des « circonstances pertinentes » est en accord avec des arrêts précédents de la Cour, à commencer par les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, et elle est conforme à la teneur des débats de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. Si la Cour a puisé dans le trésor de pouvoir discrétionnaire que lui offre son appréciation de ce que sont les circonstances pertinentes la décision suivant laquelle, dans la présente affaire, la zone de pêche devra être partagée par parts égales, il est difficile de soutenir que cet exercice de sa faculté discrétionnaire est plus contestable que l'indication d'une autre ligne.

S'il en est ainsi, la question se pose de savoir si c'est la ligne de délimitation du plateau continental déterminée par la convention de 1958 — c'est-à-dire la ligne médiane — ou la ligne de délimitation de la zone de pêche déterminée par le sens de l'équité de la Cour qui doit prévaloir.

La solution de cette énigme n'est pas facile. D'un côté, on peut dire que la convention de 1958 représente un droit plus ancien et plus affermi qui n'a été modifié par aucune convention ultérieure en vigueur. C'est elle qui devrait donc l'emporter, d'autant plus qu'il existe un certain nombre d'accords et de sentences arbitrales concernant le plateau continental qui sont en vigueur et ne sont pas considérés avoir été modifiés par l'apparition ultérieure du concept de zone économique exclusive ou de variantes de celui-ci, ou par les dispositions indulgentes de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Mais on peut aussi, d'un autre côté, faire valoir que, même si tel est généralement le cas, les intérêts réellement en cause dans la présente affaire concernent le partage des droits de pêche et que, par conséquent, le partage du plateau continental devrait être régi par l'appréciation de la part de la Cour des considérations équitables relatives à la zone de pêche.

La Cour évite de choisir entre ces deux approches en affirmant qu'elle applique « une norme générale fondée sur des principes équitables » en amalgamant les deux dans une formule qu'elle appelle « la règle équidistance-circonstances spéciales ». Au vu du raisonnement suivi dans cette affaire par la Cour, on peut se demander si elle a effectivement employé cette règle. Il est cependant clair qu'elle relève son arrêt par une importante adjonction de ferment d'équité, sous la forme de la recherche de « circonstances pertinentes », et concocte de la sorte une conclusion qui ne prête pas à dissection ni, à vrai dire, à contestation. A partir de considérations à la fois vastes et floues telles que son impression générale des effets de la différence de longueurs des côtes, son désir d'assurer un accès

symmetrical conjoinder of indicated lines of delimitation, the Court comes up with a line which, given the criteria employed, may be as reasonable as another. Where this leaves the law of maritime delimitation, to the extent that such a law subsists, is perplexing.

(Signed) Stephen M. SCHWEBEL.

équitable aux ressources halieutiques, et les séductions d'une coïncidence symétrique des lignes de délimitation indiquées, la Cour a abouti à une ligne qui, étant donné les critères employés, est peut-être aussi raisonnable qu'une autre. Ce qu'il en est maintenant du droit de la délimitation maritime, pour autant qu'il existe encore, est une question qui laisse perplexe.

(Signé) Stephen M. SCHWEBEL.
