

SEPARATE OPINION OF JUDGE SHAHABUDDIEN

Three decades after the entry into force of the Geneva Convention on the Continental Shelf of 1958, and following on a great deal of intervening developments in the field of maritime delimitation, Article 6, paragraph 1, of the Convention is now being applied for the first time by the Court. Issues of some difficulty arise. I agree with the Judgment but have reservations on some points and additional views on others. In Parts I to VI respectively, I set out my reasoning on (1) the delimitation régime applicable to the continental shelf; (2) proportionality; (3) the disparity in coastal lengths; (4) the determination of an equitable line; (5) the competence to establish a single line; and (6) the judicial propriety of drawing a delimitation line.

PART I. THE DELIMITATION RÉGIME APPLICABLE TO THE
CONTINENTAL SHELF(i) *The Central Issue*

The instant case places directly before the Court, as no other case has done, important questions of interpretation of Article 6, paragraph 1, of the Geneva Convention on the Continental Shelf of 1958 (the 1958 Convention). Both Parties accepted that this provision established one combined equidistance-special circumstances rule, but from this point onwards their positions diverged sharply. Ignoring at this stage alternative arguments on both sides, Denmark's position was in effect that this combined rule was indistinguishable from the rule at customary international law, under which equidistance is a non-preferential method among other possible methods, the choice of any particular method being in each case made by the application of equitable principles, taking account of the relevant circumstances. Norway, for its part, contended that, in the absence of agreement, the question was whether there were special circumstances, and that if, as it submitted, there was none, then, in terms of the provision, "the boundary is the median line". In the words of the Solicitor-General for Norway:

"The main element of that language is prescriptive and self-executing: 'In the absence of agreement . . . the boundary is the median line.' There is no detour by way of reference to 'principles'

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDDIN

[Traduction]

Trois décennies après l'entrée en vigueur de la convention de Genève de 1958 sur le plateau continental et après que bien des faits nouveaux sont intervenus dans le domaine de la délimitation maritime, le paragraphe 1 de l'article 6 de la convention se trouve maintenant appliqué pour la première fois par la Cour. Des problèmes passablement difficiles se posent. Je souscris à l'arrêt mais désire formuler des réserves sur certains points et présenter des observations additionnelles sur d'autres. Dans les six parties qui suivent, j'expose ma façon de voir concernant, respectivement : 1) le régime de délimitation applicable au plateau continental ; 2) la proportionnalité ; 3) la disparité de longueurs de côtes ; 4) la détermination d'une ligne équitable ; 5) la compétence pour établir une ligne unique ; 6) la question de savoir s'il entre dans la frontière judiciaire de la Cour de tracer une ligne de délimitation.

PREMIÈRE PARTIE. LE RÉGIME DE DÉLIMITATION APPLICABLE
AU PLATEAU CONTINENTAL

i) *La question centrale*

En l'espèce, la Cour est directement confrontée, comme elle ne l'a été dans aucune autre affaire, à d'importantes questions d'interprétation du paragraphe 1 de l'article 6 de la convention de Genève de 1958 sur le plateau continental (la convention de 1958). Les deux Parties ont reconnu que cette disposition a établi une règle conjuguant l'équidistance et les circonstances spéciales, mais à partir de ce point leurs positions divergent nettement. Si on laisse de côté, à ce stade, les autres arguments invoqués des deux côtés, on peut dire qu'en pratique la position du Danemark a consisté à affirmer que cette règle combinée ne pouvait être distinguée de la règle du droit international coutumier selon laquelle l'équidistance est une méthode qui ne doit pas être préférée à d'autres méthodes possibles, le choix d'une méthode particulière étant fait dans chaque cas par l'application de principes équitables, compte tenu des circonstances pertinentes. La Norvège, pour sa part, a soutenu qu'en l'absence d'accord il fallait déterminer s'il existe des circonstances spéciales et que si, comme elle l'affirmait, il n'en existe pas, c'est alors, aux termes de la disposition considérée, « la ligne médiane qui est la ligne de délimitation ». Selon les mots du procureur général de la Norvège :

« L'élément principal de ce libellé est impératif et d'exécution automatique : « à défaut d'accord ... [la] délimitation est constituée par la ligne médiane ». Aucun détour n'est effectué par la mention de

which require 'application', as in paragraph 2 relating to adjacent States. The language is direct and dispositive, and has room for only one element of appreciation: the proviso for the event that 'another boundary line is justified by special circumstances'." (CR 93/6, p. 43, 18 January 1993, Mr. Haug, Co-Agent for Norway. See also CR 93/8, pp. 49, 52, 53, 20 January 1993.)

I take the Judgment to mean that the Court in substance upholds the Norwegian reading of the provision in the sense that, had it found that there were no special circumstances, it would have had no ground for shifting the median line, which accordingly would have been the boundary. As this interpretation of the provision may well differ from that more generally favoured, I feel I should say why I support it.

(ii) *The Delimitation Principles of the Geneva Convention on the Continental Shelf 1958 Apply*

It will be convenient first to consider the general question of the applicability of the delimitation provisions of the 1958 Convention. Both Parties accept that the Convention is in force as between them. Both are also signatories to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (the 1982 Convention). But this they have not ratified, and it is not yet in force. However, it is generally agreed that the leading principles of the 1982 Convention, or at any rate those relevant to the present case, are expressive of customary international law, although there may be argument as to precisely what provisions can be so regarded (see *Delimitation of the Maritime Areas between Canada and France*, Decision of 10 January 1992, para. 42 of Arbitrator Prosper Weil's dissenting opinion, referring to paragraphs 75 *et seq.* of the Decision).

In taking the position that the 1958 Convention is still in force, the Parties would not appear to be at variance with such jurisprudence as there exists on the subject. In the case concerning the *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic*, 1977 (*Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. XVIII, p. 3, at pp. 35-37), France argued that the new trends which were then evolving, and which later took shape in the 1982 Convention, had rendered obsolete the 1958 Convention, to which both France and the United Kingdom were parties. The submission was overruled, the Court of Arbitration holding that, within limits set by certain French reservations to the 1958 Convention, the latter was in force as between the two States (*ibid.*, p. 37, para. 48). In the case concerning *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, the Chamber held that the 1958 Convention did not apply to the delimitation

« principes » qui nécessitent une « application », comme au paragraphe 2 relatif aux Etats adjacents. Les termes employés sont directs et d'effet dispositif, et ne laissent place qu'à un seul élément d'appréciation : la clause restrictive pour le cas où « les circonstances spéciales justifient une autre délimitation. » (CR 93/6, p. 43, 18 janvier 1993, M. Haug, coagent de la Norvège; voir également CR 93/8, p. 49, 52, 53, 20 janvier 1993.)

J'interprète l'arrêt comme signifiant que la Cour, pour l'essentiel, fait sienne l'interprétation donnée par la Norvège à cette disposition en ce sens que, si elle avait constaté qu'il n'existe pas de circonstances spéciales, elle n'aurait eu aucune raison de déplacer la ligne médiane, qui aurait dès lors formé la ligne de délimitation. Etant donné que cette interprétation de la disposition en question peut fort bien différer de celle qui est plus généralement acceptée, j'estime de mon devoir d'expliquer pourquoi je l'appuie.

ii) *Les principes de délimitation de la convention de Genève de 1958 sur le plateau continental sont applicables*

Il convient tout d'abord d'examiner la question générale de l'applicabilité des dispositions de la convention de 1958 relatives à la délimitation. Les deux Parties reconnaissent que la convention est en vigueur à leur égard. Toutes deux sont également signataires de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (la convention de 1982), mais elles ne l'ont pas ratifiée, et cette convention n'est pas encore en vigueur. Toutefois, il est généralement admis que les principes directeurs de la convention de 1982, ou à tout le moins les principes pertinents en l'espèce, sont l'expression du droit international coutumier, bien que l'on puisse débattre du point de savoir quelles sont exactement les dispositions à considérer comme telles (voir l'affaire de la *Délimitation des zones maritimes entre le Canada et la France*, sentence du 10 janvier 1992, paragraphe 42 de l'opinion dissidente de M. Prosper Weil, se référant aux paragraphes 75 et suivants de la sentence).

En affirmant que la convention de 1958 est encore en vigueur, les Parties ne sembleraient pas s'écarter de la jurisprudence qui existe en la matière. Dans l'affaire concernant la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française*, 1977 (*Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XVIII, p. 165-167), la France a fait valoir que les nouvelles tendances qui se dégageaient alors et qui ont pris forme plus tard dans la convention de 1982 avaient rendu caduque la convention de 1958, à laquelle tant la France que le Royaume-Uni étaient parties. Cet argument a été rejeté, le tribunal arbitral considérant que, dans les limites fixées par certaines réserves de la France concernant la convention de 1958, celle-ci était en vigueur à l'égard des deux Etats (*ibid.*, p. 166, par. 48). Dans l'affaire concernant la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, la Chambre a été d'avis que la convention de 1958 ne s'appliquait pas à la

of a single line for the continental shelf and the fishery zone between Canada and the United States of America; but the Chamber clearly considered that the Convention was in force as between the two States in respect of the continental shelf even as it emerged after 1958 and would have applied if the shelf alone were being delimited (*I.C.J. Reports 1984*, p. 301, para. 118, p. 303, para. 124. See also the *Canada/France Arbitration*, 1992, Decision, paras. 39 and 40, and the 1982 Convention, Arts. 83 and 311).

However, while accepting that the delimitation provisions of Article 6, paragraph 1, of the 1958 Convention are still in force as between itself and Norway, Denmark contends that they are inapplicable in this particular case by reason of the fact that the case is concerned with a delimitation by a single line of both the continental shelf and the fishery zone. I give my reasons in Part V for disagreeing with this contention. If Denmark is wrong on this point, it follows, from its having accepted that the Convention is in force between itself and Norway, that Article 6, paragraph 1, is applicable to this particular case.

The arguments on the precise operational relationship between the provisions of the 1958 Convention and those of the 1982 Convention could be complex, particularly as regards Articles 83 and 311 of the latter (see, *inter alia*, Lucius Caflisch, "The Delimitation of Marine Spaces between States with Opposite or Adjacent Coasts", in René-Jean Dupuy and Daniel Vignes (eds.), *A Handbook on the New Law of the Sea*, Vol. 1, 1991, p. 479). However, for the reasons given, I propose to proceed on the basis that the Court is required to apply the delimitation provisions of Article 6, paragraph 1, of the 1958 Convention as provisions of a general international convention "establishing rules expressly recognized by the contesting States" within the meaning of Article 38, paragraph 1(a), of the Statute of the Court. The interpretation of those provisions is another matter. It is the subject of the remainder of this Part.

(iii) *The General Issue of Interpretation Relating to Article 6, Paragraph 1, of the 1958 Convention*

The resolution of the questions of interpretation which arise will make it necessary to consult a body of case-law the principal items of which are footnoted below¹. They will be referred to in brief as the *North Sea* cases,

¹ *North Sea Continental Shelf*, *I.C.J. Reports 1969*, p. 3; *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic*, 1977, *RIAA*, Vol. XVIII, p. 3; *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, *I.C.J. Reports 1982*, p. 18; *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, *I.C.J. Reports 1984*, p. 246; *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, *I.C.J. Reports 1985*, p. 13; and *Delimitation of the Maritime Areas between Canada and France*, Decision of 10 June 1992.

délimitation par une ligne unique du plateau continental et de la zone de pêche entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, mais elle a clairement considéré que la convention était en vigueur à l'égard des deux États pour ce qui était du plateau continental, en dépit de l'évolution de ce concept après 1958, et qu'elle aurait été applicable s'il s'était agi uniquement de délimiter le plateau continental (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 301, par. 118, p. 303, par. 124; voir également l'*Arbitrage entre le Canada et la France*, 1992, sentence, par. 39 et 40, et la convention de 1982, art. 83 et 311).

Toutefois, tout en reconnaissant que les dispositions du paragraphe 1 de l'article 6 de la convention de 1958 relatives à la délimitation sont encore en vigueur entre lui et la Norvège, le Danemark soutient qu'elles ne sont pas applicables dans ce cas particulier du fait que l'affaire porte sur la délimitation par une ligne unique aussi bien du plateau continental que de la zone de pêche. Dans la cinquième partie, j'indiquerai les motifs pour lesquels je ne suis pas d'accord avec cette affirmation. Si le Danemark a tort sur ce point, il s'ensuit qu'ayant reconnu que la convention est en vigueur entre les Parties le paragraphe 1 de l'article 6 est applicable en l'espèce.

Les arguments touchant le rapport opérationnel précis entre les dispositions de la convention de 1958 et celles de la convention de 1982 pourraient être complexes, particulièrement en ce qui concerne les articles 83 et 311 de cette dernière (voir, entre autres auteurs, Lucius Caflisch, « La délimitation des espaces entre États dont les côtes se font face ou sont adjacentes », dans René-Jean Dupuy et Daniel Vignes (dir. publ.), *Traité du nouveau droit de la mer*, 1985, p. 374). Toutefois, pour les raisons exposées, je propose de partir du principe que la Cour est tenue d'appliquer les dispositions relatives à la délimitation du paragraphe 1 de l'article 6 de la convention de 1958 en tant que dispositions d'une convention internationale générale « établissant des règles expressément reconnues par les États en litige » au sens de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour. L'interprétation de ces dispositions est une autre chose. Elle fait l'objet du reste de la présente partie.

iii) *La question générale de l'interprétation du paragraphe 1 de l'article 6 de la convention de 1958*

Pour résoudre les questions d'interprétation qui se posent, il faudra consulter un corpus de jurisprudence dont les principaux éléments sont indiqués dans la note de bas de page ci-dessous¹, pour lesquels j'utiliserai

¹ *Plateau continental de la mer du Nord*, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3; *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française*, 1977, *RSA*, vol. XVIII, p. 130; *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, *C.I.J. Recueil 1982*, p. 18; *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 246; *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, *C.I.J. Recueil 1985*, p. 13; et *Délimitation des régions maritimes entre le Canada et la France*, sentence du 10 juin 1992.

the *Anglo-French Arbitration*, the *Tunisia/Libya* case, the *Gulf of Maine* case, the *Libya/Malta* case, and the *Canada/France Arbitration*, respectively. However, although these cases may assist, they do not pre-empt the answers to the questions presented. In the *North Sea* cases the Court said:

“Since, accordingly, the foregoing considerations must lead the Court to hold that Article 6 of the Geneva Convention is not, as such, applicable to the delimitations involved in the present proceedings, it becomes unnecessary for it to go into certain questions relating to the interpretation or application of that provision which would otherwise arise.” (*I.C.J. Reports 1969*, p. 27, para. 34.)

The provision was not in issue in the *Tunisia/Libya* case or in the *Libya/Malta* case, Libya not being a party to the Convention. In the *Gulf of Maine* case, as has been seen, the Chamber took the view that the provision, which would otherwise have applied, was inapplicable to the delimitation of a single boundary for the continental shelf and the fishery zone (*I.C.J. Reports 1984*, pp. 300-303, paras. 115-125). The Court of Arbitration in the *Canada/France Arbitration* took a similar view in relation to the delimitation of an all-purpose line (*Canada/France Arbitration*, Decision, paras. 39 and 40). In the *Anglo-French Arbitration*, the provision was involved and it did receive an interpretation by the Court of Arbitration (*RIAA*, Vol. XVIII, p. 45, para. 70, and p. 57, para. 97). That interpretation will be considered below.

The literature is heavy with a view that the jurisprudence has placed a certain interpretation on Article 6 of the 1958 Convention; that, frankly, that interpretation varies from the terms of the provision and indeed substantially alters its intent; but that the variation so effected is now an established part of the living law; and that it is therefore a futile effort of revisionism, if not simply impermissible, to trouble over the original meaning of the provision. Respecting that view, a lawyer who goes to work on the problem would still like to know the precise legal route through which so remarkable a change has come about. Something more than impressions is required; it is not enough to be told, however confidently, that, whatever the provision meant in 1958, it now has to be interpreted and applied in accordance with the jurisprudence as it has since developed. Yes; but how? And to what extent? The change could not have occurred through osmosis. If the provision is now to be understood differently from the way it would have been understood when made, is this the result of subsequent developments in the law operating to *modify* the provision in a legislative sense? If, as it seems, there has not been any such modification, is the different reading which the provision must now receive the result of *judicial interpretation* which the Court considers that it should follow, even though it is not bound by any doctrine of binding precedent? If not, how has the trans-

les appellations abrégées affaires de la *Mer du Nord*, *Arbitrage franco-britannique*, affaire *Tunisie/Libye*, affaire du *Golfe du Maine*, affaire *Libye/Malte* et *Arbitrage entre le Canada et la France*, respectivement. Bien que ces affaires puissent nous aider, elles ne préjugent pas des réponses aux questions posées. Dans les affaires de la *Mer du Nord*, la Cour a dit ce qui suit :

« Les considérations qui précèdent amènent nécessairement la Cour à conclure que l'article 6 de la convention de Genève n'est pas applicable en tant que tel aux délimitations visées en l'espèce; il devient donc superflu de traiter de certaines questions d'interprétation ou d'application qui pourraient se poser s'il en allait autrement. »
(*C.I.J. Recueil 1969*, p. 27, par. 34.)

Cette disposition n'était pas en cause dans l'affaire *Tunisie/Libye* ni dans l'affaire *Libye/Malte*, la Libye n'étant pas partie à la convention. Dans l'affaire du *Golfe du Maine*, comme on l'a vu, la Chambre a estimé que ces dispositions, qui auraient autrement été applicables, ne s'appliquaient pas à la délimitation par une ligne unique du plateau continental et de la zone de pêche (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 300-303, par. 115-125). Dans l'affaire de l'*Arbitrage entre le Canada et la France*, le tribunal arbitral a adopté une position analogue en ce qui concerne la délimitation par une ligne à toutes fins (sentence, par. 39 et 40). Dans l'*Arbitrage franco-britannique*, cette disposition est intervenue et a été interprétée par le tribunal arbitral (*RSA*, vol. XVIII, p. 175, par. 70, et p. 188, par. 97). Cette interprétation sera examinée plus loin.

La doctrine est fort encline à considérer que la jurisprudence a donné une certaine interprétation à l'article 6 de la convention de 1958; que cette interprétation s'écarte, à vrai dire, des termes de la disposition et même en altère sensiblement l'esprit; mais que la déviation ainsi introduite est maintenant bien établie dans le droit existant; et que ce serait donc faire un effort futile, voire inadmissible, de révisionnisme que de s'interroger sur le sens initial de la disposition en cause. Tout en respectant ce point de vue, le juriste qui se penche sur le problème n'en désire pas moins connaître le cheminement juridique précis de la pensée qui a abouti à un changement aussi remarquable. Il faut aller au-delà des impressions; il ne suffit pas de s'entendre dire, même avec assurance, qu'indépendamment de la signification qu'elle avait en 1958 cette disposition doit maintenant être interprétée et appliquée conformément à la jurisprudence qui s'est dégagée depuis lors. Certes, mais comment? Et dans quelle mesure? Le changement n'a pas pu se produire par osmose. Si cette disposition doit maintenant s'entendre autrement qu'elle n'aurait été entendue à l'origine, est-ce le résultat de l'évolution ultérieure du droit intervenue pour *modifier* la disposition au sens législatif? Si, comme il le semble, il n'y a pas eu de modification de ce genre, l'interprétation différente qu'il faut donner aujourd'hui à cette disposition résulte-t-elle de l'*interprétation judiciaire* que la Cour estime devoir suivre, même si elle n'est pas obligée

formation of the original meaning of so important a treaty provision been managed?

First, as to possible modification. The extent to which the interpretation and application of a treaty must take account of the subsequent evolution of the law has been much debated¹. That such account must be taken at any rate in the case of jurisdictional and law-making treaty provisions seems clear (*Aegean Sea Continental Shelf, I.C.J. Reports 1978*, pp. 32-34, paras. 77-80; and, *ibid.*, pp. 68-69, and footnote 1 to p. 69, Judge de Castro, dissenting). More particularly, later developments in customary international law do need to be taken into account in applying the provisions of the 1958 Convention (*Anglo-French Arbitration, 1977, RIAA, Vol. XVIII, p. 37, para. 48*. And see *Gulf of Maine, I.C.J. Reports 1984, p. 291, para. 83*).

Thus, account must be taken of the fact that Article 76 of the 1982 Convention has introduced a new definition of the outer limit of the continental shelf. There is little dispute that this replaces the different definition set out in Article 1 of the 1958 Convention (*Tunisia/Libya, I.C.J. Reports 1982, pp. 114-115, paras. 52-53, Judge Jiménez de Aréchaga, separate opinion*). But exactly how this has come about is less clear.

Differences between two rules relating to the same matter may sometimes be resolved by regarding the rules as being really complementary to each other (*Electricity Company of Sofia and Bulgaria, P.C.I.J., Series A/B, No. 77, pp. 75 ff.*; and see, *ibid.*, pp. 136 ff., Judge De Visscher, separate opinion). In case of irreconcilable conflict (as in this case), an integrated legal system would provide some method of determining which rule ultimately prevails; for the same facts cannot at one and the same time be subject to two contradictory rules. Judge Anzilotti did not seem to entertain that possibility when he said,

“[i]t is clear that, in the same legal system, there cannot at the same time exist two rules relating to the same facts and attaching to these facts contradictory consequences . . .” (*ibid.*, p. 90, separate opinion. And see, *ibid.*, p. 105, Judge Urrutia, dissenting. Cf. *I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests, Vol. I, p. 238, Mr. Elihu Lauterpacht, Q.C.*).

How has the problem been resolved in this case? The substitution of the 1982 definition of the continental shelf for the 1958 definition could not

¹ See, *inter alia*, M. K. Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la convention de Vienne sur le droit des traités”, 151 *Recueil des cours* (1976-III), pp. 64 ff.; G. E. do Nascimento e Silva, “Le facteur temps et les traités”, 154 *Recueil des cours* (1977-I), at pp. 266 ff.; T. O. Elias, “The Doctrine of Intertemporal Law”, 74 *American Journal of International Law* (1980), pp. 285 ff.; Sir Humphrey Waldock, “The Evolution of Human Rights Concepts and the Application of the European Convention on Human Rights”, in *Mélanges offerts à Paul Reuter*, 1981, pp. 535, 536, 547; and Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed., pp. 124-126, 139-140.

de s'en tenir aux précédents? S'il n'en est pas ainsi, comment est-on parvenu à transformer le sens initial d'une disposition conventionnelle aussi importante?

Voyons d'abord la possibilité d'une modification. La mesure dans laquelle il faut tenir compte, dans l'interprétation et l'application d'un traité, de l'évolution ultérieure du droit a fait l'objet de nombreux débats¹. Qu'il faille en tout cas en tenir compte concernant des dispositions conventionnelles de caractère juridictionnel et normatif semble aller de soi (*Plateau continental de la mer Egée, C.I.J. Recueil 1978*, p. 32-34, par. 77-80; *ibid.*, p. 68-69 et note 1, p. 69, opinion dissidente de M. de Castro). Il faut plus particulièrement tenir compte de l'évolution ultérieure du droit international coutumier lorsqu'on applique les dispositions de la convention de 1958 (*Arbitrage franco-britannique, 1977, RSA*, vol. XVIII, p. 166, par. 48; voir aussi *Golfe du Maine, C.I.J. Recueil 1984*, p. 291, par. 83).

Il faut donc avoir à l'esprit que l'article 76 de la convention de 1982 a introduit une nouvelle définition de la limite extérieure du plateau continental. Il n'est guère contesté que celle-ci remplace la définition différente énoncée à l'article premier de la convention de 1958 (*Tunisie/Libye, C.I.J. Recueil 1982*, p. 114-115, par. 52-53, opinion individuelle de M. Jiménez de Aréchaga). Mais on voit moins bien comment on en est arrivé là.

On peut parfois régler le problème qui se pose lorsque deux règles se rapportant à une même question diffèrent en considérant qu'elles sont en réalité complémentaires (*Société d'électricité de Sofia et de Bulgarie, C.P.J.I. série A/B n° 77*, p. 75 et suiv.; voir aussi *ibid.*, p. 136 et suiv., opinion individuelle de M. De Visscher). En cas de conflit inconciliable (comme dans le cas présent), un système juridique intégré offrirait une méthode permettant de déterminer la règle qui prévaut en fin de compte, car on ne peut soumettre simultanément les mêmes faits à deux règles contradictoires. M. Anzilotti ne semble pas avoir retenu cette possibilité lorsqu'il a dit :

« Il est évident que, dans le même ordre juridique, il ne peut y avoir à la fois deux règles visant les mêmes faits et reliant à ces faits des conséquences contradictoires... » (*ibid.*, p. 90, opinion individuelle; voir aussi *ibid.*, p. 105, opinion dissidente de M. Urrutia. Voir également *C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires (Australie c. France)*, vol. I, p. 238, M. Elihu Lauterpacht, Q.C.).

Comment le problème a-t-il été résolu en l'espèce? La définition du plateau continental de 1958 n'aurait pas pu être remplacée par celle de

¹ Voir, entre autres auteurs, M. K. Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités », *RCADI*, t. 151 (1976-III), p. 64 et suiv.; G. E. do Nascimento e Silva, « Le facteur temps et les traités », *RCADI*, t. 154 (1977-I), p. 266 et suiv.; T. O. Elias, « The Doctrine of Intertemporal Law », *American Journal of International Law*, 1980, vol. 74, p. 285 et suiv.; sir Humphrey Waldock, « The Evolution of Human Rights Concepts and the Application of the European Convention on Human Rights », dans *Mélanges offerts à Paul Reuter*, 1981, p. 535, 536, 547; et sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2^e ed., p. 124-126, 139-140.

have come about through a treaty displacement, since the 1982 Convention is not in force. Could it have come about through the customary international law effect of the new definition on the old? At least in relation to the normal continental shelf of 200 miles (which is what this opinion is concerned with), the better view would seem to be that the new limit operates at the level of customary international law. If the 1958 rule is regarded solely as a treaty rule, the position is that "a later custom . . . prevails over an earlier treaty . . ." (Paul Reuter, *Introduction to the Law of Treaties*, 1989, pp. 107-108, para. 216). But, of course, the same rule may exist autonomously under customary international law as well as under conventional international law¹. The limit prescribed by Article 1 of the 1958 Convention was regarded as being also expressive of customary international law (*Tunisia/Libya, I.C.J. Reports 1982*, p. 74, para. 101, referring to the *North Sea* cases). Considered on this basis, it would clearly be superseded by the different limit prescribed by later customary international law as expressed in Article 76 of the 1982 Convention.

Thus, whether the limit prescribed by Article 1 of the 1958 Convention is treated solely as a treaty rule or also as a rule of customary international law, it falls to be regarded as having been modified by Article 76 of the 1982 Convention applying as customary international law. Both Parties in fact proceeded on the basis that the applicable limit is 200 miles in accordance with contemporary customary international law.

But I do not consider that there has been any modification of the delimitation provisions of the 1958 Convention. In the *North Sea* cases, the Court said, "Articles 1 and 2 of the Geneva Convention do not appear to have any direct connection with inter-State delimitation as such" (*I.C.J. Reports 1969*, p. 40, para. 67). The delimitation procedures of Article 6 were not dependent on the particular outer limits fixed for the continental shelf. Subsequent changes in those limits should not affect the continued applicability of the procedures. No doubt, as remarked above, any application of the delimitation principles of the 1958 Convention would have to take account of the evolution of the law relating to the subject-matter to which the application is directed; but I cannot see that this calls for any modification of the delimitation principles themselves.

States are entitled by agreement to derogate from rules of international law other than *jus cogens* (which seems to have little, if any, application in

¹ *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, Vol. II, p. 368, para. 29; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility*, *I.C.J. Reports 1984*, p. 424, para. 73, and *ibid.*, *Merits*, *I.C.J. Reports 1986*, pp. 93-94, paras. 174-175.

1982 par un déplacement de traité étant donné que la convention de 1982 n'est pas en vigueur. Cette substitution tient-elle au fait qu'en droit international coutumier la nouvelle définition l'emporte sur l'ancienne? En ce qui concerne tout au moins la limite des 200 milles habituellement appliquée au plateau continental (sur laquelle porte la présente opinion), il semblerait préférable de considérer que la nouvelle limite opère au niveau du droit international coutumier. Si la règle de 1958 est considérée uniquement comme une règle conventionnelle, la situation est qu'«une règle coutumière l'emporte sur un traité antérieur...» (Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, 1989, p. 107-108, par. 216). Mais, bien sûr, la même règle peut exister de façon autonome en vertu du droit international coutumier aussi bien qu'en vertu du droit international conventionnel¹. La limite prescrite par l'article premier de la convention de 1958 était considérée comme exprimant elle aussi le droit international coutumier (*Tunisie/Libye, C.I.J. Recueil 1982*, p. 74, par. 101, se référant aux affaires de la *Mer du Nord*). Vue sous cet angle, il est évident qu'elle serait remplacée par la limite différente prescrite par le droit international coutumier postérieur tel que reflétée à l'article 76 de la convention de 1982.

Par conséquent, que la règle prescrite par l'article premier de la convention de 1958 soit considérée comme une règle purement conventionnelle ou aussi comme une règle de droit international coutumier, force est d'admettre qu'elle a été modifiée par l'article 76 de la convention de 1982 qui s'appliquerait en tant que droit international coutumier. Les deux Parties ont en fait raisonné en se basant sur l'hypothèse que la limite applicable est celle des 200 milles conformément au droit coutumier international contemporain.

Mais à mes yeux il n'y a eu aucune modification des dispositions de la convention de 1958 relatives à la délimitation. Dans les affaires de la *Mer du Nord*, la Cour a estimé qu'«il ne semble pas que les articles 1 et 2 de la convention de Genève aient un rapport direct avec une délimitation entre Etats en tant que telle» (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 40, par. 67). Les méthodes de délimitation prévues à l'article 6 ne dépendaient pas des limites extérieures particulières fixées pour le plateau continental. Les modifications apportées ultérieurement à ces limites ne devraient pas avoir d'effet sur l'applicabilité continue de ces procédures. Il est certain, comme il a été dit plus haut, que toute application des principes de délimitation de la convention de 1958 devrait tenir compte de l'évolution du droit concernant la question qui fait l'objet de la requête, mais cela n'implique pas à mon sens qu'il faille modifier de quelque façon les principes de délimitation eux-mêmes.

Les Etats ont le droit de déroger d'un commun accord aux règles de droit international autres que celles du *jus cogens* (qui ne semble guère

¹ *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, p. 368, par. 29; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 424, par. 73, et *ibid.*, fond, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 93-94, par. 174-175.

this field). Hence they could well establish among themselves a conventional delimitation procedure which is different from that applying under general international law. I read the *North Sea* cases to mean that the delimitation régime established by the 1958 Convention was different from that prevailing under general international law. Nothing in subsequent developments has operated to put an end to the conventional régime so established in 1958. Without being lured further into the history of the subject, one may note the successful opposition to any mention of equidistance being made in the delimitation provisions of the 1982 Convention; but the Parties have, correctly in my view, not suggested that anything in this Convention operates to *modify* the delimitation provisions of the 1958 Convention in those cases in which these provisions apply.

So far for modification. Now for judicial interpretation. To the extent, if any, that the 1958 delimitation text has been the subject of interpretation by the Court, I should be slow to differ, particularly when regard is had to the role of the Court in developing the law. But, as indicated in paragraph 45 of today's Judgment, there has never been any concrete case falling to be decided by the Court under that provision and the Court has not therefore had occasion to pronounce authoritatively on the interpretation of its precise terms. As observed above, an interpretation was made by the Anglo-French Court of Arbitration (*RIAA*, Vol. XVIII, pp. 44-45, paras. 68 and 70, and p. 51, para. 84). For reasons to be later given, my respectful submission is that there is not a sufficiency of reason for this Court to follow that decision.

The position, as I see it, is that, where as a matter of treaty obligation the delimitation of the continental shelf between parties is governed by the delimitation provisions of the 1958 Convention, as is the case here, the duty of the Court is not to apply any jurisprudence relating to those provisions, but to apply the provisions themselves in the sense in which they are to be understood when construed in accordance with the applicable principles of treaty interpretation. The question then is: in what sense are the provisions to be understood when so construed?

(iv) *Equidistance Is per se a Technical Method, but, as Set Out in Article 6 of the 1958 Convention, It Forms Part of a Rule of Law*

I do not enter into the view, for which there is high authority, that the idea of equidistance is not inherent in the concept of the continental shelf (*North Sea*, *I.C.J. Reports 1969*, p. 23, para. 23, pp. 33-34, paras. 48-50, and pp. 46-47, para. 85). By itself, equidistance is a technical method and not a principle of international law. But there is nothing which can seriously suggest that the use of a technical method in prescribed circumstances

avoir d'application, voire aucune, dans ce domaine). Ils pourraient donc fort bien établir entre eux une méthode de délimitation conventionnelle différente de celle qui s'appliquerait en vertu du droit international général. Selon l'interprétation que j'en donne, les affaires de la *Mer du Nord* signifient que le régime de délimitation établi par la convention de 1958 diffèrait de celui que prévoyait le droit international général. Rien n'est venu ultérieurement mettre fin au régime conventionnel ainsi établi en 1958. Sans s'attarder davantage sur l'historique de la question, il y a lieu de relever l'objection élevée avec succès contre toute mention de l'équidistance dans les dispositions de la convention de 1982 relatives à la délimitation, mais, à juste titre selon moi, les Parties n'ont pas suggéré que cette convention renferme une disposition quelconque qui vienne *modifier* les dispositions de la convention de 1958 relatives à la délimitation dans les cas où ces dernières sont applicables.

Nous avons traité de la modification. Voyons maintenant l'interprétation judiciaire. Dans la mesure où les dispositions de 1958 concernant la délimitation ont fait l'objet d'une interprétation de la Cour, si tant est que cela ait été le cas, j'hésiterais à exprimer un avis différent, eu égard en particulier au rôle joué par la Cour dans le développement du droit. Mais, comme l'indique le paragraphe 45 de l'arrêt qui nous occupe aujourd'hui, la Cour n'a jamais eu à se prononcer sur une affaire concrète en se fondant sur ces dispositions et elle n'a donc pas eu l'occasion de prendre position avec autorité sur l'interprétation de leur libellé exact. Comme indiqué plus haut, une interprétation a été donnée par le tribunal arbitral franco-britannique (*RSA*, vol. XVIII, p. 174-175, par. 68 et 70, et p. 181, par. 84). Pour les raisons que j'exposerai plus loin, il n'y a pas, selon moi, de motifs suffisants pour la Cour de suivre cette décision en l'espèce.

A mon sens, les choses se présentent comme ceci : lorsque en vertu d'une obligation conventionnelle la délimitation du plateau continental entre les parties est régie par les dispositions de la convention de 1958 relatives à la délimitation, comme c'est le cas ici, la Cour a le devoir d'appliquer non pas une quelconque jurisprudence concernant ces dispositions, mais ces dispositions elles-mêmes au sens où elles doivent être entendues lorsqu'elles sont interprétées selon les principes applicables à l'interprétation des traités. La question qui se pose alors est celle de savoir dans quel sens ces dispositions doivent être comprises lorsqu'elles sont ainsi interprétées.

iv) *L'équidistance est en soi une méthode technique, mais, telle qu'énoncée à l'article 6 de la convention de 1958, elle fait partie d'une règle de droit*

Je ne partage pas l'opinion, émise par des sources très autorisées, que l'idée de l'équidistance n'est pas inhérente à la notion de plateau continental (*Mer du Nord*, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 23, par. 23, p. 33-34, par. 48-50, et p. 46-47, par. 85). En elle-même, l'équidistance est une méthode technique et non un principe de droit international. Mais rien ne conduit sérieusement à penser que l'emploi d'une méthode technique dans des circons-

cannot be commanded by a rule of law. “[T]he real question”, as was correctly submitted by Professor Jaenicke (to whose arguments on the 1958 Convention I shall be referring with some frequency),

“is not whether the equidistance method is a rule or principle of law, which it is certainly not, but rather whether there is any rule of law which prescribes under which circumstances the equidistance method determines the boundary” (*I.C.J. Pleadings, North Sea Continental Shelf*, Vol. II, p. 13).

It seems to me that there is such a rule, namely, a rule which provides, in mandatory terms, that the equidistance method is to be used to establish the boundary where agreement and special circumstances are both absent.

No doubt, as remarked by Professor Jaenicke:

“When the experts recommended the equidistance method to the International Law Commission in 1953 and spoke of the ‘principle’ of equidistance, they certainly did not recommend it as a ‘principle of law’ . . . They rather understood it as a principle of geometric construction which might be used for defining the boundary . . .” (*Ibid.*)

But the International Law Commission was a commission of jurists, not a committee of technical experts. It was effectively the Commission which adopted the method in relation to the case of the continental shelf. To be sure, equidistance *per se* remained a geometric method even as incorporated in Article 6, paragraph 1, of the 1958 Convention. But it now held a place within the normative framework of a treaty provision, which stipulated that, in certain circumstances, the boundary *is* the median line. As therein used it became part of a rule of law. With his usual grasp of principles, Judge Tanaka put the matter this way:

“We have before us a technical norm of a geometrical nature, which is called the equidistance rule, and may serve a geographical purpose. This norm, being in itself of a technical nature, constitutes a norm of expediency which is of an optional, i.e., not obligatory character, and the non-observation of which does not produce any further effect than failure to achieve the result it would have rendered possible. This technical norm of a geometrical nature can be used as a method for delimiting the continental shelf. The legislator, being aware of the utility of this method for legal purposes, has adopted it as the content of a legal norm.

Thus the equidistance method as a simple technique is embodied in law, whether in Article 6, paragraph 2, of the Geneva Convention

tances prescrites ne peut pas être dicté par une règle de droit. « La vraie question », comme l'a fait valoir avec raison le professeur Jaenicke (aux arguments duquel je me référerai assez fréquemment au sujet de la convention de 1958),

« n'est pas de savoir si la méthode de l'équidistance est une règle ou un principe de droit, ce qu'elle n'est certainement pas, mais plutôt de savoir s'il existe une règle de droit qui prescrit les circonstances dans lesquelles la méthode de l'équidistance détermine la ligne de délimitation. » (*C.I.J. Mémoires, Plateau continental de la mer du Nord*, vol. II, p. 13.)

Il me semble qu'il existe une telle règle, c'est-à-dire une règle qui prévoit, en termes impératifs, que la méthode de l'équidistance doit être employée pour établir la ligne de délimitation en l'absence et d'accord et de circonstances spéciales.

Nul doute que, comme l'a fait observer M. Jaenicke :

« Lorsque les experts recommandèrent à la Commission du droit international en 1953 la méthode de l'équidistance en parlant du « principe » de l'équidistance, il est certain qu'ils ne le recommandaient pas en tant que « principe de droit ». Pour eux, il s'agissait surtout d'un principe de construction géométrique pouvant être utilisé pour définir la ligne de délimitation... » (*Ibid.*)

Mais la Commission du droit international était une commission de juristes et non un comité d'experts techniques. C'est effectivement la Commission qui a adopté cette méthode dans le contexte du plateau continental. L'équidistance en soi est assurément restée une méthode géométrique même après avoir été incorporée au paragraphe 1 de l'article 6 de la convention de 1958. Mais elle occupe aujourd'hui une place dans le cadre normatif d'une disposition conventionnelle qui stipulait que, dans certaines circonstances, la ligne de délimitation *est* la ligne médiane. Utilisée dans ce cadre, elle est devenue partie intégrée d'une règle de droit. Avec sa compréhension habituelle des principes, M. Tanaka a présenté la question de la façon suivante :

« Nous sommes en présence d'une norme technique de caractère géométrique, appelée règle de l'équidistance, qui peut être appliquée dans le domaine géographique. Cette norme, qui est en elle-même d'ordre technique, constitue une solution commode mais dont l'application est laissée au choix des intéressés, c'est-à-dire qu'elle est facultative; le seul effet de son inobservation est que le résultat qu'elle aurait permis d'atteindre ne sera pas obtenu. Cette norme technique et géométrique peut être utilisée pour délimiter le plateau continental. Le législateur, conscient de l'utilité de cette méthode du point de vue juridique, en a fait une norme de droit.

Ainsi la méthode de l'équidistance, en tant que technique de délimitation simple, se trouve consacrée en droit, que ce soit au para-

or in corresponding customary international law. By being submitted to a juridical evaluation and invested with the character of a legal norm, it has acquired an obligatory force which it did not have as a simple technical norm.” (*North Sea, I.C.J. Reports 1969*, pp. 182-183.)

That was stated in the course of a dissenting opinion. But it seems to me that the Court itself also recognized that Article 6 of the 1958 Convention did have the effect of imparting normative force to the technical method of equidistance when it said:

“In the light of these various considerations, the Court reaches the conclusion that the Geneva Convention did not embody or crystallize any pre-existing or emergent rule of customary law, according to which the delimitation of continental shelf areas between adjacent States must, unless the Parties otherwise agree, be carried out on an equidistance-special circumstances basis. A rule was of course embodied in Article 6 of the Convention, but as a purely conventional rule. Whether it has since acquired a broader basis remains to be seen: *qua* conventional rule however, as has already been concluded, it is not opposable to the Federal Republic.” (*Ibid.*, p. 41, para. 69.)

Thus, the Convention did not represent any customary rule of law requiring a delimitation to be carried out, in the absence of agreement, on an equidistance-special circumstances basis; but there was no doubt that “[a] rule was . . . embodied in Article 6 of the Convention”, and simple inspection would show that that rule did incorporate a requirement for the use of the equidistance method in certain circumstances.

In the *Gulf of Maine* case the Chamber seemed to recognize that “special international law” can

“include some rule specifically requiring the Parties, and consequently the Chamber, to apply certain criteria or certain specific practical methods to the delimitation that is requested” (*I.C.J. Reports 1984*, p. 300, para. 114).

In my opinion, Article 6 of the 1958 Convention does include a rule specifically requiring the use of equidistance as a practical method of delimitation when certain prescribed conditions are satisfied.

(v) *The Equidistance-Special Circumstances Provision Consists of a Rule Requiring the Use of Equidistance Subject to an Exception If There Are Special Circumstances*

For all that the literature might suggest to the contrary, it does not seem possible to erase a distinction which Article 6, paragraph 1, of the 1958 Convention *prima facie* establishes between the median line part

graphe 2 de l'article 6 de la Convention de Genève ou dans le droit international coutumier relatif au même sujet. Du fait que sa valeur juridique a été reconnue et qu'elle a été érigée en norme de droit, elle a acquis une force obligatoire qu'elle n'avait pas lorsqu'il s'agissait simplement d'une norme technique.» (*Mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 182-183.)

Cela a été affirmé dans une opinion dissidente. Mais il me semble que la Cour elle-même a également reconnu que l'article 6 de la convention de 1958 a effectivement eu pour effet de conférer une force normative à la méthode technique de l'équidistance lorsqu'elle a dit ce qui suit :

« Eu égard aux considérations qui précèdent, la Cour conclut que la Convention de Genève n'a ni consacré ni cristallisé une règle de droit international coutumier préexistante ou en voie de formation selon laquelle la délimitation du plateau continental entre Etats limitrophes devrait s'opérer, sauf si les Parties en décident autrement, sur la base d'un principe équidistance-circonstances spéciales. Une règle a bien été établie par l'article 6 de la Convention, mais uniquement en tant que règle conventionnelle. Il reste à voir si elle a acquis depuis lors un fondement plus large car, comme règle conventionnelle, elle n'est pas opposable à la République fédérale, ainsi que la Cour l'a déjà constaté. » (*Ibid.*, p. 41, par. 69.)

La convention ne représentait donc pas une quelconque règle coutumière de droit prescrivant qu'en l'absence d'accord la délimitation doive s'opérer sur la base d'un principe équidistance-circonstances spéciales; mais il n'y avait pas de doute qu'une «règle a ... été établie par l'article 6 de la convention» et il suffit de la consulter pour s'assurer que cette règle stipulait bien que la méthode de l'équidistance devait être employée dans certaines circonstances.

Dans l'affaire du *Golfe du Maine*, la Chambre a semblé reconnaître que le «droit international particulier» ne peut contenir

«une quelconque règle de droit requérant spécifiquement des Parties, et par conséquent de la Chambre, l'application à la délimitation recherchée de certains critères ou de certaines méthodes pratiques déterminées» (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 300, par. 114).

A mon avis, l'article 6 de la convention de 1958 contient incontestablement une règle requérant spécifiquement l'emploi de l'équidistance en tant que méthode pratique de délimitation lorsque certaines conditions prescrites sont remplies.

v) *La disposition équidistance-circonstances spéciales consiste en une règle requérant l'emploi de l'équidistance sauf s'il existe des circonstances spéciales*

En dépit des avis contraires que l'on peut trouver dans les ouvrages il ne paraît pas possible de faire abstraction de la distinction que le paragraphe 1 de l'article 6 de la convention de 1958 établit *prima facie* entre

and the special circumstances part of the provision when it provides that, “[i]n the absence of agreement, and unless another boundary is justified by special circumstances, the boundary is the median line”. In applying either of the two parts, regard must obviously be had to the other, and in this sense I accept that they establish one single combined rule; but this does not obliterate the fact that this single combined rule does consist of two parts. It is difficult to apprehend how the evident distinction between these two parts and the relationship of rule and exception which that distinction establishes between them are removed by simply calling them the “equidistance-special circumstances” rule. To use a label as a substitute for analysis is to risk what, in another context, T. J. Lawrence called “the reproach of mistaking obscurity for profundity”¹.

The question is: what is the precise relationship between that part of the rule which refers to equidistance and that part which refers to special circumstances? The argument of the Federal Republic of Germany in the *North Sea* cases was that —

“[t]he discussion [in the International Law Commission] on the reservation of ‘special circumstances’ showed that this clause was understood not so much as a limited exception to a generally applicable rule, but more in the sense of an alternative of equal rank to the equidistance method” (*I.C.J. Pleadings, North Sea Continental Shelf*, Vol. I, p. 68).

On this the Danish comment (in the *North Sea* cases), which has not lost relevance in the light of the subsequent treatment of the subject, was that —

“[t]he Federal Republic further seeks . . . to undermine the legal force of the ‘equidistance principle’ by so inflating the scope of the ‘special circumstances’ exception as almost to make the ‘equidistance principle’ the exception rather than the rule” (*ibid.*, p. 205).

One knows that, in response to concern expressed in the International Law Commission about possible hardship which might be produced by the equidistance method in certain circumstances, the Special Rapporteur, Professor François, suggested that equidistance should be recognized only “as a general rule”, but that that suggestion encountered opposition, whereupon Mr. Spiropoulos proposed a reservation reading, “unless another boundary line is justified by special circumstances”

¹ T. J. Lawrence, *The Principles of International Law*, 7th ed., 1930, preface to the first edition, p. vii.

l'élément ligne médiane et l'élément circonstances spéciales de la disposition considérée lorsqu'il stipule qu'« à défaut d'accord, et à moins que des circonstances spéciales ne justifient une autre délimitation, celle-ci est constituée par la ligne médiane ». Pour appliquer l'un de ces deux éléments, il faut de toute évidence tenir compte de l'autre, et en ce sens je reconnais qu'ils constituent une règle unique combinée; mais il n'en faut pas pour autant perdre de vue que cette règle unique combinée est formée de deux éléments. Il est difficile de comprendre comment la distinction évidente entre ces deux éléments et le rapport entre la règle et l'exception que cette distinction établit entre eux peuvent être effacés par le simple fait de les désigner sous le nom de règle «équidistance-circonstances spéciales». En recourant à une appellation plutôt que de procéder à une analyse, on s'expose au risque d'encourir ce que, dans un autre contexte, T. J. Lawrence appelait «le reproche de prendre l'obscurité pour de la profondeur»¹.

Il convient de se demander quel est le rapport exact entre l'élément de la règle qui se rapporte à l'équidistance et celui qui a trait aux circonstances spéciales. Dans les affaires de la *Mer du Nord*, la République fédérale d'Allemagne invoquait pour argument que

« Les débats [à la Commission du droit international] au sujet de la réserve des « circonstances spéciales » ont montré que cette clause était entendue non pas comme une exception limitée à une règle d'application générale, mais plutôt au sens d'une méthode pouvant remplacer, avec un rang égal, la méthode de l'équidistance. » (*C.I.J. Mémoires, Plateau continental de la mer du Nord*, vol. I, p. 68.)

Devant cet argument, le Danemark a présenté (dans les affaires de la *Mer du Nord*) une observation qui reste pertinente eu égard à la façon dont la question a été traitée par la suite, à savoir que

« La République fédérale cherche ... à amenuiser la force juridique du « principe de l'équidistance » en gonflant tellement la portée de l'exception des « circonstances spéciales » qu'elle fait presque du « principe de l'équidistance » l'exception plutôt que la règle. » (*Ibid.*, p. 205.)

On sait que, devant l'inquiétude exprimée à la Commission du droit international au sujet des difficultés que pourrait causer dans certaines circonstances l'application de la méthode de l'équidistance, le rapporteur spécial, M. François, a suggéré que l'équidistance ne soit admise qu'« en règle générale », mais cette suggestion s'est heurtée à une opposition à la suite de laquelle M. Spiropoulos a proposé une clause restrictive « à moins que des circonstances spéciales ne justifient une autre ligne de

¹ T. J. Lawrence, *The Principles of International Law*, 7^e éd., 1930, préface à la première édition, p. vii.

(*Yearbook of the International Law Commission*, 1953, Vol. I, p. 130, para. 62). Obviously, the inclusion of the words "as a general rule" could have subverted the equidistance provision. Hersch Lauterpacht contended that "it was at least arguable that they deprived the rule of its legal character" (*ibid.*, p. 128, para. 47). Without putting it so high, one might concede that that, at any rate, could be the practical result of using the adjectival form of what Mr. Albert Thomas once referred to as "the notorious word 'generally' which is found in a great many documents" (*Competence of the ILO in Regard to International Regulation of the Conditions of Labour of Persons Employed in Agriculture, P.C.I.J., Series C, No. 1*, p. 136). It seems clear that the Spiropoulos reservation, which was accepted, was intended to avert such a risk and to preserve the integrity of the provision subject only to an exception.

Well known as it is, it is useful to recall that the International Law Commission's own commentary on the draft provision which eventually became Article 6 of the 1958 Convention was as follows:

"81. In the matter of the delimitation of the boundaries of the continental shelf the Commission was in the position to derive some guidance from proposals made by the committee of experts on the delimitation of territorial waters. In its provisional draft, the Commission, which at that time was not in possession of requisite technical and expert information on the matter, merely proposed that the boundaries of the continental shelf contiguous to the territories of adjacent States should be settled by agreement of the parties and that, in the absence of such agreement, the boundary must be determined by arbitration *ex aequo et bono*. With regard to the boundaries of the continental shelf of States whose coasts are opposite to each other, the Commission proposed the median line — subject to reference to arbitration in cases in which the configuration of the coast might give rise to difficulties in drawing the median line.

82. Having regard to the conclusions of the committee of experts referred to above, 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*. In view of the general arbitration clause . . . no special provision was considered necessary for submitting any resulting disputes to arbitra-

délimitation» (A/CN.4/SR.204, p. 16, par. 62). De toute évidence, l'inclusion des termes «en règle générale» aurait pu ôter sa signification à la disposition relative à l'équidistance. Selon Hersch Lauterpacht, «l'on peut soutenir non sans quelque apparence de raison qu'ils retirent tout caractère juridique à la disposition» (*ibid.*, p. 13, par. 47). Sans vouloir aller aussi loin, on peut admettre que tel pourrait, à tout le moins, être le résultat pratique de l'emploi sous la forme adjectivale de ce que M. Albert Thomas a appelé un jour «le fameux «généralement» qu'on trouve ainsi dans un grand nombre de textes» (*Compétence de l'OIT pour la réglementation internationale des conditions de travail des personnes employées dans l'agriculture, C.P.J.I. série C n° 1*, p. 136). Il semble clair que la réserve de M. Spiropoulos, qui a été adoptée, visait à éviter ce risque et à préserver l'intégrité de la disposition, à laquelle il ne peut être dérogé qu'en invoquant l'exception.

Aussi connue qu'elle soit, il est néanmoins utile de rappeler l'observation de la Commission du droit international sur le projet de disposition qui est devenu par la suite l'article 6 de la convention de 1958 :

«81. Pour ce qui est de la détermination des limites du plateau continental, la Commission a pu, dans une certaine mesure, s'inspirer de propositions faites par le Comité d'experts chargé de la délimitation des eaux territoriales. Dans son projet préliminaire, la Commission, qui, à l'époque, ne disposait pas sur ce point de la documentation technique et des avis d'experts indispensables, s'était contentée de proposer que les limites du plateau continental contigu aux territoires d'Etats limitrophes soient fixées par voie d'accord entre les parties et qu'à défaut d'accord elles soient déterminées par arbitrage *ex aequo et bono*. En ce qui concerne les limites du plateau continental d'Etats dont les côtes se font face, elle proposait la ligne médiane sous réserve de soumettre à l'arbitrage les cas où la configuration des côtes pourrait faire surgir des difficultés pour le tracé de la ligne médiane.

82. Tenant compte des conclusions du Comité d'experts dont il est question plus haut, 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*. Du fait de l'existence de la clause générale d'arbitrage..., la Commission n'a pas estimé néces-

tion. Such 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, paras. 81-82, footnote omitted; emphasis added. And see *I.C.J. Pleadings, North Sea Continental Shelf*, Vol. I, p. 181.)

The stress laid by the International Law Commission (not by the Committee of Experts) on the equidistance provision as “the *general rule* . . . subject to modification in cases in which another boundary line is justified by special circumstances”, or as that “*major principle* . . . subject to reasonable modifications necessitated by the special circumstances of the case”, is not reconcilable with any suggestion that the Commission regarded the “special circumstances” reservation as “an alternative of equal rank to the equidistance method” (see also *I.C.J. Pleadings, North Sea Continental Shelf*, Vol. I, pp. 203 ff., Counter-Memorial of Denmark).

No doubt, as has been pointed out by some writers, it is possible to detect increased interest at the 1956 proceedings of the International Law Commission, and also at the proceedings of the Fourth Committee of the United Nations Conference on the Law of the Sea 1958, in the necessity to secure an equitable boundary through the use of the “special circumstances” provision in those cases where, because of such circumstances, the use of the equidistance method would result in inequity. Adverting in 1956 to such circumstances, the International Law Commission did say that “[t]his case may arise fairly often, so that the rule adopted is fairly elastic” (*Yearbook of the International Law Commission*, 1956, Vol. II, p. 300). And there is, indeed, a great deal in the preparatory work of the Commission to show how indispensable the exception was thought to be to the working of the rule (*North Sea, I.C.J. Reports 1969*, pp. 92-95, Judge Padilla Nervo, separate opinion). Speaking in the Commission in 1956, Sir Gerald Fitzmaurice took the position that —

“special circumstances would be the rule rather than the exception, owing to the technical difficulty of applying an exact median line and to the possibility that such application would be open to the objec-

saire de prévoir une clause spéciale en vue de soumettre à l'arbitrage les différends qui pourraient naître en la matière. Ici 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 sur les travaux de sa cinquième session tenue du 1^{er} juin au 14 août 1953 », p. 16-17, par. 81-82, note omise; les italiques sont de moi; voir également *C.I.J. Mémoires, Plateau continental de la mer du Nord*, vol. I, p. 181.)

L'accent mis par la Commission du droit international (et non par le comité d'experts) sur la règle de l'équidistance, en tant que règle s'appliquant « en général » et sur le fait que « des modifications peuvent être apportées à cette règle lorsque des circonstances spéciales justifient le tracé d'une autre limite » ou en tant que « *principe général* ... sous réserve des modifications raisonnables commandées par les circonstances spéciales des cas d'espèce » ne saurait être concilié avec l'opinion selon laquelle la Commission a considéré la réserve formée par les « circonstances spéciales » comme « une méthode pouvant remplacer, avec un rang égal, la méthode de l'équidistance » (voir également *C.I.J. Mémoires, Plateau continental de la mer du Nord*, vol. I, p. 203 et suiv., contre-mémoire du Danemark).

Il est indubitable, comme l'ont fait observer certains auteurs, que les comptes rendus des débats de 1956 de la Commission du droit international comme de ceux de la quatrième commission de la conférence des Nations Unies sur le droit de la mer de 1958 font apparaître une prise de conscience croissante de la nécessité de parvenir à une ligne de délimitation équitable par le recours à la disposition des « circonstances spéciales » dans les cas où, en raison de ces circonstances, la méthode de l'équidistance se traduirait par un résultat inique. Faisant allusion en 1956 à ce type de circonstances, la Commission du droit international a dit que : « Ce cas pourra se présenter assez souvent. La règle adoptée est donc par là dotée d'une certaine souplesse. » (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1956, vol. II, p. 300.) Les travaux préparatoires de la Commission montrent en effet à suffisance combien cette exception avait été jugée indispensable à l'application de la règle (*Mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 92-95, opinion individuelle de M. Padilla Nervo). Devant la Commission, en 1956, sir Gerald Fitzmaurice a défendu le point de vue selon lequel :

« les circonstances spéciales seront la règle plutôt que l'exception, à cause des difficultés techniques que présente l'application exacte du principe de la ligne médiane; d'autre part, cette méthode peut prêter

tion that the geographical configuration of the coast made it inequitable, because, for example, the low-water mark, which constituted the baseline, was liable to physical change in the course of time by silting. The point should be made in the comment that exceptional cases were liable to arise fairly frequently.” (*Yearbook of the International Law Commission*, 1956, Vol. I, p. 152, para. 28.)

But the reasons given there for holding that “special circumstances would be the rule rather than the exception” related to the practical operation of the provision, and not to its juridical character. However frequently it might be necessary to have recourse to special circumstances, this could not alter the legal structure of the provision, which clearly cast equidistance as the rule, with special circumstances as the exception.

To return to the debate in the *North Sea* cases, the position was well put by Sir Humphrey Waldock when he submitted “that the very words ‘unless’ and ‘special’ stamp the clause with the hallmark of an exception” (*I.C.J. Pleadings, North Sea Continental Shelf*, Vol. II, p. 267), and when he added later:

“In our view the word ‘unless’, the phrase ‘another boundary line’, the phrase ‘is justified’ and the phrase ‘special circumstances’ individually and in combination categorically characterize the clause as an exception to the ‘general rule’ or, as the Commission said, ‘major principle’ of equidistance.” (*Ibid.*, p. 280.)

These cogent arguments must have weighed with the Court when, in its own considered turn, it spoke of “the *exception* in favour of ‘special circumstances’” (*I.C.J. Reports 1969*, p. 36, para. 55; emphasis added). Scarcely striking a different note, in 1977 the Anglo-French Court of Arbitration referred to the provision as “the ‘special circumstances’ *condition*” (*RIAA*, Vol. XVIII, p. 45, para. 70; emphasis added).

Interestingly, speaking some years later as counsel for Canada in the *Gulf of Maine* case, Professor Jaenicke put it this way:

“Even if the equidistance method and the presence of special circumstances have to be considered together in appreciating all of the circumstances of the case, it remains nevertheless true that under Article 6 the application of the equidistance method or the use of some other method because of special circumstances stand in relationship to each other as rule and exception.” (*I.C.J. Pleadings, Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, Vol. VII, p. 51.)

In the *North Sea* cases, Judge Morelli, in an argument of some refinement, did not think that the reference to special circumstances was “a true

à critique s'il arrive que la configuration de la côte la rende injuste, dans le cas, par exemple, où la laisse de basse mer, qui constitue la ligne de base, risque de subir avec le temps des modifications matérielles dues à l'envasement ou à l'ensablement. Il faudrait donc indiquer dans le commentaire qu'il est fort possible que les cas exceptionnels soient assez fréquents.» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1956, vol. I, p. 164, par. 28.)

Mais les raisons données pour soutenir que les « circonstances spéciales seront la règle plutôt que l'exception » portaient sur l'application pratique de la disposition et non sur son caractère juridique. Quelle que soit la fréquence avec laquelle il faille recourir aux circonstances spéciales, cela ne saurait modifier la structure juridique de la disposition, qui érige de toute évidence l'équidistance en règle, les circonstances spéciales étant l'exception.

Pour en revenir au débat dans les affaires de la *Mer du Nord*, sir Humphrey Waldock a bien présenté la situation lorsqu'il a dit que les termes « à moins que » et « spéciales » donnaient à cette clause la marque d'une exception (*C.I.J. Mémoires, Plateau continental de la mer du Nord*, vol. II, p. 267) et lorsqu'il a ensuite ajouté :

« A notre avis, les expressions « à moins que », « circonstances spéciales », « ne justifient », et « une autre délimitation », qu'elles soient considérées séparément ou ensemble, font sans nul doute de cette clause une exception à la « règle générale » ou, comme l'a dit la Commission, au « principe général » de l'équidistance. » (*Ibid.*, p. 280.)

Ces solides arguments doivent avoir été pesés par la Cour lorsque, à son tour, elle a parlé de « l'exception des « circonstances spéciales » » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 36, par. 55; les italiques sont de moi). Parlant sur un ton à peine différent, le tribunal arbitral franco-britannique a désigné cette disposition sous le nom de « condition relative aux « circonstances spéciales » » (*RSA*, vol. XVIII, p. 175, par. 70; les italiques sont de moi).

Il est intéressant de constater que, prenant la parole quelques années plus tard en tant que conseil du Canada dans l'affaire du *Golfe du Maine*, M. Jaenicke s'est exprimé en ces termes :

« Mais, même si la méthode de l'équidistance et l'existence de circonstances spéciales doivent être considérées ensemble pour l'appréciation de toutes les circonstances de l'espèce, il n'en demeure pas moins que, dans le cadre de l'article 6, l'application de la méthode de l'équidistance est la règle, et l'application d'une autre méthode en raison de circonstances spéciales est l'exception. » (*C.I.J. Mémoires, Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, vol. VII, p. 51.)

Dans les affaires de la *Mer du Nord*, M. Morelli, suivant un assez fin raisonnement, n'a pas considéré que la référence aux circonstances

exception”, but he accepted that “*all the Parties* to the present cases have always referred to it as an ‘exception’” (*I.C.J. Reports 1969*, p. 206, dissenting opinion; emphasis added). With respect, I think the Parties were right, and some of the other Judges seemed to think so too (*ibid.*, pp. 186-187, Judge Tanaka, dissenting; pp. 220 and 239, Judge Lachs, dissenting; and p. 254, Judge *ad hoc* Sørensen, dissenting. Cf. Judge Padilla Nervo, separate opinion, *ibid.*, p. 92, and Judge Ammoun, separate opinion, *ibid.*, p. 148, para. 52). Indeed, as mentioned above, even the Court referred to the clause as an “exception” (*ibid.*, p. 36, para. 55). It needs to be added that, in denying that the “special circumstances” limb was a true exception, Judge Morelli was really seeking to enhance the primacy of the equidistance limb, and not to diminish it. I do not see how it is possible to refute Judge *ad hoc* Sørensen’s conclusion that —

“[a] natural construction of the wording of the provision, in particular the words ‘unless another boundary line is justified . . .’, seems to indicate that the principle of equidistance is intended to be the main rule, and the drawing of another boundary line an exception to this main rule. This general understanding of the provision seems to be confirmed by the *travaux préparatoires*, including in particular the 1953 report of the Committee of Experts and the reports of the International Law Commission in 1953 and 1956.” (*Ibid.*, p. 254.)

In sum, important as was the “special circumstances” provision, its importance was nevertheless not such as to extinguish the essential distinction between rule and exception which the very structure and terms of the provision ineluctably presented. One must distinguish between the practical operation of a provision and the juridical character of its structure. A principle subject to an exception does not cease to be a principle (see Sir Robert Jennings, “The Principles Governing Marine Boundaries”, in *Staat und Völkerrechtsordnung, Festschrift für Karl Doehring*, 1989, p. 397, at p. 399). However often the circumstances contemplated by the exception may arise, the resulting frequency of recourse to the exception and the accompanying elasticity of the whole provision do not abate the juridical character of the exception as an exception or that of the general rule as the general rule; in law, the subordinate character of the exception as a safeguard to the working of the rule remains. As was said by Judge de Castro, “The flexibility of a rule is not a reason for denying its existence” (*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *I.C.J. Reports 1974*, p. 96, separate opinion). Or, to adapt the words of Judge Read, “the importance of [the rule] cannot be measured by the frequency of [its] exercise” (*International Status of South West Africa*, *I.C.J. Reports 1950*, p. 169, separate opinion). I believe it is a generally accepted principle of construction that an exception, like a proviso, cannot be so read as to cancel out the legal effect of the main rule. This can happen only

spéciales était une « véritable exception » mais il a reconnu que « toutes les Parties aux présentes affaires ont toujours parlé d'« exception » (C.I.J. Recueil 1969, p. 206, opinion dissidente; les italiques sont de moi). Avec tout le respect que je lui dois, j'estime que les Parties avaient raison et certains des autres juges semblent avoir été du même avis (*ibid.*, p. 186-187, opinion dissidente de M. Tanaka; p. 220 et 239, opinion dissidente de M. Lachs; p. 254, opinion dissidente de M. Sørensen, juge *ad hoc*; voir opinion individuelle de M. Padilla Nervo, *ibid.*, p. 92, et opinion individuelle de M. Ammoun, *ibid.*, p. 148, par. 52). En effet, comme indiqué plus haut, même la Cour a qualifié cette clause d'« exception » (*ibid.*, p. 36, par. 55). Il faut ajouter qu'en refusant de voir dans l'élément « circonstances spéciales » une véritable exception, M. Morelli cherchait réellement à renforcer la primauté de l'élément équidistance et non à la diminuer. Je ne vois pas comment il est possible de réfuter la conclusion de M. Sørensen, juge *ad hoc*, selon laquelle :

« Si l'on interprète la clause, et en particulier les termes « à moins que ... ne justifient une autre délimitation » de la manière qui vient le plus naturellement à l'esprit, il semblerait que l'on ait voulu faire du principe de l'équidistance la règle première, la détermination d'une autre ligne de délimitation ne devant être qu'une exception à cette règle. Cette acception générale de la clause semble confirmée par les travaux préparatoires, en particulier le rapport du comité d'experts de 1953 et les rapports de la Commission du droit international pour 1953 et 1956. » (*Ibid.*, p. 254.)

En somme, quelle que soit l'importance de la clause des « circonstances spéciales », elle ne suffit pas à effacer la distinction essentielle entre règle et exception que l'on ne peut manquer de voir dans la structure et les termes mêmes de la disposition. Il faut distinguer entre l'application pratique d'une disposition et le caractère juridique de sa structure. Un principe auquel on peut déroger n'en demeure pas moins un principe (voir sir Robert Jennings, « The Principles Governing Marine Boundaries », dans *Staat und Völkerrechtsordnung, Festschrift für Karl Doehring*, 1989, p. 399). La fréquence avec laquelle peuvent se présenter les circonstances envisagées dans l'exception et partant celle de l'exception elle-même ainsi que la souplesse correspondante corrélatrice de la disposition tout entière n'ôtent rien au caractère juridique de l'exception en tant qu'exception ni à celui de la règle générale en tant que règle générale; en droit, l'exception conserve son caractère accessoire de garantie du bon fonctionnement de la règle. Comme l'a dit M. de Castro : « La souplesse d'une règle n'est pas une raison pour nier son existence. » (*Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, C.I.J. Recueil 1974, p. 96, opinion individuelle.) Ou, pour paraphraser M. Read, « l'importance de [la règle] ne saurait se mesurer à la fréquence de [son] application » (*Statut international du Sud-Ouest africain*, C.I.J. Recueil 1950, p. 169, opinion individuelle). A mon avis, il est un principe d'interprétation généralement accepté qu'une exception, tout comme une disposition restrictive, ne peut être

where the exception is in fact repugnant to the rule¹, in which case the whole provision might well fall. Mere frequency of recourse to an exception is not proof of repugnance between rule and exception; and, unless it is, it cannot, in my view, serve to deprive the rule of its juridical character as a rule (cf. *Tunisia/Libya*, *I.C.J. Reports 1982*, p. 197, para. 64, Judge Oda, dissenting).

The propensity to think in terms of Article 6, paragraph 1, of the 1958 Convention as being a single combined equidistance-special circumstances rule which is equivalent to the equitable principles-relevant circumstances rule of customary international law is not well supported. In my submission, that thinking resolves itself, under scrutiny, into a too hasty attempt to liquidate that part of the "combination" which is indisputably a rule and to supplant it by that part which is as clearly an exception, and to do so without saying, because it cannot be said, that the exception is repugnant to the rule; and yet, analytically, it is only if there is such a repugnance that the rule, and the distinctive position which it manifestly accords to equidistance, can be neutralized.

(vi) *The Use of the Equidistance Method Can Be Obligatory under Article 6 of the 1958 Convention*

I come next to the question whether the use of the equidistance method is ever obligatory under Article 6, paragraph 1, of the 1958 Convention. Denmark submits that the equidistance rule set out in the provision "is not of an obligatory character, not even as a starting point for a delimitation" (Memorial, Vol. I, p. 60, para. 212). By contrast, the Norwegian case proceeds on the footing that, absent both an agreement and special circumstances, the equidistance rule is mandatory under Article 6, paragraph 1.

Judicial statements are easily come by to the effect that the equidistance method is not compulsory at customary international law (see, for example, *Tunisia/Libya*, *I.C.J. Reports 1982*, p. 79, para. 110). But there is no clear pronouncement by this Court to that effect so far as the application of Article 6 of the 1958 Convention to a concrete case is concerned.

Briefly, it appears to me that to hold that the equidistance rule could never operate compulsorily under Article 6, paragraph 1, of the 1958 Convention would be to breach the Court's own declaration that its function is

¹ See, in English law, *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed., 1969, pp. 190-191; and *Craies on Statute Law*, 7th ed., 1971, pp. 218-220.

interprétée de manière à dépouiller la règle principale de son effet juridique. Cela ne peut arriver que si l'exception est en fait incompatible avec la règle¹, auquel cas la clause tout entière risque fort de tomber. La fréquence des recours à une exception ne saurait à elle seule prouver qu'il y a incompatibilité entre la règle et l'exception, et seule celle-ci pourrait à mes yeux priver la règle de son caractère juridique de règle (voir *Tunisie/Libye, C.I.J. Recueil 1982*, p. 197, par. 64, opinion dissidente de M. Oda).

La propension à penser que le paragraphe 1 de l'article 6 de la convention de 1958 énonce une règle unique combinée équidistance-circonstances spéciales qui est équivalente à la règle principes équitables-circonstances pertinentes du droit international coutumier ne repose pas sur des bases solides. Selon moi, cette façon de voir revient, à y regarder de plus près, à essayer trop hâtivement de liquider l'élément de la « combinaison » qui est indiscutablement une règle et à le remplacer par l'élément qui est clairement une exception, et à agir ainsi sans dire, car on ne saurait le faire, que l'exception est incompatible avec la règle alors que, d'un point de vue analytique, elle ne l'est que si l'incompatibilité est telle que la règle, et la place spéciale qu'elle accorde manifestement à l'équidistance, peut être privée d'effet.

vi) *L'emploi de la méthode de l'équidistance peut être obligatoire en vertu de l'article 6 de la convention de 1958*

J'en viens maintenant au point de savoir si l'emploi de la méthode de l'équidistance peut jamais être obligatoire en vertu du paragraphe 1 de l'article 6 de la convention de 1958. Selon le Danemark, la règle de l'équidistance établie par cette disposition « n'a pas un caractère obligatoire, même comme point de départ d'une délimitation » (mémoire, vol. I, p. 60, par. 212). En revanche, la Norvège défend la thèse selon laquelle, en l'absence d'un accord et de circonstances spéciales, la règle de l'équidistance est obligatoire aux termes du paragraphe 1 de l'article 6.

Il est aisé de trouver dans la jurisprudence l'affirmation que la méthode de l'équidistance n'est pas obligatoire en droit international coutumier (voir, par exemple, *Tunisie/Libye, C.I.J. Recueil 1982*, p. 79, par. 110). Mais la Cour ne s'est pas clairement prononcée en ce sens pour ce qui est de l'application de l'article 6 de la convention de 1958 à une affaire concrète.

En bref, il me semble que soutenir que la règle de l'équidistance ne peut jamais être d'application obligatoire en vertu du paragraphe 1 de l'article 6 de la convention de 1958 serait contraire à la déclaration de la

¹ Voir, en droit anglais, *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12^e éd., 1969, p. 190-191, et *Craies on Statute Law*, 7^e éd., 1971, p. 218-220.

“to interpret . . . , not to revise” a treaty¹. Nor does it appear that the case-law would safely support such a holding.

To begin with the *North Sea* cases themselves, it seems plausible that the whole assumption behind the elaborate enquiry which the Court conducted into the question whether the Federal Republic of Germany was bound by the 1958 Convention was that, if it was, the provisions of Article 6 concerning equidistance would necessarily apply unless there were special circumstances, there being no agreement. True, the Judgment includes remarks of an amplitude which might suggest that the equidistance method is in any event not mandatory even under Article 6 of the Convention (*I.C.J. Reports 1969*, pp. 23-24, paras. 21-24, and pp. 45-46, para. 82). But the Court did say that

“Article 6 is so framed as to put second the *obligation* to make use of the equidistance method, causing it to come after a primary *obligation* to effect delimitation by agreement” (*ibid.*, p. 42, para. 72; emphasis added).

Thus, however the obligation to use the equidistance method might be ranked, the Court did refer to it as an “obligation”, as it plainly was; even if it came second, it was an “obligation” in the same juridical sense in which there was an “obligation to effect delimitation by agreement”. That the Court accepted that Article 6 of the Convention did create an obligation to use the equidistance method would seem to have been recognized by Judge Ammoun and Vice-President Koretsky (*ibid.*, pp. 149-150, separate opinion, and pp. 154-155, dissenting opinion, respectively). The Court’s statements on the point may be harmonized by taking the view that any suggestion by it that equidistance was not obligatory under the 1958 Convention is to be understood not in an absolute sense, but in the qualified sense that it was not obligatory in all cases.

In the *Anglo-French Arbitration* the Court of Arbitration distinctly stated —

“that under Article 6 the equidistance principle *ultimately possesses an obligatory force* which it does not have in the same measure under the rules of customary law; for Article 6 makes the application of the equidistance principle a matter of treaty obligation for Parties to the Convention” (*RIAA*, Vol. XVIII, p. 45, para. 70; emphasis added).

¹ *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Second Phase, I.C.J. Reports 1950*, p. 229. And see *Acquisition of Polish Nationality, P.C.I.J., Series B, No. 7*, p. 20; *Serbian Loans, P.C.I.J., Series A, No. 20/21*, p. 32; and *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco, I.C.J. Reports 1952*, p. 196.

Cour elle-même, selon laquelle la Cour est appelée «à interpréter les traités, non à les reviser»¹. Il ne semble pas non plus que la jurisprudence puisse véritablement étayer une telle thèse.

Pour commencer par les affaires de la *Mer du Nord* elles-mêmes, il semble plausible que toute l'hypothèse sur laquelle a reposé l'enquête minutieuse menée par la Cour sur le point de savoir si la République fédérale d'Allemagne était liée par la convention de 1958 consistait à dire que, si elle l'était, les dispositions de l'article 6 relatives à l'équidistance s'appliqueraient nécessairement à défaut de circonstances spéciales puisqu'il n'existait aucun accord. Certes, l'arrêt contient des observations d'une ampleur telle qu'elles pourraient donner à penser que la méthode de l'équidistance n'est en tout état de cause pas obligatoire même aux termes de l'article 6 de la convention (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 23-24, par. 21-24, et p. 45-46, par. 82). Mais la Cour a dit que

«l'article 6 est rédigé de telle sorte qu'il fait passer l'*obligation* de recourir à la méthode de l'équidistance après l'*obligation* primordiale d'effectuer la délimitation par voie d'accord» (*ibid.*, p. 42, par. 72; les italiques sont de moi).

Ainsi, quel que soit le rang que l'on puisse accorder à l'obligation d'utiliser la méthode de l'équidistance, la Cour l'a bien qualifiée d'«obligation», ce qu'elle était de toute évidence; même si elle venait en deuxième lieu, c'était une «obligation» ayant le même sens juridique que l'«obligation ... d'effectuer la délimitation par voie d'accord». Il semble que M. Ammoun et M. Koretsky, Vice-Président, aient reconnu que la Cour avait admis que l'article 6 de la convention créait effectivement une obligation d'utiliser la méthode de l'équidistance (*ibid.*, p. 149-150, opinion individuelle, et p. 154-155, opinion dissidente, respectivement). Les déclarations de la Cour sur ce point peuvent être conciliées si l'on considère que, si la Cour avait émis l'idée que la méthode de l'équidistance n'était pas rendue obligatoire par la convention de 1958, il faut l'entendre non pas au sens absolu, mais au sens restreint signifiant qu'elle n'était pas obligatoire dans tous les cas.

Dans l'*Arbitrage franco-britannique*, le tribunal arbitral s'est prononcé clairement comme suit:

«le principe de l'équidistance *possède*, dans le cadre de l'article 6, une *force obligatoire* qu'il n'a pas dans la même mesure en vertu des règles du droit coutumier; en effet, l'article 6 crée une obligation conventionnelle d'appliquer le principe de l'équidistance pour les parties à la Convention» (*RSA*, vol. XVIII, p. 175, par. 70; les italiques sont de moi).

¹ *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase*, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 229; voir aussi *Acquisition de la nationalité polonaise*, *C.P.J.I. série B n° 7*, p. 20; *Emprunts serbes*, *C.P.J.I. série A n° 20/21*, p. 32, et *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 196.

Speaking still with reference to that provision, the Court of Arbitration later said:

“In the absence of agreement, and unless another boundary is justified by special circumstances, *the boundary is to be the line which is equidistant* from the nearest points of the baselines from which the breadth of the territorial sea of each State is measured.” (*RIAA*, Vol. XVIII, p. 111, para. 238; emphasis added.)

In the *Gulf of Maine* case, the Chamber likewise took the view that —

“if a question as to the delimitation of the continental shelf only had arisen between the two States, there would be no doubt as to the *mandatory* application of the method prescribed in Article 6 of the Convention, always subject, of course, to the condition that recourse is to be had to another method or combination of methods where special circumstances so require” (*I.C.J. Reports 1984*, p. 301, para. 118; emphasis added. And see *ibid.*, p. 301, para. 116).

Judge Gros, dissenting, added:

“The 1958 Convention on the Continental Shelf posits an equidistance/special-circumstances rule, a single rule which is clear: if there are no special circumstances, equidistance *must* be applied.” (*Ibid.*, p. 387, para. 46; emphasis added.)

In the *Libya/Malta* case, the Court said:

“In thus establishing, as the first stage in the delimitation process, the median line as the provisional delimitation line, the Court could hardly ignore the fact that the equidistance method has never been regarded, even in a delimitation between opposite coasts, as one to be applied without modification whatever the circumstances. Already, in the 1958 Convention on the Continental Shelf, which *imposes* upon the States parties to it an *obligation* of treaty-law, failing agreement, to have recourse to equidistance for the delimitation of the continental shelf areas, Article 6 contains the proviso that *that method is to be used* ‘unless another boundary line is justified by special circumstances’.” (*I.C.J. Reports 1985*, p. 48, para. 65; emphasis added.)

Thus, a different line may well be established by agreement or through the operation of “special circumstances”; but, failing these, the Convention unquestionably “*imposes* upon the States parties to it an *obligation* of treaty-law . . . to have recourse to equidistance . . .”, that “method” being one which “*is to be used* . . .” in those circumstances.

In the *Canada/France Arbitration*, it would appear that, as in the *Gulf of Maine* case, the Court of Arbitration, at least by implication, also took the position that, if the continental shelf alone were involved, it would have been obligatory to apply equidistance under Article 6 of the

Se référant encore à ces dispositions, le tribunal arbitral a ajouté que :

« A défaut d'accord, et à moins que des circonstances spéciales ne justifient une autre délimitation, *celle-ci doit être constituée par la ligne qui est équidistante* des points les plus proches des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale de chacun des Etats. » (*RSA*, vol. XVIII, p. 249, par. 238; les italiques sont de moi.)

Dans l'affaire du *Golfe du Maine*, la Chambre a également été d'avis que,

« si une question de délimitation du plateau continental, et du plateau continental seulement, s'était posée entre les deux Etats, l'aspect *contraignant* de l'application de la méthode prévue à l'article 6 de la convention ne ferait pas de doute, ceci, bien entendu, toujours dans le respect de la condition prévoyant le recours à une autre méthode ou combinaison de méthodes là où des circonstances spéciales l'exigeraient » (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 301, par. 118; les italiques sont de moi; voir aussi *ibid.*, p. 301, par. 116).

Dans son opinion dissidente, M. Gros a ajouté :

« La convention de 1958 sur le plateau continental pose une règle de l'équidistance + circonstances spéciales, une règle unique qui est claire; s'il n'y a pas de circonstances spéciales, l'équidistance *doit* être appliquée. » (*Ibid.*, p. 387, par. 46; les italiques sont de moi.)

Dans l'affaire *Libye/Malte*, la Cour a dit ce qui suit :

« En retenant ainsi, dans la première étape de l'opération de délimitation, la ligne médiane comme limite provisoire, la Cour ne peut ignorer que la méthode de l'équidistance n'a jamais été considérée comme applicable telle quelle en toutes circonstances, fût-ce entre côtes se faisant face. La convention sur le plateau continental de 1958, qui *impose* aux Etats parties à cet instrument l'*obligation* conventionnelle de recourir, à défaut d'accord, à l'équidistance pour délimiter les zones de plateau continental, spécifie déjà en son article 6 que *la méthode doit être utilisée* « à moins que des circonstances spéciales ne justifient une autre délimitation ». » (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 48, par. 65; les italiques sont de moi.)

Ainsi, une ligne différente peut fort bien être établie par voie d'accord ou en raison de « circonstances spéciales », mais il est incontestable qu'à défaut la convention « *impose* aux Etats parties à cet instrument l'*obligation* conventionnelle de recourir ... à l'équidistance... », étant donné que cette « *méthode doit être utilisée...* » dans ces circonstances.

Dans l'*Arbitrage entre le Canada et la France*, il semblerait que, tout comme dans l'affaire du *Golfe du Maine*, le tribunal arbitral ait, tout au moins implicitement, également été d'avis que, si le plateau continental avait été seul en cause, il aurait été impératif d'appliquer la méthode de

1958 Convention, unless special circumstances were present (Decision, 10 June 1992, paras. 39 and 40).

Naturally, if there is a dispute as to whether there are in fact special circumstances, this must be settled in some appropriate way, possibly by agreement or, as is sought to be done in these proceedings, by adjudication. Referring to the régime of Article 6 of the 1958 Convention, the matter was put this way by Professor Jaenicke in the *North Sea* cases:

“If the Parties agree that there are no special circumstances then the equidistance boundary is the boundary, but if the Parties are in dispute as to whether there are special circumstances or not, the matter has to be settled either by agreement or by arbitration.” (*I.C.J. Pleadings, North Sea Continental Shelf*, Vol. II, p. 52.)

A dispute as to whether special circumstances exist is not insoluble. It may be determined “either by agreement or by arbitration” (including judicial settlement). If the determination is that special circumstances do not exist, then, to adopt the argument, “the equidistance boundary is the boundary”.

(vii) *“Special Circumstances” Are Narrower than “Relevant Circumstances”*

The mechanism of equating the equidistance-special circumstances rule of the 1958 Convention with the equitable principles-relevant circumstances rule of customary international law depends largely upon an assimilation of “special circumstances” to “relevant circumstances”. In this respect, Denmark submits:

“With reference to situations where no agreement has been reached between the Parties, Article 6.1 sets out a rule of equidistance, a rule which, however, is not of an obligatory character, not even as a starting point for a delimitation. This follows from the wording of Article 6.1, ‘. . . unless another boundary is justified by special circumstances . . .’. That wording is interpreted as having in view the achievement of equitable solutions taking into consideration the relevant special circumstances of each particular case of delimitation.” (Memorial, Vol. I, p. 60, para. 212.)

The implication in the last sentence that there are “relevant special circumstances” in each case seems clear. Is it also right?

There seems to be force in the argument that the category “special circumstances” is narrower than that of “relevant circumstances” (*I.C.J. Pleadings, Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta*, Vol. II, Counter-Memorial of Malta, p. 292, para. 108). No doubt there is a

l'équidistance en vertu de l'article 6 de la convention de 1958, en l'absence de circonstances spéciales (sentence, 10 juin 1992, par. 39-40).

Evidemment, en cas de différend sur le point de savoir s'il y a effectivement des circonstances spéciales, celui-ci devra être réglé de manière appropriée, éventuellement par voie d'accord ou, comme on cherche à le faire dans la présente procédure, par jugement. Se référant au régime de l'article 6 de la convention de 1958, M. Jaenicke, dans les affaires de la *Mer du Nord*, a présenté comme suit la question :

« Si les parties s'accordent à reconnaître qu'il n'y a pas de circonstances spéciales, c'est alors la ligne d'équidistance qui est la ligne de délimitation, mais si elles diffèrent sur le point de savoir s'il existe ou non des circonstances spéciales, la question doit être réglée soit par voie d'accord, soit par arbitrage. » (*C.I.J. Mémoires, Plateau continental de la mer du Nord*, vol. II, p. 52.)

Un différend portant sur l'existence de circonstances spéciales n'est pas insoluble. Il peut être résolu « soit par voie d'accord, soit par arbitrage » (y compris le règlement judiciaire). S'il est décidé qu'il n'existe pas de circonstances spéciales, c'est alors, selon l'argument invoqué, « la ligne d'équidistance qui est la ligne de délimitation ».

vii) « *Les circonstances spéciales* » sont plus étroites que les « *circonstances pertinentes* »

Le mécanisme consistant à mettre sur le même pied la règle équidistance-circonstances spéciales de la convention de 1958 et la règle principes équitables-circonstances pertinentes du droit international coutumier repose essentiellement sur l'assimilation des « circonstances spéciales » aux « circonstances pertinentes ». A cet égard, le Danemark fait valoir ce qui suit :

« Le paragraphe 1 de l'article 6 énonce une règle d'équidistance applicable aux cas où aucun accord n'a pu être atteint entre les Parties ; cependant, cette règle n'a pas un caractère obligatoire, même comme point de départ d'une délimitation. C'est ce qui ressort des termes du paragraphe 1 de l'article 6 : « à moins que des circonstances spéciales ne justifient une autre délimitation... » Selon l'interprétation qui en est faite, ce texte vise la recherche de solutions équitables tenant compte des circonstances spéciales pertinentes de chaque cas particulier de délimitation. » (*Mémoire*, vol. I, p. 60, par. 212.)

Cette dernière phrase semble impliquer clairement qu'il existe dans chaque cas des « circonstances spéciales pertinentes ». Mais est-ce bien exact ?

L'argument selon lequel la catégorie des « circonstances spéciales » est plus étroite que celle des « circonstances pertinentes » ne semble pas dépourvu de force (*C.I.J. Mémoires, Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, vol. II, contre-mémoire de Malte, p. 292, par. 108).

sense in which it can be said that every situation has its “special circumstances”; but the “special circumstances” which count under Article 6, paragraph 1, of the 1958 Convention are limited to those which justify a boundary other than an equidistance line on the ground that the latter will create an inequity which can be avoided only by using some other method or methods of delimitation.

The expression “special circumstances” is aptly used in a provision operating as an exception to a rule requiring the application of the equidistance method in the absence of agreement; it is inapt if sought to be read as a reference to all relevant circumstances in the light of which a choice is to be made among any of a number of possible methods (including equidistance) with a view to producing the most equitable delimitation. In the former case, the circumstances are “special” in the sense that they create inequity if a particular delimitation method — that of equidistance — is applied and accordingly operate to justify the putting aside of the rule requiring the use of that method; in the latter case, the circumstances are simply those which are “relevant” to the choice of the most equitable method of delimitation (including equidistance as a possible method) and not only those which justify putting aside a rule of law requiring the use of that particular method (see Charles Vallée, “Le droit des espaces maritimes”, in *Droit international public*, Paris, 4th ed., 1984, p. 375).

In effect, under Article 6, paragraph 1, of the 1958 Convention, the equidistance method applies not because “special circumstances” require it to apply, but because there are no “special circumstances” to prevent it from applying. By contrast, under customary international law, the equidistance method applies only where the “relevant circumstances” require its application. Combining these two perspectives, one may say that, whereas “relevant circumstances” may well require the application of equidistance, “special circumstances” can only operate to exclude it, and never to apply it. Hence, as compared with “relevant circumstances”, “special circumstances” are both narrower in scope and exclusionary in effect in relation to the use of the equidistance method. Relevant circumstances exist in all cases; special circumstances exist only in some. A question can arise as to whether special circumstances exist, and, when it arises, it may be resolved, by agreement or other form of determination, to the effect that such circumstances do or do not exist. No question can ever arise as to whether relevant circumstances exist, for they always do.

The preparatory work of the International Law Commission does serve to emphasize the importance attached to the “special circumstances” provision, but it is far from suggesting that the Commission considered that special circumstances inhered in every case. The provision was formulated in terms of providing, exceptionally, for a non-equidistance line

Certes, on peut dire en un sens que, dans toute situation, il existe des « circonstances spéciales », mais les « circonstances spéciales » qui comptent en vertu du paragraphe 1 de l'article 6 de la convention de 1958 se limitent à celles qui justifient une ligne de délimitation autre qu'une ligne d'équidistance pour le motif que cette dernière créerait une injustice qui ne peut être évitée qu'en employant une ou plusieurs autres méthodes de délimitation.

L'expression « circonstances spéciales » est utilisée à bon droit dans une disposition opérant comme une exception à une règle qui exige l'application de la méthode de l'équidistance en l'absence d'accord ; elle ne l'est pas si on veut y voir une référence à toutes les circonstances pertinentes en fonction desquelles il faut opérer un choix entre un certain nombre de méthodes possibles (y compris l'équidistance) en vue d'obtenir la ligne de délimitation la plus équitable possible. Dans le premier cas, les circonstances sont « spéciales » en ce sens qu'elles créent une injustice s'il est appliqué une méthode de délimitation particulière — celle de l'équidistance — et justifient par conséquent que la règle prescrivant l'emploi de cette méthode soit écartée ; dans le second cas, les circonstances sont simplement celles qui sont « pertinentes » pour le choix de la méthode de délimitation la plus équitable (y compris, éventuellement, celle de l'équidistance) et pas seulement celles qui justifient la mise à l'écart d'une règle de droit prescrivant l'emploi de cette méthode particulière (voir Charles Vallée, « Le droit des espaces maritimes », dans *Droit international public*, Paris, 4^e éd., 1984, p. 375).

En fait, en vertu du paragraphe 1 de l'article 6 de la convention de 1958, la méthode de l'équidistance s'applique non pas parce que des « circonstances spéciales » l'exigent, mais parce qu'il n'existe pas de « circonstances spéciales » qui l'interdisent. En revanche, en droit international coutumier, la méthode de l'équidistance est uniquement applicable lorsque les « circonstances pertinentes » le requièrent. En combinant ces deux perspectives, on peut dire que si les « circonstances pertinentes » peuvent effectivement exiger l'application de l'équidistance, les « circonstances spéciales » peuvent uniquement avoir pour effet de l'exclure et ne peuvent jamais être invoquées pour la justifier. Par conséquent, si on les compare aux « circonstances pertinentes », les « circonstances spéciales » ont à la fois une portée plus étroite et un effet d'exclusion dans l'emploi de la méthode de l'équidistance. Il y a toutes les fois des circonstances pertinentes, mais parfois seulement des circonstances spéciales. La question peut surgir de savoir s'il existe des circonstances spéciales et, si elle se pose, il peut être déterminé, par voie d'accord ou autrement, si elles existent ou non. La question de savoir s'il existe des circonstances pertinentes ne peut jamais se poser, car il en existe toujours.

Les travaux préparatoires de la Commission du droit international contribuent à mettre en relief l'importance attachée à la disposition concernant les « circonstances spéciales », mais ils sont loin de suggérer que la Commission ait jugé que des circonstances spéciales aient été inhérentes à toute situation. Cette disposition a été formulée en vue de prévoir,

(including a modified equidistance line) where the existence of special circumstances justified such a line as opposed to an equidistance line. The necessary assumption was that special circumstances would not exist in all cases. Were it otherwise, the foundation of the main rule would largely disappear and, with it, the usefulness of the rule itself; such a consequence stands excluded by the principle that an interpretation which would deprive a treaty of a great part of its value is inadmissible (*Acquisition of Polish Nationality, P.C.I.J., Series B, No. 7, p. 17*; and *Minority Schools in Albania, P.C.I.J., Series A/B, No. 64, p. 20*).

If the reference to the median line in Article 6, paragraph 1, of the 1958 Convention was intended merely to indicate one of any number of possible methods of delimitation, with the choice among them being always made by reference to equitable principles, taking account of the relevant circumstances, the drafters took care to conceal the intention. On that hypothesis, there was little point in singling out that particular method or, indeed, in speaking specifically of "special circumstances" which justify some other boundary; it would have sufficed, and should have been simpler, to state that, in the absence of agreement, the boundary was to be that justified by equitable principles, taking account of the relevant circumstances. As remarked above, if this were the correct meaning, it is difficult to see why, except for theoretical reasons, the Court in 1969 troubled itself with the question whether the provision was applicable, for the régime under the provision would have been the same as that under customary international law. As it happened, the Court reached the conclusion that the provision was not declaratory of the position under customary international law (*I.C.J. Reports 1969, p. 41, para. 69*). However it came about, the provision, as drafted, would seem to have been designed to present equidistance in a position of prominence, which was to yield to some other delimitation method only if there were special circumstances which justified another boundary. There is nothing of consequence in the relevant International Law Commission material, or indeed in that of the Geneva Conference of 1958, to set against this view.

(viii) *There Are Limits to the Mandatory Application of Equitable Principles, as, for Example, in the Case of a Delimitation by Agreement*

Obviously, where special circumstances exist, the role of equitable principles will be conspicuous in ascertaining what boundary is justified by such circumstances. But the straining in the effort to treat equitable principles as mandatorily and directly applying to every conceivable delimitation is apparent in repeated statements to the effect that any agreement is to be negotiated on the basis of such principles. No doubt, that should be the general aim; but with what effect if an agree-

à titre exceptionnel, le tracé d'une ligne autre que celle de l'équidistance (y compris une ligne d'équidistance modifiée) lorsque l'existence de circonstances spéciales justifiait ce tracé par opposition à celui d'une ligne d'équidistance. L'hypothèse devait donc nécessairement être qu'il n'y aurait pas de circonstances spéciales dans tous les cas. Autrement, la règle principale perdrait en grande partie son fondement et, avec lui, son utilité; une telle conséquence est exclue par le principe qui veut qu'une interprétation qui dépouillerait le traité d'une grande partie de sa valeur ne saurait être admise (*Acquisition de la nationalité polonaise*, C.P.J.I. série B n° 7, p. 17, et *Ecoles minoritaires en Albanie*, C.P.J.I. série A/B n° 64, p. 20).

Si la référence à la ligne médiane faite au paragraphe 1 de l'article 6 de la convention de 1958 visait simplement à indiquer une méthode de délimitation possible parmi d'autres, le choix entre celles-ci se faisant toujours par référence aux principes équitables, compte tenu des circonstances pertinentes, les auteurs ont pris bien soin de cacher cette intention. Dans cette hypothèse, il n'aurait été de guère d'utilité de mettre cette méthode particulière en évidence ni, d'ailleurs, de parler expressément de « circonstances spéciales » qui justifieraient quelque autre ligne de délimitation; il aurait suffi, et c'eût été plus simple, de dire qu'en l'absence d'accord la ligne de délimitation devrait être celle qui a été justifiée par les principes équitables, compte tenu des circonstances pertinentes. Comme indiqué plus haut, si tel était le sens correct, on voit difficilement pourquoi, sauf pour des raisons théoriques, la Cour aurait, en 1969, pris la peine de rechercher si cette disposition était applicable, car le régime qu'elle aurait instauré aurait été semblable à celui du droit international coutumier. En l'occurrence, la Cour est parvenue à la conclusion que cette disposition n'était pas déclaratoire de la situation en droit international coutumier (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 41, par. 69). Quelle que soit son origine, la disposition en question, ainsi rédigée, semble avoir été conçue de façon à donner une place éminente à l'équidistance, qui ne devait le céder à une autre méthode de délimitation que si des circonstances spéciales justifiaient le tracé d'une autre ligne. On ne trouve dans les documents pertinents de la Commission du droit international, ni d'ailleurs dans ceux de la conférence de Genève de 1958, aucun argument de poids à opposer à cette façon de voir.

viii) *Il y a des limites à l'application obligatoire des principes équitables, par exemple dans le cas d'une délimitation par voie d'accord*

A l'évidence, lorsqu'il existe des circonstances spéciales, les principes équitables tiennent une place de premier plan quand il s'agit de déterminer quelle est la délimitation qu'elles justifient. Il y a toutefois quelque chose de forcé dans la manière dont on tente de traiter les principes équitables comme devant obligatoirement et directement s'appliquer à toute délimitation concevable dans les affirmations réitérées à l'effet que tout accord doit être négocié sur la base de tels principes. Tel devra certes être

ment is in fact reached otherwise than on the basis of the equities of the case?

A delimitation effected by agreement may be presumed to accord with equity; but the presumption is rebuttable. As remarked by the Court in the *North Sea* cases themselves,

“Without attempting to enter into, still less pronounce upon any question of *jus cogens*, it is well understood that, in practice, rules of international law can, by agreement, be derogated from in particular cases, or as between particular parties . . .” (*I.C.J. Reports 1969*, p. 42, para. 72; and see *Lighthouses in Crete and Samos, P.C.I.J., Series A/B, No. 71*, p. 150, second paragraph, Judge *ad hoc* Sefériadès, separate opinion).

In a delimitation agreement a party is competent to make concessions on political and other grounds having nothing to do with the intrinsic merits of its maritime claims (*North Sea, I.C.J. Reports 1969*, p. 155, Vice-President Koretsky, dissenting); a party may quite competently and validly dispose of its rights (*ibid.*, p. 205, para. 10, Judge Morelli, dissenting). For example, a State concerned with another State in respect of two distinct and wholly unrelated geographical areas may make concessions in one area in exchange for concessions in the other (for a possible case of “trade-off” between two different geographical areas, see the Agreement between the United States of America and Mexico of 4 May 1978 relating to the Maritime Boundaries between the two countries, Counter-Memorial, Vol. 2, Ann. 65, pp. 248 ff., and Reply, Vol. 1, p. 92, para. 245). The agreement reached will be binding because it is a treaty; and yet it almost certainly will not reflect the equities in the geographical areas concerned, each taken by itself. On the contrary, it may have everything to do with considerations extraneous to the equities. As remarked by Judge Gros, dissenting: “Two States may negotiate a single boundary which suits them without going into the question of whether the result is equitable.” (*Gulf of Maine, I.C.J. Reports 1984*, p. 370, para. 16. And see Sir Robert Y. Jennings, “The Principles Governing Marine Boundaries”, *op. cit.*, at pp. 401 ff.)

The real object of the requirement to proceed by way of agreement was to avoid problems of opposability arising from unilateral delimitations (*North Sea, I.C.J. Reports 1969*, p. 184, Judge Tanaka, dissenting; *Tunisia/Libya, I.C.J. Reports 1982*, p. 194, para. 60, Judge Oda, dissenting; *Gulf of Maine, I.C.J. Reports 1984*, p. 292, para. 87; and *Libya/Malta, I.C.J. Reports 1985*, p. 141, paras. 32-33, Judge Oda, dissenting). The fact that the efficacy of such a delimitation as regards other States depends on international law had been earlier pointed out (the *Fisheries* case, *I.C.J. Reports 1951*, p. 132. And see, later, the *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *Merits, I.C.J. Reports 1974*, p. 22, para. 49, and p. 24, para. 54).

l'objectif général, mais qu'en résulte-t-il quand un accord est en fait conclu autrement que sur la base des considérations d'équité propres à la situation considérée ?

On peut présumer qu'une délimitation effectuée par voie d'accord est conforme à l'équité, mais ce n'est pas là une présomption irréfutable. Comme la Cour l'a fait observer dans les affaires de la *Mer du Nord* elles-mêmes :

« Sans chercher à aborder la question du *jus cogens* et encore moins à se prononcer sur elle, on doit admettre qu'en pratique il est possible de déroger par voie d'accord aux règles de droit international dans des cas particuliers ou entre certaines parties... » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 42, par. 72; voir aussi *Phares en Crète et à Samos, C.P.J.I. série A/B n° 71*, p. 150, deuxième paragraphe, opinion individuelle de M. Séfériadès, juge *ad hoc*.)

Dans un accord de délimitation, une partie a la faculté de faire, pour des raisons politiques et autres, des concessions qui n'ont rien à voir avec la valeur propre de ses revendications maritimes (*Mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 155, opinion dissidente de M. Koretsky, Vice-Président); une partie a toute faculté pour disposer valablement de ses droits (*ibid.*, p. 205, par. 10, opinion dissidente de M. Morelli). Par exemple, un Etat qui a affaire à un autre à propos de deux régions distinctes et sans aucun rapport sur le plan géographique peut faire des concessions dans l'une de ces régions en échange de concessions dans l'autre (pour un cas possible d'« arbitrage » entre deux régions géographiques différentes, voir l'accord entre les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique du 4 mai 1978 relatif aux frontières maritimes entre les deux pays, contre-mémoire, vol. 2, annexe 5, p. 248 et suiv., et réplique, vol. 1, p. 92, par. 245). L'accord conclu sera obligatoire parce qu'il est un traité; et pourtant il ne reflétera presque assurément pas les considérations d'équité propres à chacune des régions géographiques dont il s'agit, prise en elle-même. Au contraire, il pourra s'agir entièrement de considérations étrangères à l'équité. Comme l'a fait observer M. Gros dans son opinion dissidente: « Deux Etats peuvent négocier une ligne unique qui leur convienne sans se poser la question de l'équité du résultat. » (*Golfe du Maine, C.I.J. Recueil 1984*, p. 370, par. 16; voir sir Robert Jennings, « The Principles Governing Marine Boundaries », *op. cit.*, p. 401 et suiv.)

L'objet réel de l'obligation de procéder par voie d'accord était d'éviter tout problème d'opposabilité résultant de délimitations unilatérales (*Mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 184, opinion dissidente de M. Tanaka; *Tunisie/Libye, C.I.J. Recueil 1982*, p. 194, par. 60, opinion dissidente de M. Oda; *Golfe du Maine, C.I.J. Recueil 1984*, p. 292, par. 87; et *Libye/Malte, C.I.J. Recueil 1985*, p. 141, par. 32-33, opinion dissidente de M. Oda). Comme il avait déjà été indiqué, l'effet d'une telle délimitation à l'égard d'autres Etats dépend du droit international (*Pêcheries, C.I.J. Recueil 1951*, p. 132; voir, plus tard, l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, *fond, C.I.J. Recueil 1974*,

It was not the object of the framers of the provision to ensure that equitable principles would mandatorily or necessarily operate through the machinery of treaty-making.

In the *North Sea* cases the Parties had, by their Special Agreement, undertaken

“to effect such a delimitation ‘by agreement in pursuance of the decision requested from the . . . Court’ — that is to say on the basis of, and in accordance with, the principles and rules of international law found by the Court to be applicable” (*I.C.J. Reports 1969*, p. 13, para. 2).

Thus, a treaty obligation had been undertaken to reach agreement in accordance with the principles and rules of international law found by the Court to be applicable. The Court accordingly cast its decision in the form of principles and rules to be observed in the course of the projected negotiations (*ibid.*, p. 46, para. 84. And see Prosper Weil, *Perspectives du droit de la délimitation maritime*, 1988, pp. 114-123). There was no occasion for the Court to say what it had already said in paragraph 72 of the Judgment, that in practice parties could consensually derogate from those principles and rules. Correctly construed, the *North Sea* cases did not intend to lay it down that a delimitation agreement could only be negotiated and concluded in accordance with equitable principles. Nor can Article 74, paragraph 1, and Article 83, paragraph 1, of the 1982 Convention be so interpreted; the possibility of consensual derogation always remains.

If then equitable principles do not apply mandatorily to the making of a delimitation agreement, that circumstance may be borne in mind in considering, in the next Section, the extent to which the applicability of the median line method under the 1958 Convention is dependent on such principles, as distinguished from being dependent on the absence of agreement and of special circumstances.

(ix) *If Only Marginally, the 1958 Convention Envisages a Wider Use of the Equidistance Method than Does Customary International Law*

No doubt the general idea which inspired the drafting of the 1958 Convention was the desirability of achieving an equitable solution in all cases. But it is important to distinguish an idea inspiring a provision from the way in which the provision seeks to give effect to the idea. In the first *Genocide Convention* case, the Court wrote,

“The high ideals which inspired the Convention provide, *by virtue of the common will of the parties*, the foundation and measure of all its

p. 22, par. 49, et p. 24, par. 54). Les auteurs de cette disposition n'entendaient pas faire en sorte que les principes équitables doivent obligatoirement ou nécessairement s'appliquer dans le cadre de la conclusion des traités.

Dans les affaires de la *Mer du Nord* les Parties s'étaient engagées

«à procéder à la délimitation « par voie d'accord conclu conformément à la décision demandée à la Cour », c'est-à-dire sur la base et en conformité des principes et des règles de droit international tenus par la Cour pour applicables » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 13, par. 2).

Ainsi les parties avaient-elles assumé l'obligation conventionnelle de conclure un accord conformément aux principes et règles de droit international tenus pour applicables par la Cour. La Cour a donc donné à sa décision la forme des principes et règles à respecter au cours des négociations projetées (*ibid.*, p. 46, par. 84; voir aussi Prosper Weil, *Perspectives du droit de la délimitation maritime*, 1988, p. 114-123). La Cour n'a pas eu l'occasion de dire ce qu'elle avait déjà déclaré au paragraphe 72 de l'arrêt, c'est-à-dire que dans la pratique les parties étaient libres de convenir de déroger à ces principes et règles. Correctement interprété, l'arrêt rendu dans les affaires de la *Mer du Nord* n'entendait pas établir qu'un accord de délimitation ne pouvait être négocié et conclu que conformément à des principes équitables. Le paragraphe 1 de l'article 74 et le paragraphe 1 de l'article 83 de la convention de 1982 ne sauraient davantage être interprétés en ce sens: la possibilité d'une dérogation consensuelle subsiste toujours.

Dans ces conditions, si les principes équitables ne s'appliquent pas obligatoirement à la conclusion d'un accord de délimitation, cela pourra entrer en ligne de compte quand on recherchera, à la section suivante, dans quelle mesure l'applicabilité de la méthode de la ligne médiane en vertu de la convention de 1958 dépend de tels principes, plutôt que de l'absence d'accord et de circonstances spéciales.

ix) *Ne serait-ce que marginalement, la convention de 1958 envisage une utilisation plus large de la méthode de l'équidistance que le droit international coutumier*

Nul doute que l'idée générale qui a inspiré la rédaction de la convention de 1958 était qu'il était souhaitable d'aboutir à un résultat équitable dans tous les cas. Il importe toutefois de distinguer l'idée qui a inspiré une disposition de la manière dont cette disposition cherche à donner effet à l'idée. Dans la première affaire relative à la *Convention sur le génocide*, la Cour a écrit:

«La considération des fins supérieures de la convention est, en vertu de la volonté commune des Parties, le fondement et la mesure de

provisions.” (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, I.C.J. Reports 1951*, p. 23; emphasis added.)

Thus, the inspiring ideals provide “the foundation and measure” of the provisions of the Convention; but they do so only “by virtue of the common will of the parties”, and that will is of course expressed in the relevant provisions of the Convention. The ideals may, indeed, explain the provisions; but they do not exert an independent force from outside of the provisions as if the provisions simply did not exist. In this case, in the absence of both agreement and special circumstances, the particular provision itself regards the equidistance line as the appropriate method of achieving an equitable solution. Professor Jaenicke put it well when he submitted to the Chamber in the *Gulf of Maine* case —

“that Article 6 presumes that the equidistance method yields an equitable result as long as no special circumstances are apparent which might cast doubt on the equitableness of such a boundary” (*I.C.J. Pleadings, Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, Vol. VII, p. 51).

That is correct. In the absence of an agreement and special circumstances, the parties have, through the Convention, already agreed that an equidistance line would be equitable, and it is their agreement as to what is equitable which matters. It is the duty of the Court to keep faith with the will of the parties as so expressed and not to substitute its own conception of what would be an equitable solution in such conditions. It helps to temper any disposition to make such a substitution to bear in mind that, as a matter of general jurisprudence, an indeterminate legal concept (such as, I think, is that of an equitable solution)

“does not usually lead compellingly to any one decision in a concrete case, but rather allows a wide range for variable judgment in interpretation and application, approaching compulsion only at the limits of the range” (Julius Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, 1964, p. 264).

In some circumstances, equity can be satisfied in different ways. Certainly, an equitable solution in a given situation may result just as well from the use of one method as from the use of another. In the words of Paul Jean-Marie Reuter:

“Si pour reprendre le *dictum* de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord* (par. 93) ‘il n’y a pas de limites juridiques aux considérations que les États peuvent examiner afin de s’assurer qu’ils vont appliquer des procédés équitables’, il n’y en a pas non plus aux combinaisons techniques que l’on peut mettre en œuvre pour réaliser une délimitation équitable.”

toutes les dispositions qu'elle renferme.» (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, C.I.J. Recueil 1951*, p. 23; les italiques sont de moi.)

Les idéaux constituant l'inspiration sont donc «le fondement et la mesure» des dispositions de la convention; mais ils ne le font qu'«en vertu de la volonté commune des Parties» et cette volonté s'exprime évidemment dans les dispositions pertinentes de la convention. Les idéaux peuvent certes expliquer les dispositions, mais ils n'exercent pas une force indépendante extérieure aux dispositions comme si celles-ci n'existaient tout simplement pas. Dans la présente affaire, en l'absence à la fois d'accord et de circonstances spéciales, la disposition dont il s'agit envisage elle-même la ligne d'équidistance comme la méthode appropriée pour aboutir à un résultat équitable. M. Jaenicke l'a bien exprimé quand il a fait valoir devant la Chambre en l'affaire du *Golfe du Maine*:

« que l'article 6 présume que la méthode de l'équidistance aboutit à un résultat équitable tant qu'il n'existe pas de circonstances spéciales manifestes pouvant faire douter du caractère équitable de la frontière ainsi obtenue » (*C.I.J. Mémoires, Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine*, vol. VII, p. 51).

Cela est exact. A défaut d'accord et de circonstances spéciales, les parties ont déjà convenu, par l'intermédiaire de la convention, qu'une ligne d'équidistance serait équitable et c'est leur accord quant à ce qui est équitable qui compte. La Cour a le devoir de rester fidèle à la volonté ainsi exprimée par les parties et de ne pas lui substituer sa propre conception de ce qui serait une solution équitable en l'occurrence. Il est plus facile de modérer toute tendance à effectuer une telle substitution quand on se souvient que, selon la jurisprudence générale, un concept juridique indéterminé (tel est bien, je pense, celui d'une solution équitable)

« n'a pas d'ordinaire pour effet d'aboutir de façon contraignante à une certaine décision dans une affaire déterminée, mais réserve plutôt une marge importante pour exercer un jugement variable dans l'interprétation et l'application et ne se rapproche de la contrainte qu'aux confins de cette marge » (*Julius Stone, Legal System and Lawyers' Reasonings*, 1964, p. 264).

Dans certaines circonstances, l'équité peut être satisfaite de diverses manières. Dans une situation donnée, une solution équitable peut assurément aussi bien résulter de l'emploi de telle méthode que de telle autre. Selon les termes de Paul Reuter :

« Si pour reprendre le *dictum* de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord* (par. 93) « il n'y a pas de limites juridiques aux considérations que les Etats peuvent examiner afin de s'assurer qu'ils vont appliquer des procédés équitables », il n'y en a pas non plus aux combinaisons techniques que l'on peut mettre en œuvre pour réaliser une délimitation équitable. »

(Paul Jean-Marie Reuter, "Une ligne unique de délimitation des espaces maritimes?", in *Mélanges Georges Perrin*, 1984, p. 265. And see, *ibid.*, p. 266.)

Thus an equitable delimitation could be produced by recourse to different technical methods or combinations of methods. More to the point, the circumstances of some cases may conceivably admit of more than one equitable line (see Sir Robert Jennings, "The Principles Governing Marine Boundaries", *op. cit.*, p. 402). The median line may well be just as equitable as some other line. It is not in such a case that the median line is excluded; it is excluded only where the *special* circumstances *justify* some other boundary in the sense of demonstrating that the median line would in those particular circumstances be productive of injustice, as indeed is evident from the *travaux préparatoires* of the International Law Commission and the 1958 Geneva Conference. On the other hand, a particular non-equidistance line is "justified" (not "*appropriate*") only if in the circumstances of the case justice can be done only by that line and not by an equidistance line. In the absence of such circumstances, the median line *is* the boundary.

An obvious problem is of course that the provision neither defines "special circumstances" nor lays down any criteria for identifying what is the "boundary line" which "*is justified*" by particular special circumstances. This being so, the scope of the concept of "special circumstances" and its precise relationship with the rule relating to equidistance must be sought in some higher criterion implicit in the provision as controlling the relationship between its two parts. Why? Because, to turn for the last time to the argument of Professor Jaenicke:

"If a legal provision such as Article 6, paragraph 2, contains a rule and at the same time provides for an exception to this rule under the general notion of special circumstances, there must necessarily be some higher standard for judging whether the rule or the exception applies." (*I.C.J. Pleadings, North Sea Continental Shelf*, Vol. II, p. 178.)

In the case of Article 6, it is reasonable to locate the co-ordinating higher standard in equitable principles as understood in international law.

This approach rejoins the generally accepted view that equity is the overall controlling factor, both for the use of the equidistance method and for the use of some other possible method. But there is this difference, that some sense is sought to be given to the specific reference to the equidistance method, in so far as the use of this method is retained as obligatory in a situation in which an equitable solution may conceivably be offered either by the use of that method or by the use of some other (including a modification of the equidistance method). If this margin in favour of equidistance is excluded, it becomes difficult to explain the need for the specific reference to that method; for, excluding that margin, the provision,

(Paul Jean-Marie Reuter, « Une ligne unique de délimitation des espaces maritimes ? », dans *Mélanges Georges Perrin*, 1984, p. 265 ; voir aussi *ibid.*, p. 266.)

Il est donc possible de recourir à différentes méthodes ou combinaisons de méthodes techniques pour aboutir à une délimitation équitable. Qui plus est, il peut advenir que les circonstances, dans certaines affaires, autorisent plus d'une ligne équitable (voir sir Robert Jennings, « The Principles Governing Marine Boundaries », *op. cit.*, p. 402). Il se peut fort bien que la ligne médiane soit tout aussi équitable que quelque autre ligne. Ce n'est pas en pareil cas que la ligne médiane est exclue : elle n'est exclue que si les circonstances *spéciales justifient* une autre délimitation en ce sens qu'il est démontré que, dans la situation dont il s'agit, la ligne médiane aboutirait à une injustice, comme cela ressort d'ailleurs des travaux préparatoires de la Commission du droit international et de la conférence de Genève de 1958. D'un autre côté, une ligne de non-équidistance déterminée n'est « justifiée » (non pas « appropriée ») que si, compte tenu des circonstances de l'affaire, seule cette ligne et non pas la ligne d'équidistance permet de faire justice. A défaut de telles circonstances, la ligne médiane *est* la délimitation.

Un problème qui se pose à l'évidence est que la disposition ne définit pas les « circonstances spéciales », ni n'indique de critère pour déterminer quelle est la « délimitation » que « justifie » les circonstances spéciales de l'espèce. Il faut donc chercher la portée du concept de « circonstances spéciales » et son rapport exact avec la règle relative à l'équidistance dans quelque critère supérieur implicite dans ladite disposition et qui régisse les relations entre ses deux éléments. Pourquoi ? Parce que, pour utiliser une dernière fois l'argument de M. Jaenicke :

« Si une disposition légale telle que l'article 6, paragraphe 2, contient une règle mais prévoit concurremment une exception à cette règle au titre de la notion générale de circonstances spéciales, il doit nécessairement exister une norme supérieure permettant de décider si c'est la règle ou l'exception qui s'applique. » (*C.I.J. Mémoires, Plateau continental de la mer du Nord*, vol. II, p. 178.)

Dans le cas de l'article 6, il est raisonnable de situer le critère supérieur de coordination parmi les principes équitables au sens du droit international.

Cette approche rejoint le point de vue généralement admis selon lequel l'équité est le facteur d'ensemble déterminant en ce qui concerne l'emploi tant de la méthode de l'équidistance que d'une autre méthode possible. Il y a pourtant une différence : on s'efforce de donner un sens à la mention expresse de la méthode de l'équidistance dans la mesure où on retient cette méthode comme obligatoire au cas où il semble possible d'aboutir à un résultat équitable soit en l'utilisant, soit en se servant de quelque autre méthode (y compris une modification de la méthode de l'équidistance). Si cette marge en faveur de l'équidistance est exclue, il devient difficile d'expliquer la nécessité de la mention expresse de cette méthode ; en effet,

as argued above, might have been more simply worded to say that, in the absence of agreement, the boundary shall in all cases be that required by equitable principles, taking account of the relevant circumstances. On this formula, no specific method being singled out, equidistance would rank (as received doctrine has it) equally with all other methods, the choice among them being made in all cases by the application of equitable principles, taking account of the relevant circumstances.

It is conceded that in practice the 1958 conventional rule and the rule of customary international law would tend in large measure to produce similar results. But, however that may be, it does appear to me that there is a distinction, and that it is more than one of mere nuance, between treating equitable principles as operating to produce an equitable delimitation through the rule and exception structure of the equidistance-special circumstances provision, and treating equitable principles as directly acting on the relevant circumstances of each case to produce an equitable delimitation.

(x) *However Impromptu Might Have Been the Tabling of the Equidistance Idea in 1953, It Was Maturely Considered Before Being Finally Adopted in 1958*

Over the years emphasis has been placed on the fact that the International Law Commission had before it several possible methods of delimitation of the continental shelf, and on the following remark by the Court in the *North Sea* cases:

“In this almost impromptu, and certainly contingent manner was the principle of equidistance for the delimitation of continental shelf boundaries propounded.” (*I.C.J. Reports 1969*, p. 35, para. 53.)

The 1953 Committee of Experts, by which the principle of equidistance was so “propounded”, was concerned primarily with the delimitation of the territorial sea. It stated that equidistance was equally applicable to the delimitation of the continental shelf. According to the International Law Commission’s Special Rapporteur, Professor François, the Committee of Experts, in so stating, “had confirmed the Commission’s preliminary view that the technique of the median line could be adopted for States whose coasts faced each other . . .” (*Yearbook of the International Law Commission*, 1953, Vol. I, p. 106, para. 39). So, from the beginning the International Law Commission was involved in the thinking concerning the applicability of equidistance to the delimitation of the continental shelf, at least as between opposite coasts. In paragraph 162 of his Second Report on the High Seas of 10 April 1951, Professor François had himself submitted to the Commission nine draft articles on the continental shelf as a basis of discussion. Draft Article 9 read:

sans une telle marge, comme indiqué plus haut, il aurait été plus simple de libeller la disposition de manière à stipuler que, à défaut d'accord, la délimitation doit être dans tous les cas celle qu'exigent des principes équitables compte tenu des circonstances pertinentes. Avec cette formule, aucune méthode déterminée n'étant nommément mentionnée, l'équidistance aurait la même valeur que toutes les autres méthodes (comme l'estime la doctrine admise), le choix entre elles devant dans tous les cas se faire en appliquant des principes équitables compte tenu des circonstances pertinentes.

Il est vrai que, dans la pratique, la règle conventionnelle de 1958 et la règle de droit coutumier tendraient, dans une large mesure, à aboutir à des résultats semblables. Quoi qu'il en soit, j'estime qu'il y a une distinction et plus qu'une simple nuance entre le fait de considérer les principes équitables comme aboutissant à une délimitation équitable par l'intermédiaire de la structure « règle-exception » de la disposition « équidistance-circonstances spéciales » et celui de dire que les principes équitables influent directement sur les circonstances pertinentes de chaque affaire de manière à aboutir à une délimitation équitable.

x) *Bien que présentée de manière improvisée en 1953, l'idée de l'équidistance a été mûrement réfléchie avant d'être finalement adoptée en 1958*

Au cours des années, on a insisté sur le fait que la Commission du droit international avait été saisie de plusieurs méthodes possibles de délimitation du plateau continental, ainsi que sur l'observation suivante de la Cour dans les affaires de la *Mer du Nord* :

« C'est de cette manière presque improvisée et purement contingente que le principe de l'équidistance a été envisagé pour la délimitation du plateau continental. » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 35, par. 53.)

Le comité d'experts de 1953, qui a ainsi « envisagé » le principe de l'équidistance, se préoccupait avant tout de la délimitation de la mer territoriale. Il a déclaré que l'équidistance s'appliquait également à la délimitation du plateau continental. Selon le rapporteur spécial de la Commission du droit international, M. François, le comité d'experts, ce faisant, « a confirmé l'opinion préliminaire de la Commission selon laquelle le principe de la ligne médiane pouvait être adopté pour les Etats dont les côtes se font face... » (A/CN.4/SR.201, p. 10, par. 39). Ainsi la Commission du droit international s'est-elle trouvée d'emblée amenée à réfléchir sur l'applicabilité de l'équidistance à la délimitation du plateau continental, du moins dans le cas des côtes qui se font face. Au paragraphe 162 de son deuxième rapport sur la haute mer du 10 avril 1951, M. François avait lui-même proposé à la Commission neuf projets d'articles sur le plateau continental comme bases de discussion. Le projet d'article 9 était ainsi libellé :

“Si deux ou plusieurs Etats sont intéressés au même plateau continental en dehors des eaux territoriales, les limites de la partie du plateau de chacun d’eux seront fixées de commun accord entre les Parties. Faute d’accord, la démarcation entre les plateaux continentaux de deux Etats voisins sera constituée par la prolongation de la ligne séparant les eaux territoriales, et la démarcation entre les plateaux continentaux de deux Etats séparés par la mer sera constituée par la ligne médiane entre les deux côtes.” (*Yearbook of the International Law Commission*, 1951, Vol. II, p. 102.)

A footnote to this provision added:

“Comme ligne de démarcation entre le plateau continental commun à deux Etats séparés par la mer, on pourrait adopter, par analogie à la ligne de démarcation entre les eaux territoriales dans les détroits, la ligne médiane entre les deux côtes. Le cas échéant, les Etats intéressés pourraient, d’un commun accord, délimiter les plateaux continentaux d’une manière différente.” (*Ibid.*, p. 103. And see the discussion in *ibid.*, Vol. I, pp. 285-287, 411.)

Thus the idea of the median line was being considered as early as 1951.

The discussions on the subject in the Commission in 1953, after the submission of the recommendations of the Committee of Experts, were adjourned for five days for the purpose of allowing time for consideration (*Yearbook of the International Law Commission*, 1953, Vol. I, pp. 108 and 125). It was only after further discussions that the text was adopted (*ibid.*, p. 134, para. 51. For the text, see *ibid.*, Vol. II, p. 213). Not a long period of adjournment, it may be said. But then, three years later, the text was again discussed in the Commission (*Yearbook of the International Law Commission*, 1956, Vol. I, pp. 151-153, 277).

Besides, it could not be said that the adoption of the substance of the International Law Commission’s text at the Geneva Conference in 1958, following on a debate at the eleventh session of the United Nations General Assembly¹, was the result of an impromptu response by the Conference to a new text suddenly presented: it seems clear that the text was the subject of careful study by well-prepared jurists in 1958 and that opportunity had been given to Governments to be consulted in preceding intervals. “The scale and thoroughness of this process” was rightly noticed by Vice-President Koretsky (*North Sea, I.C.J. Reports 1969*, p. 156, dissenting opinion. And see *I.C.J. Pleadings, Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, Vol. II, pp. 78-79, paras. 203-204; and *Official*

¹ *Official Records of the General Assembly, Eleventh Session, Plenary Meetings*, Vol. II, 658th meeting, 21 February 1957, pp. 1181 ff.

« Si deux ou plusieurs Etats sont intéressés au même plateau continental en dehors des eaux territoriales, les limites de la partie du plateau de chacun d'eux seront fixées de commun accord entre les Parties. Faute d'accord, la démarcation entre les plateaux continentaux de deux Etats voisins sera constituée par la prolongation de la ligne séparant les eaux territoriales, et la démarcation entre les plateaux continentaux de deux Etats séparés par la mer sera constituée par la ligne médiane entre les deux côtes. » (*Yearbook of the International Law Commission*, 1951, vol. II, p. 102.)

Une note jointe à cette disposition ajoutait :

« Comme ligne de démarcation entre le plateau continental commun à deux Etats séparés par la mer, on pourrait adopter, par analogie à la ligne de démarcation entre les eaux territoriales dans les détroits, la ligne médiane entre les deux côtes. Le cas échéant, les Etats intéressés pourraient, d'un commun accord, délimiter les plateaux continentaux d'une manière différente. » (*Ibid.*, p. 103. Voir aussi la discussion dans A/CN.4/SR.115, p. 15-24, et A/CN.4/SR.131, p. 17-19.)

Ainsi l'idée de la ligne médiane a-t-elle été envisagée dès 1951.

Après que le comité d'experts eut présenté ses recommandations en 1953, la Commission a suspendu ses débats à ce sujet pendant cinq jours pour se donner le temps d'y réfléchir (A/CN.4/SR.201, p. 13-16, et A/CN.4/SR.204, p. 2-5). Le texte n'a été adopté qu'après de nouvelles discussions (A/CN.4/SR.205, p. 12, par. 51. Pour le texte voir Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, huitième session, supplément n° 8* (A/2456), p. 13, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquième session du 1^{er} juin au 14 août 1953 »). Cette suspension, soit dit en passant, n'avait pas été longue. Cependant, trois ans plus tard, le texte a fait l'objet de nouvelles discussions à la Commission (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1956, vol. I, p. 148-151, 298-299).

De plus, on ne peut pas dire que l'adoption du fond du texte de la Commission du droit international à la conférence de Genève de 1958, à la suite d'un débat à la onzième session de l'Assemblée générale des Nations Unies¹, ait été le résultat d'une réaction improvisée de la conférence devant un nouveau texte présenté à l'improviste : il paraît clair que le texte a fait l'objet d'une étude approfondie de la part de juristes bien préparés en 1958 et que les gouvernements avaient eu la possibilité d'être consultés auparavant pendant les intervalles. « L'envergure et la méticulosité... [de] ce processus » ont à juste titre été relevées par M. Koretsky, Vice-Président (*Mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 156, opinion dissidente; voir aussi *C.I.J. Mémoires, Délimitation de la frontière maritime dans la région*

¹ Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, onzième session, séances plénières*, 658^e séance, 21 février 1957, vol. II, p. 1181 et suiv.

Records of the United Nations Conference on the Law of the Sea, Vol. VI, Fourth Committee, Geneva, 24 February-27 April 1958, pp. 9 ff., *passim*, and 91-98). The need for flexibility in the working of the provision was recognized and, indeed, emphasized (*Official Records of the United Nations Conference on the Law of the Sea*, Vol. VI, *op. cit.*, p. 22, para. 35, Tunisia); but nothing said suggests that the equidistance method was not intended to play the ultimate concrete normative role *ex facie* assigned to it by the terms of the provision.

The triad — agreement, equidistance, special circumstances — appeared in the draft adopted by the International Law Commission on 30 June 1953. They remained on the table until they emerged in the final text in 1958. Textual alterations were made in the interval, but suggestions that these profoundly affected the essential original relationship of the three elements of the triad are not borne out (cf. *Contre-mémoire présenté par le Gouvernement de la République française*, in the *Anglo/French Arbitration*, July 1976, Vol. 1, p. 49, para. 125).

Whatever might have been the circumstances in which the equidistance proposal came before the Commission in 1953, there was nothing rushed in the consideration which it received from then on until its final adoption five years later in 1958. To assume the opposite is to invite the supposition that, had the framers of the provision acted with greater deliberation, they would have employed materially different language. This sort of reflection, if engaged in by a court, imports a risk of its taking a corresponding view that its task is to give effect not to the language used, but to language which, in the court's opinion, should have been used in order to express an idea which the framers of the provision did not in fact have in mind, but which the court thinks they would have had in mind had they acted with greater deliberation. It is scarcely necessary to say that this is not an admissible method of interpretation (see Judge Lachs's comment in the *North Sea cases*, *I.C.J. Reports 1969*, pp. 221-222).

(xi) *Scholarly Opinion*

I shall add a brief reference to scholarly opinion. Without attempting a survey, I have the impression that many writers would share the view expressed by Professor Bowett, when, but for decisional authority, he considered that the correct situation was as follows:

“The legislative history of Article 6 suggests that ‘special circumstances’ operate as an exception to the general rule and not as an independent principle of equal validity. As the I.L.C. stated:

du golfe du Maine, vol. II, p. 78-79, par. 203-204, et *Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. VI, quatrième commission, Genève, 24 février-27 avril 1958, p. 9 et suiv., *passim*, et p. 91-98). La nécessité de faire preuve de souplesse dans la mise en œuvre de cette disposition a été reconnue, et même soulignée (*Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. VI, *op. cit.*, p. 22, par. 35, Tunisie); mais rien de ce qui a été dit ne donne lieu de penser que la méthode de l'équidistance n'ait pas été destinée à jouer concrètement le rôle normatif ultime que paraissaient lui attribuer les termes de la disposition.

La trilogie accord, équidistance et circonstances spéciales est apparue dans le projet adopté par la Commission du droit international le 30 juin 1953. Elle est restée sur la table jusqu'au moment où elle a été reflétée dans le texte final en 1958. Dans l'intervalle, des modifications ont été apportées au texte, mais rien ne confirme que, comme il a été dit, celles-ci aient profondément modifié les rapports essentiels initiaux entre les trois éléments de la trilogie (cf. contre-mémoire présenté par le Gouvernement de la République française dans l'*Arbitrage franco-britannique*, juillet 1976, vol. 1, p. 49, par. 125).

Quelles qu'aient pu être les circonstances dans lesquelles l'équidistance a pu être proposée à la Commission en 1953, l'examen dont elle a fait l'objet à partir de ce moment-là et jusqu'à son adoption finale cinq années plus tard, en 1958, n'a rien eu de précipité. Supposer le contraire, c'est inciter à dire que si les rédacteurs de la disposition avaient agi de façon plus réfléchie, ils auraient employé des termes sensiblement différents. Quand une juridiction s'engage dans des réflexions de ce genre, elle risque d'estimer, dans la même perspective, qu'elle a pour tâche de donner effet non aux termes utilisés, mais aux termes qui, selon elle, auraient dû l'être pour exprimer une idée que les rédacteurs de la disposition n'avaient pas en fait présente à l'esprit, mais à laquelle, de l'avis de la Cour, ils auraient dû songer s'ils avaient plus délibéré avant d'agir. Ce n'est pas là, il est à peine besoin de le dire, une méthode d'interprétation acceptable (voir l'observation de M. Lachs dans les affaires de la *Mer du Nord*, *C.I.J. Recueil* 1969, p. 221-222).

xi) *La doctrine*

J'ajouterai une brève mention de la doctrine. Sans entreprendre un examen d'ensemble, j'ai l'impression que nombre d'auteurs partageraient l'avis qu'a exprimé M. Bowett, lequel, sans évidemment avoir l'autorité du juge, a considéré que la situation était la suivante :

« Il ressort des travaux préparatoires de l'article 6 que les « circonstances spéciales » opèrent en tant qu'exception à la règle générale et non en tant que principe indépendant de même valeur. Comme l'a déclaré la Commission du droit international :

‘. . . 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’.

Indeed, one might have thought that it could scarcely be otherwise, for if ‘special circumstances’ stood on an equal footing with the median/equidistance line rule, there would in effect be no rule to fall back on in the event of disagreement, and this the parties to the 1958 Convention clearly did not intend. On this view it would have followed from this relationship of rule to exception that the rule applies *unless* a party can discharge the dual onus of proving

- (a) that ‘special circumstances’ exist, within the meaning of Article 6, and
- (b) that these ‘justify’ another boundary.” (Derek Bowett, *The Legal Regime of Islands in International Law*, 1979, pp. 149-150. Footnote omitted.)

There is no question here of what Henri Rolin referred to, deprecatingly, as “l’attrait de cette entreprise” of contradicting an advocate with his academic writings (*I.C.J. Pleadings, Right of Passage over Indian Territory*, Vol. V, p. 187). For Professor Bowett did also state that

“it cannot now be argued (if the Court [of Arbitration] is right) that equidistance applies *unless* a party can show that there exist special circumstances of rather limited character” (Bowett, *op. cit.*, p. 151).

The matter of importance in this Court is his caveat, “if the Court [of Arbitration] is right”. Was it? I am not persuaded that it was.

(xii) Conclusion

Equidistance *per se* is certainly a geometric method and not a legal principle; but in the collocation in which it occurs, in the form of the median line, in Article 6, paragraph 1, of the 1958 Convention, it undoubtedly forms part of a rule of law to the effect that, subject to two conditions, namely, the absence of agreement and the non-existence of special circumstances, the boundary is the median line. To say that equidistance is applicable only where equitable principles as applied to the relevant circumstances indicate it as the most suitable method among other possible methods for achieving an equitable delimitation is to impose a condition for its application in addition to the two which have in fact been prescribed by the provision itself. “To impose an additional condition . . . would be equivalent, not to interpreting the [Convention], but to reconstructing it.” (*Acquisition of Polish Nationality, P.C.I.J., Series B, No. 7, p. 20*. And see Judge Read, dissenting, in the

« si ... 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 ».

L'on aurait d'ailleurs pu penser qu'il ne pouvait guère en aller autrement, car si les « circonstances spéciales » étaient à mettre sur le même pied que la règle ligne médiane d'équidistance, il n'y aurait aucune règle sur laquelle se replier en cas de désaccord et telle n'était manifestement pas l'intention des parties à la convention de 1958. En pareil cas, il serait résulté de ce rapport entre la règle et l'exception que la règle s'applique *sauf* à l'une des parties de rapporter cette double preuve :

- a) il existe des « circonstances spéciales » au sens de l'article 6, et
- b) elles « justifient » une autre délimitation. » (Derek Bowett, *The Legal Regime of Islands in International Law*, 1979, p. 149-150, note omise.)

Il n'est pas ici question de céder à ce qu'Henri Rolin appelait péjorativement « l'attrait de cette entreprise », à savoir opposer à l'avocat ses écrits de chercheur (*C.I.J. Mémoires, Droit de passage en territoire indien*, vol. V, p. 187). En effet, M. Bowett a aussi déclaré que :

« l'on ne saurait maintenant soutenir (si le tribunal [arbitral] a raison) que l'équidistance s'applique *sauf si* une partie peut établir l'existence de circonstances spéciales d'une nature plutôt limitée » (Bowett, *op. cit.*, p. 151).

Ce qui importe, pour la Cour, c'est sa mise en garde : « si le tribunal [arbitral] a raison ». A-t-il eu raison ? Je n'en suis pas persuadé.

xii) Conclusion

L'équidistance en soi est certainement une méthode géométrique et non un principe de droit ; toutefois, dans le contexte où elle se présente, sous la forme de la ligne médiane, au paragraphe 1 de l'article 6 de la convention de 1958, elle fait indubitablement partie d'une règle de droit à l'effet que, sous réserve de deux conditions, c'est-à-dire l'absence d'accord et l'inexistence de circonstances spéciales, la délimitation est constituée par la ligne médiane. Dire que l'équidistance ne s'applique que s'il ressort des principes équitables appliqués aux circonstances pertinentes qu'elle constitue, parmi d'autres méthodes possibles, la mieux appropriée pour aboutir à une délimitation équitable, c'est subordonner son application à deux conditions supplémentaires outre les deux qui sont en fait imposées par la disposition elle-même. « Imposer ... une condition supplémentaire ... ce ne serait plus interpréter [ce] traité, ce serait le refaire. » (*Acquisition de la nationalité polonaise, C.P.J.I. série B n° 7*, p. 20 ;

Interpretation of Peace Treaties case, *I.C.J. Reports 1950*, p. 246.) However widely the exception relating to special circumstances may be construed, it cannot be read so as to decapitate the clear intendment of the rule that, when the two prescribed conditions are satisfied, the equidistance method automatically and compulsorily applies to define the boundary.

A certain view has imposed itself to shift the equidistance method from the position of distinctiveness plainly assigned to it within the framework of the 1958 provision to a position described by Judge Evensen as one of "relegation . . . to the last rank of practical methods" (*Tunisia/Libya, I.C.J. Reports 1982*, p. 297). To Judge *ad hoc* Valticos, the method has often seemed "la 'mal-aimée'" among delimitation methods (*Libya/Malta, I.C.J. Reports 1985*, p. 106, para. 7). So lowly a position is not justified by the language of the provision. Looking at that language, one might think naturally of Vattel's aphorism, "The first general maxim of interpretation is that it is not permissible to interpret that which does not need interpretation."¹ If the idea behind that maxim has not always been hospitably received², I would yet borrow the words of Judge Winiarski and conclude that "[n]o effort of interpretation could make these clear provisions say what they do not say" (*The Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants, I.C.J. Reports 1958*, p. 133, dissenting opinion).

Towards the end of his distinguished judicial career, Judge Anzilotti remarked,

"[I]n this case, the Court is not confronted with a rule of common international law; it is dealing with a specific and formal provision, Article 3 of the Treaty, which it is required to apply." (*Electricity Company of Sofia and Bulgaria, P.C.I.J., Series A/B, No. 77*, p. 98, dissenting opinion.)

The context was different, but not so different as to exclude the approach. It would serve no useful purpose to purport to be applying the delimitation provision of the 1958 Convention while straining to equate it with the position at general international law. Such an equation would be artificial. Affirmations to the contrary are impressive, but not convincing. In the end, it may not make much practical difference whether there is an equation if, as I think, there are special circumstances within the meaning of the provision. But, at this stage, the question whether there is such an equation does present itself; and the answer I would

¹ E. de Vattel, *Le droit des gens*, Vol. 2, Chap. 17, para. 263, cited by Mr. Basdevant in the *S.S. "Wimbledon"*, *P.C.I.J., Series C, No. 3*, Vol. I, p. 197.

² See *Interpretation of the Convention of 1919 concerning Employment of Women during the Night, P.C.I.J., Series A/B, No. 50*, p. 383, Judge Anzilotti, dissenting.

voir aussi l'opinion dissidente de M. Read dans l'affaire de l'*Interprétation des traités de paix*, C.I.J. Recueil 1950, p. 246.) Même s'il est donné de l'exception relative aux circonstances spéciales l'interprétation la plus large, on ne saurait lui faire décapiter l'intention claire de la règle, c'est-à-dire qu'une fois satisfaites les deux conditions prescrites la méthode de l'équidistance s'applique de façon automatique et obligatoire pour définir la ligne de délimitation.

Une certaine façon de voir s'est imposée qui a privé la méthode de l'équidistance de la place distinctive qui lui était manifestement assignée dans le cadre de la convention de 1958 pour lui donner une position qui consiste, selon les termes de M. Evensen, à la « reléguer ... au dernier rang des méthodes pratiques » (*Tunisie/Libye*, C.I.J. Recueil 1982, p. 297). Pour M. Valticos, juge *ad hoc*, la méthode est souvent apparue comme « la « mal-aimée » parmi les méthodes de délimitation (*Libye/Malte*, C.I.J. Recueil 1985, p. 106, par. 7). Les termes de la disposition ne justifient pas une position aussi inférieure. Ils font naturellement penser à l'aphorisme de Vattel : « La première maxime générale sur l'interprétation est qu'il n'est pas permis d'interpréter ce qui n'a pas besoin d'interprétation. »¹ Si l'idée dont s'inspire cette maxime n'a pas toujours été bien accueillie², je n'emprunterai pas moins les termes dont s'est servi M. Winiarski pour conclure : « Aucun effort d'interprétation ne pourrait faire dire à ces textes clairs autre chose que ce qu'ils disent. » (*Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*, C.I.J. Recueil 1958, p. 133, opinion dissidente.)

Vers la fin de son éminente carrière judiciaire, M. Anzilotti a fait observer ce qui suit :

« ici la Cour n'est pas en présence de la règle de droit international commun ; elle est en présence d'une disposition précise et formelle, l'article 3 du traité, et c'est cette disposition qu'elle doit appliquer » (*Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, C.P.J.I. série A/B n° 77, p. 98, opinion dissidente).

Il s'agissait d'un contexte différent, mais pas assez pour exclure cette approche. Il ne servirait à rien de prétendre appliquer la disposition de la convention de 1958 relative à la délimitation tout en la forçant pour la mettre sur le même pied que la situation en droit international général. Une telle équation serait artificielle. Les affirmations en sens contraire font de l'effet, mais ne sont pas convaincantes. En définitive, la question de savoir s'il existe une équation ne présente peut-être pas beaucoup d'importance dans la pratique dès lors qu'il y a, comme je le pense, des circonstances spéciales au sens de la disposition. A ce stade, cependant, la

¹ E. de Vattel, *Le droit des gens*, vol. 2, chap. 17, par. 263, cité par M. Basdevant dans le *Vapeur Wimbledon*, C.P.J.I. série C n° 3, vol. 1, p. 197.

² Voir *Interprétation de la convention de 1919 concernant le travail de nuit des femmes*, C.P.J.I. série A/B n° 50, p. 383, opinion dissidente de M. Anzilotti.

give is to uphold the submission of Norway to the effect that, absent both agreement and special circumstances, "the boundary is the median line".

PART II. PROPORTIONALITY

The question now is whether the will of the Parties, as expressed in Article 6, paragraph 1, of the 1958 Convention, truly calls for a median line. It can only do so if there are no special circumstances which justify another boundary. Are there any such circumstances? Denmark contends that the disparity in the lengths of the two opposite coasts is such a circumstance. Norway submits that it is not. If Denmark is right, the further question will arise as to what is the boundary which such special circumstances justify. It seems to me that the answers to both questions will turn largely on the issue of proportionality. To this general issue, the subject of debate, I now turn.

(i) *The Broad Evolutionary Perspective*

It would be useful to begin by adverting to some aspects of the broad perspective within which the jurisprudence has been unfolding.

First, the law in this field being in a state of evolution, the danger of over-conceptualization has been rightly pointed out (*North Sea, I.C.J. Reports 1969*, p. 53, para. 100; and *Tunisia/Libya, I.C.J. Reports 1982*, p. 92, para. 132). Not surprisingly, the language in the case-law is not always clear or consistent. It is possible to discern at some stages in the movement of the jurisprudence a shifting discrepancy between recital of known but possibly obsolescent legal propositions and the controlling principle to be extracted from the decision actually made (*Libya/Malta, I.C.J. Reports 1985*, p. 90, para. 37, joint separate opinion of Judges Ruda, Bedjaoui and Jiménez de Aréchaga). The understandable reason for the jurisprudential haze is that, in its effort to reconcile stability with change, the Court accepts change, while tending to retain an attachment to articulations which the change has really left behind. For here too, as Keynes said, "the difficulty lies not in the new ideas, but in escaping from the old ones" (cited in Earl Warren, "Toward a More Active International Court", *Virginia Journal of International Law*, 1971, Vol. 11, p. 295).

Second, there seems to be a danger of overlooking the effect of a delimitation line in settling the question of the extent of the continental shelf to which the litigating parties are entitled in relation to each other. Almost certainly, this above all is what the parties really wish to know; it is the delimitation line which gives them the answer. As observed in the joint separate opinion in the *Libya/Malta* case, "the Court is establishing a line

question de savoir s'il existe une telle équation se pose effectivement, et je répondrai en accueillant la thèse de la Norvège, à savoir qu'à défaut à la fois d'accord et de circonstances spéciales « la délimitation est constituée par la ligne médiane ».

DEUXIÈME PARTIE. LA PROPORTIONNALITÉ

Il convient maintenant de rechercher si la volonté des Parties, telle qu'exprimée au paragraphe 1 de l'article 6 de la convention de 1958, requiert vraiment une ligne médiane. Elle ne le peut que si des circonstances spéciales ne justifient pas une autre délimitation. Y a-t-il de telles circonstances? Le Danemark soutient que la disparité des longueurs des deux côtes qui se font face constitue une circonstance de ce genre. La Norvège soutient que tel n'est pas le cas. Si le Danemark a raison, il faudra se demander aussi quelle délimitation de telles circonstances spéciales justifient. A mon avis, les réponses à ces deux questions dépendront en grande partie de la question de la proportionnalité. Je passerai donc à cette question générale, qui est controversée.

i) *La perspective évolutionniste dans son ensemble*

Il serait utile de commencer en centrant l'attention sur certains aspects de la perspective d'ensemble dans laquelle la jurisprudence s'est développée.

Premièrement, puisqu'en ce domaine le droit est en état d'évolution, le danger de trop conceptualiser a été signalé à juste titre (*Mer du Nord*, C.I.J. Recueil 1969, p. 53, par. 100, et *Tunisie/Libye*, C.I.J. Recueil 1982, p. 92, par. 132). Les termes utilisés dans la jurisprudence — il ne faut pas s'en étonner — ne sont pas toujours clairs ou cohérents. A divers moments du mouvement de la jurisprudence, il peut être discerné un écart changeant entre l'énoncé de propositions juridiques connues mais peut-être dépassées et le principe déterminant qu'il convient d'extraire de la décision effectivement rendue (*Libye/Malte*, C.I.J. Recueil 1985, p. 90, par. 37, opinion conjointe de MM. Ruda, Bedjaoui et Jiménez de Aréchaga). Le flou de la jurisprudence s'explique par une raison compréhensible: dans ses efforts pour concilier stabilité et changement, la Cour accepte le changement, tout en tendant à rester attachée à des structures qu'en fait ce changement a dépassées. Car ici encore, comme l'a dit Keynes, « la difficulté ne tient pas aux idées nouvelles, elle consiste à échapper aux anciennes » (cité dans Earl Warren, « Toward a More Active International Court », *Virginia Journal of International Law*, 1971, vol. 11, p. 295).

Deuxièmement, il paraît exister le risque de méconnaître l'effet d'une ligne de délimitation quand il s'agit de régler la question de l'étendue du plateau continental auquel les parties en litige ont droit dans leurs rapports mutuels. Là réside, on peut en être presque sûr, ce que les parties veulent vraiment savoir plus que tout; c'est la ligne de délimitation qui leur donne la réponse. Comme il a été observé dans l'opinion conjointe en

which will determine the areas which 'appertain' to each of the Parties" (*I.C.J. Reports 1985*, p. 92, para. 40). This effect of a delimitation decision in determining what are the areas appertaining to each of the parties is apt to be obscured by the tendency of the jurisprudence to dwell on the principle that the continental shelf appertains to a coastal State *ipso jure*, and that, accordingly, the object of a delimitation is not to apportion the continental shelf (considered as an undivided common pool) in separate shares among the interested coastal States, but simply to determine what is the line separating areas of the shelf which already appertain to each of them individually (*North Sea, I.C.J. Reports 1969*, p. 22, para. 20; and see p. 188, Judge Tanaka, dissenting, and p. 199, Judge Morelli, dissenting).

But, in the words of Judge Mbaye, "it is not feasible artificially to separate the right to an area of continental shelf from the rules for delimiting [the] shelf" (*Libya/Malta, I.C.J. Reports 1985*, p. 96, separate opinion). True, the questions of entitlement and delimitation are "distinct". But, as the Court remarked, that they "are also complementary is self-evident. The legal basis of that which is to be delimited, and of entitlement to it, cannot be other than pertinent to that delimitation." (*Ibid.*, p. 30, para. 27. And see *ibid.*, pp. 33-34, para. 34.) If the necessary jurisdiction exists, there would be nothing to prevent a State from seeking a declaration of its entitlement, were this to be challenged by another State. The occasion may not often arise, but it could, as where there is a dispute as to whether the territory in question is for any reason incapable of generating a continental shelf of its own. A dispute of that kind was presented in the *Aegean Sea Continental Shelf* case, in which Turkey took the position that "the Greek Islands situated very close to the Turkish coast do not possess a [continental] shelf of their own" (*I.C.J. Reports 1978*, p. 8, para. 16); and naturally the Application by Greece did include a claim for a declaration of entitlement (*ibid.*, p. 6, para. 12, item (i) of Greece's Application). More usually, however, what a coastal State may wish to ascertain is what is the precise extent of its entitlement in relation to an adjacent or opposite State; it is a decision as to delimitation which settles the point.

Thus, the theory of the law (correct in itself) that separate continental shelf areas already appertain to each coastal State should not be allowed to foster the illusion that the determination of a delimitation line is not *uno flatu* an effective declaration of the actual extent of the area to which each State is entitled vis-à-vis the other. The Court in 1969 did not make this mistake. It accepted that a delimitation line does define areas of entitlement when it said:

"Evidently any dispute about boundaries must involve that there is a disputed marginal or fringe area, to which both parties are laying

l'affaire *Libye/Malte*, « la Cour a défini une ligne déterminant les zones « relevant » de chacune des Parties » (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 92, par. 40). Cet effet de la décision de délimitation, qui consiste à déterminer quelles sont les zones qui relèvent de chacune des parties, risque d'être dissimulé par la tendance de la jurisprudence à s'arrêter sur le principe selon lequel le plateau continental relève de l'Etat côtier de plein droit, et que la délimitation n'a donc pas pour objet de répartir le plateau continental (envisagé comme un fonds commun indivis) en parts distinctes entre les Etats côtiers intéressés, mais simplement de déterminer quelles lignes séparent les zones du plateau qui relèvent déjà de chacun d'eux à titre individuel (*Mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 22, par. 20; voir aussi p. 188, opinion dissidente de M. Tanaka, et p. 199, opinion dissidente de M. Morelli).

Cependant, pour reprendre les termes de M. Mbaye, « on ne peut ... pas artificiellement séparer le droit à une zone de plateau continental des règles de délimitation de ce plateau » (*Libye/Malte, C.I.J. Recueil 1985*, p. 96, opinion individuelle). Il est vrai que les questions du titre et de la délimitation sont « distinctes ». Mais, comme la Cour l'a fait observer, qu'elles « soient ... en outre complémentaires est une vérité d'évidence. La base juridique de ce qui est à délimiter et du titre correspondant ne saurait être sans rapport avec la délimitation. » (*Ibid.*, p. 30, par. 27; voir aussi *ibid.*, p. 33-34, par. 34.) Si la compétence nécessaire existe, rien n'empêche un Etat de chercher à faire déclarer son titre au cas où un autre Etat viendrait à le contester. Peut-être la question ne se pose-t-elle pas souvent, mais elle peut surgir, par exemple quand il y a un différend sur le point de savoir si le territoire dont il s'agit est pour une raison quelconque incapable de générer un plateau continental propre. Un différend de ce genre a été présenté dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée*, où la Turquie a soutenu que « les îles grecques situées tout près de la côte turque ne possèdent pas de plateau [continental] propre » (*C.I.J. Recueil 1978*, p. 8, par. 16); et naturellement la requête de la Grèce contenait bien une demande tendant à faire déclarer son titre (*ibid.*, p. 6, par. 12, point i), de la requête de la Grèce). Toutefois, dans le cas le plus fréquent, ce que l'Etat côtier souhaite établir, c'est l'étendue précise de son titre par rapport à un Etat adjacent qui lui fait face; c'est une décision de délimitation qui tranche à ce sujet.

Ainsi ne faut-il pas laisser la théorie juridique (correcte par elle-même) selon laquelle les différentes zones de plateau continental relèvent déjà de chaque Etat côtier entretenir l'illusion que la détermination d'une ligne de délimitation ne constitue pas du même coup une déclaration effective de l'étendue réelle de la zone à laquelle chaque Etat a droit vis-à-vis de l'autre. La Cour n'a pas commis cette erreur en 1969. Elle a admis qu'une ligne de délimitation détermine effectivement les zones sur lesquelles les Etats intéressés ont un titre quand elle a déclaré :

« Il est évident qu'un différend sur des limites implique nécessairement l'existence d'une zone marginale litigieuse réclamée par les

claim, so that any delimitation of it which does not leave it wholly to one of the parties will in practice divide it between them in certain shares, or operate as if such a division had been made." (*I.C.J. Reports 1969*, p. 22, para. 20.)

It is true, as the Court observed, that under Article 2 of the 1958 Convention the coastal State's rights in the continental shelf are "exclusive", but, as it added,

"this says nothing as to what in fact are the precise areas in respect of which each coastal State possesses these exclusive rights. This question, which can arise only as regards the fringes of a coastal State's shelf area is, as explained at the end of paragraph 20 above, exactly what falls to be settled through the process of delimitation, and this is the sphere of Article 6, not Article 2." (*Ibid.*, p. 40, para. 67.)

Of course it is the case that the question "can arise only as regards the fringes of a coastal State's shelf area". It is nonetheless true that, whenever such a question arises, it is the delimitation line which provides the answer "as to what in fact are the precise areas in respect of which each coastal State possesses these exclusive rights"; and that answer could make a substantial difference in terms of relative magnitudes.

In the *North Sea* cases the Court understood very well that the whole of the cases was really about the extent of the continental shelf areas claimed by each State in relation to each other. It repeated the substance of that understanding in 1978 when it said, "Any disputed delimitation of a boundary entails some determination of entitlement to the areas to be delimited" (*Aegean Sea Continental Shelf, I.C.J. Reports 1978*, p. 35, para. 84). Even in respect of terrestrial questions, it is inappropriate to insist on too rigid a distinction between attribution of title and delimitation (*Frontier Dispute, I.C.J. Reports 1986*, p. 563, para. 17).

It follows that failure to consider the effect which a proposed delimitation will have on the definition of the area of the continental shelf appertaining to each State may be to miss the real point of the litigation.

Third, it is necessary to bear in mind that, to the extent that the fundamental principle of natural prolongation has been displaced within the conceptual framework of the continental shelf, the restraints which it previously imposed on recourse to the factor of a reasonable degree of proportionality would fall to be now regarded as correspondingly relaxed. This point is developed in Section (ii) below.

(ii) *Proportionality and Natural Prolongation*

Much of the received jurisprudence on the question of proportionality was influenced by what the Court in 1969 referred to as the "fundamental concept of the continental shelf as being the natural prolongation of the

deux parties et que toute délimitation n'attribuant pas entièrement cette zone à l'une des parties aboutit en pratique à la partager ou à faire comme s'il y avait partage.» (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 22, par. 20.)

Il est vrai, comme la Cour l'a fait observer, qu'aux termes de l'article 2 de la convention de 1958, les droits de l'Etat côtier sur le plateau continental ont un caractère « exclusif » mais, comme elle l'a ajouté :

« aucune précision n'y est donnée quant aux zones mêmes sur lesquelles chaque Etat riverain possède des droits exclusifs. Cette question, qui ne peut se poser qu'en ce qui concerne les confins du plateau continental d'un Etat, est exactement, comme on l'a vu au paragraphe 20 ci-dessus *in fine*, celle que le processus de délimitation doit permettre de résoudre et elle relève de l'article 6, non de l'article 2. » (*Ibid.*, p. 40, par. 67.)

Il est bien évident que la question « ne peut se poser qu'en ce qui concerne les confins du plateau continental d'un Etat ». Il n'en est pas moins vrai que, chaque fois qu'une telle question se pose, c'est la ligne de délimitation qui donne la réponse « quant aux zones mêmes sur lesquelles chaque Etat riverain possède des droits exclusifs », et cette réponse peut faire une différence considérable du point de vue des étendues relatives.

Dans les affaires de la *Mer du Nord*, la Cour a bien compris que les affaires dans leur ensemble portaient en réalité sur l'étendue des zones de plateau continental revendiquées par chaque Etat par rapport à chaque autre. Elle a repris pour l'essentiel cette conception de l'affaire en 1978 quand elle a déclaré : « Toute délimitation de frontière contestée oblige jusqu'à un certain point à déterminer les titres sur les zones à délimiter. » (*Plateau continental de la mer Egée, C.I.J. Recueil 1978*, p. 35, par. 84.) Même à propos de questions terrestres, il ne convient pas d'insister sur une distinction trop rigide entre l'attribution du titre et la délimitation (*Différend frontalier, C.I.J. Recueil 1986*, p. 563, par. 17).

En conséquence, si l'on omet de rechercher quel effet une délimitation proposée produira sur la définition de la zone de plateau continental qui relève de chaque Etat, on risque de passer à côté de l'objet réel de l'action.

Troisièmement, il ne faut pas oublier que, dans la mesure où le principe fondamental du prolongement naturel a été déplacé dans le cadre conceptuel du plateau continental, les restrictions qu'il imposait antérieurement au recours au facteur d'un degré raisonnable de proportionnalité doivent être maintenant réputées assouplies en conséquence. Ce point est développé dans la section ii) ci-après.

ii) *Proportionnalité et prolongement naturel*

La jurisprudence reçue sur la question de la proportionnalité a subi en grande partie l'influence de ce que la Cour, en 1969, a appelé la « conception ... fondamentale du plateau continental envisagé comme prolonge-

land domain” (*North Sea, I.C.J. Reports 1969*, p. 30, para. 40). It is submitted that it was natural prolongation, considered in a physical sense, which was chiefly (though not wholly) responsible for the restraints imposed on proportionality. So it is necessary to consider how far natural prolongation was understood in a physical sense, in what way it operated in that sense to impose such restraints, and to what extent, if any, those restraints should now be regarded as having been diminished by the attrition of that aspect of the concept which operated in large part to impose them.

First then, as to the sense in which natural prolongation was understood. It is true that even in 1956 the International Law Commission had “decided not to adhere strictly to the geological concept of the continental shelf” (*Yearbook of the International Law Commission*, 1956, Vol. II, p. 297, subpara. 6. And see the general discussion, *ibid.*, 1956, Vol. I, pp. 130 ff.). But the material before the Commission shows that even scientists differed in their use of the term “continental shelf” (*ibid.*, 1956, Vol. II, p. 297, subpara. 5). Consequently, I do not wish to argue whether the Court was right in 1969 in understanding the concept in a physical sense. I am concerned only with the question whether the concept was in fact so understood by the Court, and, if so, with what consequences, if any, for the concept of proportionality as enunciated by it.

It has, of course, been long recognized that the “natural prolongation of the land domain” does not always assume a geomorphological character specifically identified with the extension of any given coastline. As the Court noted in 1982:

“at a very early stage in the development of the continental shelf as a concept of law, it acquired a more extensive connotation, so as eventually to embrace any sea-bed area possessing a particular relationship with the coastline of a neighbouring State, whether or not such area presented the specific characteristics which a geographer would recognize as those of what he would classify as ‘continental shelf’” (*Tunisia/Libya, I.C.J. Reports 1982*, p. 45, para. 41. And see *ibid.*, pp. 45-46, paras. 42-43.)

It is for these reasons that the Court added:

“It would be a mistake to suppose that it will in all cases, or even in the majority of them, be possible or appropriate to establish that the natural prolongation of one State extends, in relation to the natural prolongation of another State, just so far and no farther, so that the two prolongations meet along an easily defined line.” (*Ibid.*, p. 47, para. 44. And see, generally, Judge *ad hoc* Jiménez de Aréchaga, separate opinion, pp. 110-113, 116-120.)

But it would not be right to take these views too far back in time. The North Sea delimitations relating to the Norwegian Trough are sometimes cited as supportive of the opinion that even in 1969 the Court accepted

ment naturel du territoire» (*Mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 30, par. 40). Selon moi, c'est essentiellement (mais pas seulement) le prolongement naturel, envisagé au sens physique, qui a été à l'origine des restrictions imposées à la proportionnalité. Il faut donc rechercher jusqu'à quel point le prolongement naturel s'entendait en un sens physique, de quelle manière il avait pour effet, en ce sens, d'imposer de telles restrictions et dans quelle mesure, le cas échéant, ces restrictions doivent maintenant être considérées comme érodées par l'attrition de l'aspect du concept qui était en grande partie à leur origine.

D'abord, donc, en quel sens entendait-on le prolongement naturel ? Il est vrai que, même en 1956, la Commission du droit international avait décidé « de ne pas s'en tenir strictement à la notion géologique du plateau continental » (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1956, vol. II, p. 297, par. 6; voir aussi la discussion générale, *ibid.*, 1956, vol. I, p. 140 et suiv.). Toutefois, les documents dont la Commission était saisie indiquent que même les hommes de science différaient dans l'usage du terme « plateau continental » (*ibid.*, 1956, vol. II, p. 297, par. 5). Je ne souhaite donc pas discuter du point de savoir si la Cour, en 1969, a eu raison d'attribuer à ce concept un sens physique. Je cherche seulement si, de fait, la Cour a entendu ce concept de cette manière et, en ce cas, ce qui en est résulté, le cas échéant, du point de vue du concept de proportionnalité telle qu'elle l'a défini.

Il est bien sûr depuis longtemps reconnu que le « prolongement naturel du territoire terrestre » ne revêt pas toujours un caractère géomorphologique identifié de façon précise à l'extension d'un littoral déterminé. Comme la Cour l'a fait observer en 1982 :

« très tôt dans l'évolution de la notion juridique de plateau continental, son acception s'est élargie, au point de comprendre pour finir toute étendue du fond des mers se trouvant dans un rapport particulier avec la côte d'un Etat voisin, qu'elle présente ou non les caractéristiques exactes qu'un géographe attribuerait à un « plateau continental » » (*Tunisie/Libye, C.I.J. Recueil 1982*, p. 45, par. 41; voir aussi *ibid.*, p. 45-46, par. 42-43).

Voilà pour quelles raisons la Cour a ajouté :

« Ce serait une erreur de croire que dans tous les cas, ou dans la plupart d'entre eux, il soit possible ou approprié d'établir que le prolongement naturel d'un Etat s'étend, par rapport à celui d'un autre Etat, jusqu'à un point bien déterminé, de sorte que les deux prolongements se rencontreraient sur une ligne aisée à définir. » (*Ibid.*, p. 47, par. 44; voir aussi, de façon générale, l'opinion individuelle de M. Jiménez de Aréchaga, juge *ad hoc*, p. 110-113, 116-120.)

Il serait toutefois inexact de faire remonter ce point de vue trop loin dans le temps. Les délimitations en mer du Nord dans le contexte de la fosse norvégienne sont parfois citées à l'appui de l'opinion selon laquelle,

that natural prolongation was not always physical. That view is plausible. But the interpretation of the Court's Judgment on the point which I prefer is that, apart from expressly stating that it was not "attempting to pronounce on the status of that feature", the Court considered that the delimitations were explicable by reason of the decision of the Parties to ignore the existence of the Trough. In its words, "it was only by first ignoring the existence of the Trough that these median lines fell to be drawn at all" (*I.C.J. Reports 1969*, p. 32, para. 45). Had the Parties not agreed to ignore the existence of the Trough, different consequences might well have ensued from the fact that, as the Court found,

"the shelf areas . . . separated from the Norwegian coast by . . . the Trough cannot in any physical sense be said to be adjacent to it, nor to be its natural prolongation" (*ibid.*).

Presenting its idea of natural prolongation, what the Court said in 1969 was this:

"The institution of the continental shelf has arisen out of the recognition of a physical fact; and the link between this fact and the law, without which that institution would never have existed, remains an important element for the application of its legal régime. The continental shelf is, by definition, an area physically extending the territory of most coastal States into a species of platform which has attracted the attention first of geographers and hydrographers and then of jurists. The importance of the geological aspect is emphasized by the care which, at the beginning of its investigation, the International Law Commission took to acquire exact information as to its characteristics, as can be seen in particular from the definitions to be found on page 131 of Volume I of the *Yearbook of the International Law Commission* for 1956. The appurtenance of the shelf to the countries in front of whose coastlines it lies, is therefore a fact, and it can be useful to consider the geology of that shelf in order to find out whether the direction taken by certain configurational features should influence delimitation because, in certain localities, they point-up the whole notion of the appurtenance of the continental shelf to the State whose territory it does in fact prolong." (*North Sea, I.C.J. Reports 1969*, p. 51, para. 95; and see *ibid.*, p. 31, para. 43.)

For the Court, natural prolongation was the "fundamental concept of the continental shelf". It went out of its way to explain that what it had in mind was natural prolongation in a palpably physical sense. It offered no other version of the concept. The concept being "fundamental", it might be supposed that, if the Court had in mind the possibility of some other kind of natural prolongation, it would have mentioned it, and mentioned it the more explicitly the more esoteric it was. It did not. With some diligence, it

même en 1969, la Cour admettait que le prolongement naturel n'était pas toujours physique. Ce point de vue est plausible. Cependant, mon interprétation préférée de la décision de la Cour sur ce point est qu'en plus de déclarer expressément qu'elle n'entendait pas « se prononcer sur le statut de la fosse », la Cour a estimé que les délimitations pouvaient s'expliquer par la décision des Parties de ne pas tenir compte de l'existence de celle-ci. Selon ses propres termes : « ces lignes médianes ont été tracées selon le principe de l'équidistance, mais c'est uniquement parce que l'on n'a pas tenu compte de l'existence de la fosse norvégienne » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 32, par. 45). Si les Parties n'avaient pas été convenues de ne pas tenir compte de l'existence de la fosse, des conséquences différentes auraient pu résulter du fait que, comme l'a déclaré la Cour,

« les zones du plateau continental ... séparées de la côte norvégienne par [la] ... fosse ... ne sauraient être considérées au point de vue géographique comme étant adjacentes à cette côte ou comme constituant son prolongement naturel » (*ibid.*).

Voici ce que la Cour a déclaré en 1969 lorsqu'elle a présenté son idée du prolongement naturel :

« L'institution du plateau continental est née de la constatation d'un fait naturel et le lien entre ce fait et le droit, sans lequel elle n'eût jamais existé, demeure un élément important dans l'application du régime juridique de l'institution. Le plateau continental est par définition une zone prolongeant physiquement le territoire de la plupart des Etats maritimes par cette espèce de socle qui a appelé en premier lieu l'attention des géographes et hydrographes, puis celle des juristes. L'importance de l'aspect géologique est marquée par le soin qu'a pris au début de ses études la Commission du droit international pour se documenter exactement sur ses caractéristiques, ainsi que cela ressort notamment des définitions contenues dans l'*Annuaire de la Commission du droit international*, 1956, volume I, page 141. L'appartenance géologique du plateau continental aux pays riverains devant leurs côtes est donc un fait et l'examen de la géologie de ce plateau peut être utile afin de savoir si quelques orientations ou mouvements influencent la délimitation en précisant en certains points la notion même d'appartenance du plateau continental à l'Etat dont il prolonge en fait le territoire. » (*Mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 51, par. 95; voir aussi *ibid.*, p. 31, par. 43.)

Pour la Cour, le prolongement naturel était le « concept fondamental du plateau continental ». Elle a pris bien soin d'expliquer que, ce qu'elle avait à l'esprit, c'était le prolongement naturel en un sens physique palpable. Elle n'a proposé aucune autre version de ce concept. Puisque ce concept était « fondamental », il y a lieu de supposer que si la Cour avait envisagé l'éventualité de quelque autre sorte de prolongement naturel, elle l'aurait indiqué et l'aurait indiqué de façon d'autant plus explicite qu'il était plus

is possible to qualify this view by recourse to fragmentary remarks and tangential phrases dropped here and there in the Judgment. But one cannot now rewrite the Judgment in the hindsight of later jurisprudence or of more sophisticated ideas developed in relation to the Law of the Sea Convention 1982. Incidental expressions in the Judgment do not blunt its hard thrust. That thrust was clear: when the Court spoke of “natural prolongation” it meant just that — a prolongation which was “natural”, and not one which was philosophical, theoretical or notional. It is not necessary, however, to take an absolute position; it suffices for present purposes to say that the working view which the Court took was that natural prolongation was physical in character.

Now for the second point, as to the way in which natural prolongation in the physical sense operated to impose restraints on recourse to the concept of proportionality.

Natural prolongation was considered as relevant to title. But, as recalled above, title and delimitation are interlinked. One can scarcely fail to see this connection at work in the very first *principle* or *rule of international law* enunciated by the Court in 1969 as being “applicable to . . . *delimitation*”, when it spoke of account having to be taken

“of all the relevant circumstances, in such a way as to leave as much as possible to each Party of all those parts of the continental shelf that constitute a natural prolongation of its land territory into and under the sea, without encroachment on the natural prolongation of the land territory of the other” (*I.C.J. Reports 1969*, p. 53, para. 101 (C) (1)). And see *ibid.*, p. 47, para. 85 (c).

As the Chamber observed in 1984, a delimitation is “a legal political operation” which does not have to follow a natural boundary, where one is discernible (*Gulf of Maine, I.C.J. Reports 1984*, p. 277, para. 56). But it is nonetheless clear that the view taken by the Court in 1969 was that a major factor differentiating one State’s continental shelf from that of its neighbour, and, therefore, governing the establishment of the delimitation line, was that of natural prolongation, dependent of course on whether the physical circumstances permitted of separate identification (*Tunisia/Libya, I.C.J. Reports 1982*, p. 46, para. 43, and p. 92, para. 133 A (2)). This was why a submarine area lying closer to the coast of one State than to that of another might yet appertain to the latter if it formed part of the “natural extension” of the latter’s land territory (*North Sea, I.C.J. Reports 1969*, p. 31, para. 43).

Natural prolongation in a physical sense was equally the reason why, in the absence of any agreed solution, marginal areas of overlap had to be divided equally between the three States concerned in the *North Sea* cases (*ibid.*, p. 50, para. 91, p. 52, para. 99, and p. 53, para. 101 (C) (2)). As I interpret the Judgment, differentiation of separate prolongations being impos-

ésotérique. Elle ne l'a pas fait. Avec un peu de diligence, il est possible de nuancer cette opinion en se servant de remarques fragmentaires et de formules tangentielles éparées ici et là dans l'arrêt. Mais il n'est pas possible de récrire l'arrêt à la lumière de la jurisprudence ultérieure ou d'idées plus complexes développées dans le contexte de la convention sur le droit de la mer de 1982. Les expressions incidentes qui figurent dans l'arrêt n'ôtent rien à la force de sa conclusion, qui était claire: quand la Cour a parlé de « prolongement naturel », c'est précisément cela qu'elle avait en vue, un prolongement qui était « naturel » et non pas philosophique, théorique ou conceptuel. Il n'est pourtant pas nécessaire d'adopter une position absolue; aux fins qui nous intéressent, il suffit de dire que la position de travail adoptée par la Cour était que le prolongement naturel présentait un caractère physique.

Il convient de passer maintenant au second point, qui est de dire de quelle manière le prolongement naturel au sens physique a eu pour effet de restreindre le recours au concept de proportionnalité.

Le prolongement naturel était considéré comme pertinent du point de vue du titre. Toutefois, comme on l'a rappelé plus haut, il existe un lien entre le titre et la délimitation. Il n'est guère possible de ne pas voir l'opération de ce lien dans le tout premier des *principes* ou *règles du droit international* définis par la Cour en 1969 comme « applicables à la *délimitation* », quand elle a déclaré qu'il fallait tenir compte

« de toutes les circonstances pertinentes, de manière à attribuer, dans toute la mesure du possible, à chaque Partie la totalité des zones du plateau continental qui constituent le prolongement naturel de son territoire sous la mer et n'empiètent pas sur le prolongement naturel du territoire de l'autre » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 53, par. 101 C 1; voir aussi *ibid.*, p. 47, par. 85 c).

Comme la Chambre l'a fait observer en 1984, une délimitation est une « opération juridico-politique » qui ne doit pas nécessairement suivre le tracé d'une frontière naturelle là où il en apparaît une (*Golfe du Maine, C.I.J. Recueil 1984*, p. 277, par. 56). Il n'en est pas moins clair qu'en 1969 le point de vue adopté par la Cour était qu'un facteur essentiel de différenciation entre le plateau continental d'un Etat et celui de son voisin, et qui régissait donc l'établissement de la ligne de délimitation, était le prolongement naturel, à supposer bien entendu que la situation physique permît de l'identifier séparément (*Tunisie/Libye, C.I.J. Recueil 1982*, p. 46, par. 43, et p. 92, par. 133 A 2). Voilà pourquoi une zone sous-marine située plus près de la côte d'un Etat que de celle d'un autre pouvait cependant relever de ce dernier si elle faisait partie de l'« extension naturelle » du territoire terrestre de ce dernier (*Mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 31, par. 43).

C'est aussi le prolongement naturel au sens physique qui explique pourquoi, à défaut de solution convenue, les zones marginales de chevauchement devaient être divisées par parts égales entre les trois Etats intéressés dans les affaires de la *Mer du Nord* (*ibid.*, p. 50, par. 91; p. 52, par. 99; et p. 53, par. 101 C 2). Selon mon interprétation de l'arrêt, la différencia-

sible within marginal areas of overlap, but the geographical situation in the particular case being one of “quasi-equality” in which the “coastlines [were] in fact comparable in length”, the prolongations in the areas of overlap would fall to be deemed of equal extent, with corresponding consequences for division of the areas. In other words, equal division in the particular case would be the result of a presumed equality in natural prolongations. Save on the basis of some such reasoning, the direction for equal division was at best mechanical, at worst arbitrary. As it was, it did not escape criticism from Vice-President Koretsky, on the ground that it transgressed the Court’s own distinction between delimitation and distribution (*North Sea, I.C.J. Reports 1969*, p. 168).

The direction for equal division of marginal areas of overlap left untouched the clear implication of the Judgment that two coasts of exactly the same length and configuration could well have continental shelves of different areas, dependent on the extent of their respective natural prolongations. Thus the physical implications of natural prolongation operated to limit the extent to which the concept of proportionality could be applied. But for this aspect, there would have been much to support the view expressed by President Bustamante y Rivero that the concept of natural prolongation

“implies, as an obvious logical necessity, a relationship of *proportionality* between the length of the coastline of the land territory of a State and the extent of the continental shelf appertaining to such land territory. Parallel with this, so far as concerns inter-State relations, the conclusion is inescapable that the State which has a longer coastline will have a more extensive shelf. This kind of proportionality is consequently, in my view, another of the principles embraced by the law of the continental shelf. The Judgment, in paragraphs 94 and 98, mentions this element as one of the factors to be taken into consideration for the delimitation of a shelf; the Court nevertheless did not confer upon it the character of an obligatory principle.” (*Ibid.*, pp. 58-59, para. 4, separate opinion.)

The amplitude of that view of proportionality is attributable to its neglect of the restraints implicit in the physical basis of the concept of natural prolongation as this was understood by the Court.

It is useful to consider the contrasting view expressed by the Anglo-French Court of Arbitration in a well-known passage in which it said:

“In short, it is disproportion rather than any general principle of proportionality which is the relevant criterion or factor. The equitable delimitation of the continental shelf is not, as this Court has already emphasized in paragraph 78, a question of apportioning —

tion de prolongements distincts étant impossible à l'intérieur des zones marginales de chevauchement mais la situation géographique étant en l'occurrence une situation de « quasi-égalité » où la « longueur [des] côtes est [en fait] comparable », les prolongements dans les zones de chevauchement devaient être considérés comme égaux par leur étendue, avec des effets correspondants sur la division des zones. En d'autres termes, une division par parts égales dans cette affaire résulterait de l'égalité présumée des prolongements naturels. A moins de se fonder sur un raisonnement de ce genre, la directive prévoyant une division par parts égales était au mieux mécanique, au pire arbitraire. De fait, elle n'a pas échappé aux critiques de M. Koretsky, Vice-Président, pour le motif qu'elle ne respectait pas la distinction établie par la Cour elle-même entre délimitation et répartition (*Mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 168).

La directive prévoyant la division par parts égales des zones marginales de chevauchement n'empêchait en rien l'arrêt de donner clairement à entendre que deux côtes de longueurs et de configurations rigoureusement semblables pourraient avoir des plateaux continentaux différents par leur superficie, selon l'étendue de leurs prolongements naturels respectifs. Les incidences physiques du prolongement naturel avaient donc pour effet de limiter la portée de l'applicabilité du concept de proportionnalité. Sans cet aspect de la question, il y aurait eu bien des raisons à l'appui de l'opinion exprimée par M. Bustamante y Rivero, Président, selon laquelle la notion de prolongement naturel

« implique, par une nécessité logique évidente, un rapport de *proportionnalité* entre la longueur des côtes du territoire d'un Etat et l'étendue du plateau continental relevant dudit territoire. Parallèlement, en ce qui concerne les rapports entre Etats, la conclusion s'impose que celui qui possède une côte plus longue aura un plateau plus étendu. Ce genre de proportionnalité est donc, à mon avis, un autre des principes que comporte le droit du plateau continental. L'arrêt, dans ses paragraphes 94 et 98, mentionne cet élément comme l'un des facteurs à prendre en considération pour la délimitation d'un plateau; la Cour ne lui a pas cependant conféré le caractère d'un principe obligatoire. » (*Ibid.*, p. 58-59, par. 4, opinion individuelle.)

Si cette conception de la proportionnalité est si large, c'est parce qu'elle ne tient pas compte des restrictions inhérentes au fondement physique du concept de prolongement naturel tel qu'entendu par la Cour.

Il est utile d'examiner, par contraste, le point de vue exprimé par le tribunal arbitral franco-britannique dans un passage bien connu où il a déclaré :

« En bref, c'est la disproportion plutôt qu'un principe général de proportionnalité qui constitue le critère ou facteur pertinent. Comme le Tribunal l'a déjà souligné au paragraphe 78, la délimitation équitable du plateau continental n'est pas une opération de

sharing out — the continental shelf amongst the States abutting upon it. Nor is it a question of simply assigning to them areas of the shelf in proportion to the length of their coastlines: for to do this would be to substitute for the delimitation of boundaries a distributive apportionment of shares. Furthermore, the fundamental principle that the continental shelf appertains to a coastal State as being the natural prolongation of its territory places definite limits on recourse to the factor of proportionality.” (*RIAA*, Vol. XVIII, p. 58, para. 101.)

The Court of Arbitration is thought to have understood the concept of proportionality somewhat more narrowly than did this Court in 1969 (cf. *Libya/Malta, I.C.J. Reports 1985*, pp. 72-73, Vice-President Sette-Camara, separate opinion). The 1969 Judgment seemed innocent of the refinement that “it is disproportion rather than any general principle of proportionality which is the relevant criterion or factor”. It is, however, possible to understand the dictum of the Court of Arbitration in this way. As remarked above, natural prolongation, in its geophysical sense, could well mean that two perfectly comparable coasts could have unequal areas of the continental shelf. On this basis, it might well be said that “it is disproportion rather than any general principle of proportionality which is the relevant criterion or factor”. This restrictive formulation reflected the “definite limits” which, as the Court of Arbitration found, were placed on recourse to proportionality by the “fundamental principle that the continental shelf appertains to a coastal State as being the natural prolongation of its territory”.

Now for the third point, concerning the extent, if any, to which the restraints imposed on recourse to proportionality by natural prolongation should be regarded as having been relaxed by reason of the attenuation of the latter concept, at least in its physical aspect.

The concept of natural prolongation is not altogether extinct; to some extent it continues to exist even under the 1982 Convention (*Tunisia/Libya, I.C.J. Reports 1982*, p. 47, para. 44, and p. 48, para. 47; and *Libya/Malta, I.C.J. Reports 1985*, p. 68, Vice-President Sette-Camara, separate opinion, and pp. 93 ff., Judge Mbaye, separate opinion). And, although I do not propose to argue the point, its existence under the Convention still has a physical aspect, at least in the case of the broad shelf. But, for practical purposes (including those of delimitation), within the normal continental shelf of 200 miles' width, natural prolongation has now been replaced by the geometric and more neutral principle of adjacency measured by distance. Some hesitation notwithstanding, that change has occurred (*Tunisia/Libya, I.C.J. Reports 1982*, pp. 48-49, para. 48; and *Libya/Malta, I.C.J. Reports 1985*, pp. 35-36, paras. 39-40, p. 41, para. 49, pp. 46-47, para. 61, and pp. 55-56, para. 77. Cf., *ibid.*, p. 33, para. 34). The effect of this important development needs to be more frankly addressed than it has been.

partage et d'attribution du plateau continental entre les Etats qui bordent ce plateau. Elle ne consiste pas davantage en une simple attribution à ces Etats de zones du plateau proportionnelles à la longueur de leur ligne côtière; agir ainsi serait, en effet, remplacer la délimitation par une attribution de parts. De plus, le principe fondamental suivant lequel le plateau continental relève d'un Etat côtier parce qu'il est le prolongement naturel du territoire de celui-ci limite nettement le recours au facteur de proportionnalité.» (*RSA*, vol. XVIII. p. 189, par. 101.)

Le tribunal arbitral a probablement entendu le concept de proportionnalité un peu plus étroitement que ne l'avait fait la Cour en 1969 (voir *Libye/Malte*, *C.I.J. Recueil 1985*, p. 72-73, opinion individuelle de M. Sette-Camara, Vice-Président). L'arrêt de 1969 ne semblait pas s'être rendu coupable du raffinement selon lequel « c'est la disproportion plutôt qu'un principe général de proportionnalité qui constitue le critère ou facteur pertinent ». Il est cependant possible de comprendre ainsi le *dictum* du tribunal arbitral. Comme indiqué plus haut, le prolongement naturel, au sens géophysique, pouvait bien signifier que deux côtes parfaitement comparables pourraient avoir des superficies inégales de plateau continental. Sur cette base, on pourrait bien dire que « c'est la disproportion plutôt qu'un principe général de proportionnalité qui constitue le critère ou facteur pertinent ». Cette formulation restrictive exprimait comment, selon le tribunal arbitral, le « principe fondamental suivant lequel le plateau continental relève d'un Etat côtier parce qu'il est le prolongement naturel du territoire de celui-ci limite nettement » le recours à la proportionnalité.

Passons maintenant au troisième point, qui est de savoir dans quelle mesure, le cas échéant, les restrictions imposées au recours à la proportionnalité par le prolongement naturel devraient être réputées assouplies par l'atténuation de ce dernier concept, du moins sous son aspect physique.

Le concept de prolongement naturel n'a pas tout à fait disparu; dans une certaine mesure il continue d'exister même sous le régime de la convention de 1982 (*Tunisie/libye*, *C.I.J. Recueil 1982*, p. 47, par. 44, et p. 48, par. 47, et *Libye/Malte*, *C.I.J. Recueil 1985*, p. 68, opinion individuelle de M. Sette-Camara, Vice-Président, et p. 93 et suiv., opinion individuelle de M. Mbaye). Bien que je n'aie pas l'intention d'argumenter à ce sujet, l'existence de ce concept sous le régime de la convention garde un aspect physique, du moins dans le cas du plateau large. Toutefois, à des fins pratiques (y compris celles de la délimitation), dans les limites du plateau continental normal d'une largeur de 200 milles, le prolongement naturel est désormais remplacé par le principe géométrique et plus neutre d'adjacence mesurée par la distance. Malgré quelques hésitations, ce changement a été effectué (*Tunisie/Libye*, *C.I.J. Recueil 1982*, p. 48-49, par. 48; et *Libye/Malte*, *C.I.J. Recueil 1985*, p. 35-36, par. 39-40; p. 41, par. 49; p. 46-47, par. 61, et p. 55-56, par. 77. Voir *ibid.*, p. 33, par. 34.) Il convient d'envisager l'effet de cette importante transformation avec plus de franchise qu'on ne l'a fait jusqu'à maintenant.

It is not logical to continue to think as if the “definite limits” which the fundamental principle of natural prolongation had earlier placed “on recourse to the factor of proportionality” still exist to the same degree now that that principle (which was the basic source of those limits) has been superseded in relation to the normal continental shelf by the principle of adjacency measured by distance. This new principle, being geometric, leaves the factor of proportionality free to operate to the same extent in all cases, subject only to the existence of other restraining circumstances.

It seems to me that the influence on proportionality which the concept of natural prolongation, considered in its geophysical sense, exerted in the seminal case of 1969 continued even after greater weight began to be placed on the purely legal aspects of the idea. It is possible, however, to see in the evolution of the jurisprudence, culminating on this point in the *Libya/Malta* case, a growing readiness, in the case of the normal continental shelf, to come to terms with the implications of the supersession of natural prolongation by the distance criterion and a corresponding willingness to admit proportionality to a fuller role unrestrained by the “definite limits” which natural prolongation had previously imposed on recourse to it.

Even with the restraints imposed on proportionality by the fundamental concept of natural prolongation, in none of the cases dealt with by the Court can it persuasively be said that the Court did not in one way or another show a concern with the question whether the delimitation line established by it would divide the maritime areas in keeping with reasonable expectations deriving from a comparison of coastal lengths. Whatever the methodology employed, the Court has always seemed aware of the need to avoid a defeat of those expectations. It is not really credible to assert that the decisive consideration in the *North Sea* cases was not the fact that the three coastlines were comparable in length. The capacity, and the duty, of the Court to satisfy such expectations need now to be re-evaluated in the light of the evolution of the concept of natural prolongation.

It is not a satisfactory answer to say that proportionality could result in one State exercising jurisdiction under the nose of another. The non-encroachment principle, extended to the continental shelf as now understood, still remains to prevent that from happening, by setting an appropriate limit to the extent to which proportionality can bring one State close to another (*Libya/Malta, I.C.J. Reports 1985*, p. 89, para. 34, joint separate opinion). Nor is it enough to iterate the unchallenged proposition that proportionality is not in itself a direct principle of delimitation; there have always been, and there still are, other considerations to be taken into account in determining a delimitation line (*ibid.*, p. 45, para. 58). To divide the continental shelf in mechanical proportion to the coastal lengths would impermissibly exclude such other considerations. Mathematical exactness is not the aim. This is apart from the circumstance that

Il n'est pas logique de continuer à penser que l'on peut affirmer que le principe fondamental du prolongement naturel « limite nettement le recours au facteur de proportionnalité » au même point qu'il le faisait auparavant, maintenant que ce principe (qui constituait la source fondamentale de ces limites) a été remplacé, dans le contexte du plateau continental normal, par celui de l'adjacence mesurée par la distance. Ce nouveau principe, d'ordre géométrique, permet au facteur de proportionnalité d'opérer dans la même mesure dans tous les cas, sous la seule réserve de l'existence d'autres circonstances restrictives.

L'influence que le concept du prolongement naturel, pris en son sens géophysique, a eue sur la proportionnalité dans l'important arrêt de 1969 me paraît avoir persisté même après que l'on eut commencé à insister davantage sur les aspects purement juridiques de cette idée. Il est toutefois possible de voir dans l'évolution de la jurisprudence, avec son apogée sur ce point en l'affaire *Libye/Malte*, une attitude mieux disposée à prendre son parti, dans le cas du plateau continental normal, des incidences du remplacement du prolongement naturel par le critère de distance et mieux prête à attribuer à la proportionnalité un rôle plus complet, sans que le prolongement naturel le « limite nettement » par les restrictions qu'il imposait auparavant à la possibilité d'y recourir.

Même compte tenu des restrictions imposées à la proportionnalité par le concept fondamental du prolongement naturel, on ne peut pas dire de façon convaincante que la Cour n'ait jamais, dans aucune des affaires dont elle a eu à connaître, témoigné d'une manière ou d'une autre d'un intérêt pour la question de savoir si la ligne de délimitation qu'elle établissait partagerait les zones maritimes en cause en tenant compte des expectatives raisonnables issues d'une comparaison entre les longueurs des côtes. Quelle que soit la méthode employée, la Cour, semble-t-il, a toujours eu conscience de la nécessité d'éviter de décevoir ces espérances. Il n'est pas vraiment crédible d'affirmer que la considération décisive dans les affaires de la *Mer du Nord* n'a pas été le fait que les trois littoraux étaient de longueur comparable. Il faut maintenant réévaluer la capacité et le devoir qu'a la Cour de satisfaire de telles expectatives, compte tenu de l'évolution du concept de prolongement naturel.

Il n'est pas satisfaisant de répondre qu'il pourrait résulter de la proportionnalité qu'un Etat exerce ses compétences sous le nez d'un autre. Le principe du non-empiètement, étendu au plateau continental tel qu'il est envisagé maintenant, reste là pour éviter que cela n'arrive en fixant une limite appropriée à la mesure dans laquelle la proportionnalité peut rapprocher un Etat d'un autre (*Libye/Malte, C.I.J. Recueil 1985*, p. 89, par. 34, opinion conjointe de MM. Ruda, Bedjaoui et Jiménez de Aréchaga). Il ne suffit pas davantage de répéter la proposition incontestée selon laquelle la proportionnalité n'est pas par elle-même un principe direct de délimitation; il y a toujours eu et il y a encore d'autres considérations dont il faut tenir compte pour déterminer une ligne de délimitation (*ibid.*, p. 45, par. 58). Un partage mécanique du plateau continental en fonction des longueurs des côtes exclurait ces autres considérations

proportionality could be satisfied by different conceivable lines (*Tunisia/Libya, I.C.J. Reports 1982*, p. 258, para. 162, Judge Oda, dissenting). These various considerations continue to place their own restraints on proportionality; and consequently the reference in the *Libya/Malta* case to “the need to avoid in the delimitation any excessive disproportion” seems a reasonable way of putting the matter (*I.C.J. Reports 1985*, p. 57). But, in construing and applying this formulation, it would be right to take the general view that the role of proportionality is now necessarily larger to the extent that the “definite limits” previously imposed on recourse to it by “the fundamental principle” of natural prolongation have been relaxed, if not removed, with the supersession of the latter by the principle of adjacency measured by distance.

(iii) *The Question of the Normative Status of Proportionality*

Counsel for Norway correctly pointed out that the factor concerning a reasonable degree of proportionality, as between coastal lengths and continental shelf areas, was stated by the Court in 1969 as the “final” of three “factors”, and was not included among “the principles and rules of international law” laid down by the Court in subparagraph (C) of paragraph 101 of the Judgment. But I am less confident that it would be correct to rely on that circumstance as justifying the attribution of a “modest” status to that factor. The substance of the proposition concerning a reasonable degree of proportionality is central to the application of “equitable principles” to which the Court expressly and, I should have thought, peremptorily linked it when it spoke of “the element of a reasonable degree of proportionality, which a delimitation carried out in accordance with equitable principles ought to bring about” between coastal lengths and corresponding maritime areas. Counsel for Denmark was right in stressing the words “ought to bring about” (CR 93/2, pp. 77-78, 12 January 1993, Professor Jiménez de Aréchaga). Those words necessarily signified that the “element of a reasonable degree of proportionality” was something positively enjoined by “equitable principles” themselves, which, of course, were the governing legal principles. This being so, there is not much purpose in considering whether it would be right to describe the status of the proportionality factor as “modest” or as one of “subordination”, and, if so, with precisely what meanings.

If the Court did not include proportionality among “the principles and rules of international law” set out in subparagraph (C) of the dispositif of the *North Sea* Judgment, the explanation is to be found in the fact, yet again, that the decision, in the then state of the law, proceeded on the assumption that the fundamental principle of the continental shelf was that of the “natural prolongation of the land domain”, understood in a

de façon inadmissible. L'exactitude mathématique n'est pas le but poursuivi, indépendamment même du fait que la proportionnalité pourrait être satisfaite par différentes lignes concevables (*Tunisie/Libye*, C.I.J. Recueil 1982, p. 258, par. 162, opinion dissidente de M. Oda). Ces diverses considérations n'ont pas cessé d'imposer leurs propres restrictions à la proportionnalité; ainsi la mention, dans l'affaire *Libye/Malte*, de «la nécessité d'éviter dans la délimitation toute disproportion excessive» semble-t-elle présenter les choses de façon raisonnable (C.I.J. Recueil 1985, p. 57). Toutefois, pour interpréter et appliquer cette formule, il conviendrait d'admettre, de façon générale, que le rôle de la proportionnalité est désormais nécessairement plus important, dans la mesure où la considération antérieure, selon laquelle «le principe fondamental» du prolongement naturel «limite nettement» ce rôle, a été assouplie, sinon éliminée, depuis que ledit principe a été remplacé par celui de l'adjacence mesurée par la distance.

iii) *La question de la valeur normative de la proportionnalité*

Comme le conseil de la Norvège l'a fait observer à juste titre, le facteur relatif à l'existence d'un rapport raisonnable entre la longueur du littoral et les zones de plateau continental a été énoncé par la Cour en 1969 comme le «dernier» de trois «facteurs», et il n'a pas été incorporé aux «principes et ... règles du droit international» stipulés par la Cour dans l'alinéa C du paragraphe 101 de l'arrêt. Cependant, je suis moins certain que l'on aurait raison de voir dans cet ordre d'énumération une circonstance autorisant à attribuer une valeur «modeste» à ce facteur. L'essentiel de la proposition concernant l'existence à un rapport raisonnable a une importance cruciale pour l'application de «principes équitables», auxquels la Cour l'a rattaché expressément, et je dirai même péremptoirement, lorsqu'elle a parlé du «rapport raisonnable qu'une délimitation opérée conformément à des principes équitables devrait faire apparaître» entre la longueur du littoral et les zones maritimes correspondantes. Le conseil du Danemark a eu raison d'insister sur les mots «devrait faire apparaître» (CR 93/2, p. 77-78, 12 janvier 1993, M. Jiménez de Aréchaga). Ces mots signifiaient nécessairement que le «rapport raisonnable» était quelque chose qui était positivement enjoint par les «principes équitables» eux-mêmes, lesquels, cela va de soi, étaient les principes juridiques déterminants. Cela étant, il ne sert pas à grand-chose de se demander s'il serait juste de dire que le facteur proportionnalité n'a qu'une valeur «modeste» ou «subordonnée» et, dans l'affirmative, en quel sens exactement.

Si la Cour n'a pas fait figurer la proportionnalité parmi les «principes et ... règles du droit international» énoncés à l'alinéa C du dispositif de l'arrêt concernant la *Mer du Nord*, l'explication doit en être cherchée dans le fait, une fois de plus, que la décision, dans l'état du droit à l'époque, procédait de l'hypothèse que le principe fondamental du plateau continental était celui du «prolongement naturel du domaine terrestre»,

physical sense. As has been seen, because of this principle and the way in which it was understood, two coasts could well be of the same length and the same configuration and yet generate different continental shelf areas if their natural prolongations were unequal. Hence natural prolongation could well have the effect of making it impossible to achieve a reasonable degree of proportionality of continental shelf areas to coastal lengths; as observed by the Anglo-French Court of Arbitration, it really operated to impose “definite limits” on recourse to proportionality. Thus, and for a reason which in my opinion no longer carries weight, proportionality could not be enunciated as part of “the principles and rules of international law”. But it did not follow from this that, as compared with other factors, it was intended to occupy only a modest status.

I am not persuaded that an enumerative ranking is discernible from the circumstance that proportionality was stated only as the final of three factors. The first factor was “the general configuration of the coasts of the Parties ...”. This would obviously apply as an important factor — and not merely as a modest one — in the process of effecting the delimitation, and I see no sufficient reason why it should be otherwise as regards the factor of a reasonable degree of proportionality. I should be surprised if in the course of the subsequent negotiations the Federal Republic of Germany was agreeable to the view that the Court’s Judgment required it to assign so humble a role to a factor which plainly lay at the root of its discontent (see *North Sea, I.C.J. Reports 1969*, p. 17, para. 7) and was, in my view, as plainly a major link in the overall reasoning of the Court.

What was it that was preoccupying the Court in paragraph 91 of the Judgment? I cannot read that all-important part of the Judgment without being fixed with the clear impression that the Court was concerned to ensure that, in “a geographical situation of quasi-equality as between a number of States” whose “coastlines are in fact comparable in length”, steps should be taken to correct the distorting effect of a particular coastal configuration so as to ensure that one of the three States would not “enjoy *continental shelf rights* considerably different from those of its neighbours merely because” of that particular feature. The reference in the dispositif to “the element of a reasonable degree of proportionality . . . between the extent of the continental shelf areas appertaining to the coastal State and the length of its coast . . .” has to be read in the light of this driving concern to ensure, subject to any other relevant factors, a rough measure of equality of “*continental shelf rights*” in relation to coastlines that were “*in fact comparable in length*”. The Court’s expressed objective of ensuring that no such State would “enjoy continental shelf rights considerably different from those of its neighbours” could obviously not be achieved without regard to the area of the continental shelf over which such rights would be

entendu au sens physique. Comme on l'a vu, en raison de ce principe et de la manière dont il était compris, deux côtes pouvaient fort bien avoir la même longueur et la même configuration et cependant engendrer des zones de plateau continental différentes si leurs prolongements naturels étaient inégaux. En conséquence, le prolongement naturel pouvait fort bien avoir pour effet de rendre impossible l'instauration d'un rapport raisonnable entre les zones de plateau continental et la longueur des côtes; comme l'a fait observer le tribunal arbitral franco-britannique, il avait en réalité pour conséquence d'imposer des « limites définies » au recours à la proportionnalité. Ainsi, et pour une raison qui à mon avis n'a plus de poids, la proportionnalité ne pouvait pas être énoncée comme faisant partie des « principes et ... règles du droit international ». Toutefois, il ne s'ensuivait pas que, par rapport à d'autres facteurs, on entendait lui reconnaître seulement une valeur modeste.

Je ne suis pas persuadé que l'on puisse discerner une hiérarchie dans la circonstance qui a fait que la proportionnalité n'a été nommée qu'en dernier lieu parmi les trois facteurs. Le premier était « la configuration générale des côtes des Parties... » Ce facteur intervient manifestement comme élément important — et pas simplement modeste — dans le processus de réalisation de la délimitation, et je ne vois aucune raison suffisante pour qu'il en soit autrement en ce qui concerne le facteur concernant un rapport raisonnable. Dans le cours des négociations ultérieures, la République fédérale d'Allemagne n'aurait certainement pas admis (je serais surpris du contraire) qu'on interprète l'arrêt de la Cour comme lui commandant d'assigner un rôle aussi humble à un facteur qui, manifestement, était à la racine même de ses griefs (voir *Mer du Nord*, C.I.J. Recueil 1969, p. 17, par. 7) et qui, selon moi, constituait tout aussi manifestement un chaînon majeur du raisonnement d'ensemble de la Cour.

Qu'est-ce donc qui préoccupait la Cour au paragraphe 91 de l'arrêt? Je ne peux lire cette partie d'importance capitale de l'arrêt sans conserver l'impression très nette que la Cour s'inquiétait de faire en sorte que, dans « une situation géographique de quasi-égalité entre plusieurs Etats » dont « les côtes ... sont justement d'une longueur comparable », des mesures soient prises pour corriger l'effet déformant d'une configuration côtière particulière, de manière qu'aucun des trois Etats n'« ait des droits considérablement différents de ses voisins sur le plateau continental du seul fait » de cette caractéristique particulière. Le passage du dispositif où il est question du « rapport raisonnable qu'une délimitation opérée conformément à des principes équitables devrait faire apparaître entre l'étendue des zones de plateau continental relevant de l'Etat riverain et la longueur de son littoral... » doit être interprété à la lumière de cette préoccupation maîtresse, visant à assurer, sous réserve de tout autre facteur pertinent, un degré approximatif d'égalité en ce qui concerne les « droits ... sur le plateau continental » par rapport à des côtes qui seraient « justement d'une longueur comparable ». L'objectif déclaré de la Cour — faire en sorte qu'aucun Etat se trouvant dans la situation visée n'« ait des droits considérablement

exercised. This objective might of course involve, but was not limited to, equality in respect of the seaward extent to which the continental shelf of a State was to extend; the latter was primarily addressed by the separate *principle* or *rule of international law* that the delimitation was to be effected “without encroachment on the natural prolongation of the land territory of” the other State (*I.C.J. Reports 1969*, p. 53, para. 101 (C) (1)). When the *dispositif* is thus construed, it is impossible to accept a parsing of its terms which results in a modest status for the third factor relating to reasonable proportionality. If this view is at variance with the position taken by the Court in the *Libya/Malta* case as to the status of the proportionality factor under the 1969 decision, I respectfully differ from that position (see *Libya/Malta, I.C.J. Reports 1985*, pp. 43-45, paras. 55-57).

For the same reasons, I have difficulty with Norway’s argument that the concept of proportionality, as enunciated by the Court in 1969, was not one “of general application”. Naturally, the concept was stated in relation to the circumstances of the particular case, but I am unable to see that the broad reasoning on which it rested was incapable of general application. There is a noticeable want of principle to support the view that when the Court spoke of

“the element of a reasonable degree of proportionality, which a delimitation carried out in accordance with equitable principles ought to bring about between the extent of the continental shelf areas appertaining to the coastal State and the length of its coast” (*I.C.J. Reports 1969*, p. 54, para. 101 (D) (3)),

it considered that that *prima facie* equitable result was one which “*equitable principles ought to bring about*”, but not in all cases. It may well be that that equitable result flows, in certain circumstances, directly from the application of the method of delimitation chosen, without need for any finishing adjustment; but this is an altogether different thing from saying that the result itself is not one which “*equitable principles ought to bring about*” in all cases. The result is always a valid objective, whether or not some specific or additional step is needed to accomplish it. It follows, too, that the fact that it is only in some circumstances that some specific or additional step may be required to achieve that objective does not make the objective one of modest importance.

Nor do I accept that the rationale underlying proportionality does not extend to the case of opposite coasts (cf. *I.C.J. Reports 1985*, p. 135, para. 18, Judge Oda, dissenting, and pp. 184-185, Judge Schwebel, dissent-

différents de ses voisins» — ne pouvait manifestement pas être atteint sans égard pour la zone du plateau continental sur laquelle les droits en question seraient exercés. Cet objectif pouvait évidemment supposer, mais sans se limiter à cela, l'égalité quant à la mesure dans laquelle le plateau continental d'un Etat devait s'étendre en direction de la haute mer; ce dernier aspect était traité principalement par le recours à un *principe* ou à une *règle de droit international* distincts, à savoir le principe ou la règle selon lesquels la délimitation devait être effectuée de manière à attribuer des zones qui « n'empiètent pas sur le prolongement naturel du territoire » de l'autre Etat (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 53, par. 101 C 1). Lorsque le dispositif est ainsi interprété, il est impossible d'accepter une analyse de ses termes qui puisse aboutir à n'accorder qu'une valeur modeste au troisième facteur, celui qui a trait à un rapport raisonnable. Si cette façon de voir n'est pas conforme à la position adoptée par la Cour dans l'affaire *Libye/Malte* quant à la valeur du facteur proportionnalité dans le cadre de la décision de 1969, je dirai respectueusement que cette position n'est pas la mienne (voir *Libye/Malte, C.I.J. Recueil 1985*, p. 43-45, par. 55-57).

Pour les mêmes raisons, j'ai des difficultés avec la Norvège quand elle soutient que le concept de proportionnalité, tel qu'il a été énoncé par la Cour en 1969, n'était pas de ceux qui sont « d'application générale ». Naturellement, le concept a été énoncé à propos des circonstances de l'espèce, mais je ne vois pas en quoi le raisonnement d'ensemble sur lequel il reposait n'aurait pas été susceptible d'application générale. Il est remarquable qu'aucun principe ne vienne à l'appui de l'opinion selon laquelle, lorsque la Cour a parlé du

« rapport raisonnable qu'une délimitation opérée conformément à des principes équitables devrait faire apparaître entre l'étendue des zones de plateau continental relevant de l'Etat riverain et la longueur de son littoral » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 54, par. 101 D 3),

elle a considéré que ce résultat équitable *prima facie* était un résultat que des « principes équitables devrai[en]t faire apparaître », mais pas dans tous les cas. Il se peut fort bien que ce résultat équitable découle, dans certaines circonstances, directement de l'application de la méthode de délimitation choisie, sans que soit nécessaire aucune retouche, mais c'est tout autre chose que de dire que le résultat lui-même n'est pas de ceux que « des principes équitables devrai[en]t faire apparaître » dans tous les cas. Le résultat est toujours un objectif valable, et cela indépendamment du fait qu'une démarche spécifique ou supplémentaire soit ou non nécessaire pour l'atteindre. Il y a une autre conséquence : si c'est seulement dans certaines circonstances qu'une démarche spécifique ou supplémentaire peut être indispensable pour atteindre cet objectif, cela ne fait pas de ce dernier un objectif d'importance secondaire.

Je ne peux pas admettre non plus l'idée que les raisons sous-jacentes à la proportionnalité ne s'étendent pas au cas de côtes se faisant face (voir *C.I.J. Recueil 1985*, p. 135, par. 18, opinions dissidentes de M. Oda et,

ing). In the *Libya/Malta* case, the Court did not think there was any such limitation. The idea of proportionality is inevitably directed to a comparison of the extent to which effect should be given to competing claims to the continental shelf. Such a competition exists just as much in the case of claims to the continental shelf as between opposite coasts as it exists in the case of claims to the continental shelf as between adjacent coasts.

(iv) *The Question Whether Proportionality May Operate as a Factor in the Process of Effecting a Delimitation, and Not Merely as an ex post facto Test of the Equitableness of a Delimitation Carried Out Without Reference to It*

There is a great deal of authority in favour of the view, supported by Norway, that proportionality is only admissible as an *ex post facto* test of equity and operates only to correct — usually on a relatively minor scale — any inequities resulting from a delimitation by whatever method produced¹. It can, no doubt, serve in that way; but I am not persuaded that it must be so confined. There is nothing in the 1969 Judgment indicative of an intent to relegate it to service only as an *ex post facto* test of the equitableness of a delimitation carried out without reference to it. The first and second factors, relating respectively to the general coastal configuration and to the physical and geological structure and natural resources, could obviously be taken into account in the very process of effecting the delimitation. It is difficult to appreciate why the position has to be different as regards the third factor relating to proportionality.

Nor can I see that the position was different in the *Tunisia/Libya* case. The reasonable proportionality factor was reproduced in paragraph 133, subparagraph B (5), of the Judgment in terms almost identical with those of the 1969 formulation, except that, for obvious reasons, it was now to apply not in relation to “the length of [the] coast”, but in relation to “the length of the relevant part of [the] coast”. Also, reflecting the structure of the particular request to the Court, it was now stated as one of the “relevant circumstances . . . to be taken into account in achieving an equitable delimitation”, and not as one of “the factors to be taken into account in the course of the negotiations” (*I.C.J. Reports 1982*, p. 93, para. 133 B (5), and *I.C.J. Reports 1969*, p. 53, para. 101 (D) (3)). But paragraph 133 A of the Judgment, which set out the “principles and rules of international law

¹ See, generally, *Anglo-French Arbitration, RIAA*, Vol. XVIII, pp. 57-58, paras. 98 ff.; *Tunisia/Libya, I.C.J. Reports 1982*, p. 91, para. 131, pp. 92-93, para. 133, and pp. 152-153, paras. 17 ff., Judge Gros, dissenting; *Gulf of Maine, I.C.J. Reports 1984*, pp. 322-323, paras. 184-185, and pp. 334-335, para. 218; *Libya/Malta, I.C.J. Reports 1985*, pp. 44-46; and *Canada/France Arbitration, Award*, paras. 61-63.

p. 184-185, de M. Schwebel). Dans l'affaire *Libye/Malte*, la Cour n'a pas estimé qu'il existait semblable limitation. L'idée de proportionnalité vise inévitablement une comparaison qui porte sur le point de savoir dans quelle mesure il y a lieu de donner effet aux revendications rivales sur le plateau continental. Dans le cas de revendications sur le plateau continental, cette rivalité existe tout autant quand les côtes se font face que lorsqu'il s'agit de côtes adjacentes.

iv) *La question de savoir si la proportionnalité peut entrer en jeu en tant qu'élément du processus de délimitation, et non pas simplement comme moyen de vérifier à posteriori le caractère équitable d'une délimitation réalisée sans référence à la proportionnalité*

Bon nombre d'avis autorisés sont favorables à la thèse, soutenue par la Norvège, qui veut que la proportionnalité ne soit admissible que comme moyen de vérification de l'équité à posteriori et n'entre en jeu que pour corriger — généralement sur des points mineurs — toutes inégalités pouvant résulter d'une délimitation obtenue par la méthode utilisée¹. La proportionnalité peut, nul doute, être employée de cette manière, mais je ne suis pas persuadé qu'il faille la circonscrire à cela. Rien, dans l'arrêt de 1969, n'indique l'intention de la reléguer au rang de moyen de vérification à posteriori du caractère équitable d'une délimitation effectuée sans que l'on ait eu recours à elle. Les premier et deuxième facteurs, concernant d'une part la configuration générale des côtes et d'autre part la structure physique et géologique ainsi que les ressources naturelles, ont manifestement pu être pris en considération au cours du processus même de délimitation. Il est difficile de voir pourquoi il doit nécessairement en être autrement pour le troisième facteur, relatif à la proportionnalité.

Et je ne vois pas non plus que la situation ait été autre dans l'affaire *Tunisie/Libye*. Le facteur relatif au rapport raisonnable a été reproduit dans le paragraphe 133, alinéa B 5, de l'arrêt, dans des termes presque identiques à la formulation de 1969, sauf que, pour des raisons évidentes, il devait en l'occurrence entrer en jeu non pas en ce qui concerne « la longueur [du] littoral » mais pour ce qui était de « la longueur de la partie pertinente [du] littoral ». D'autre part, compte tenu de la structure de la demande adressée en l'espèce à la Cour, le facteur relatif au rapport raisonnable était formulé en l'occurrence comme étant l'une des « circonstances pertinentes ... dont il faut tenir compte pour aboutir à une délimitation équitable », et non pas comme l'un des « facteurs à prendre en considération » « au cours des négociations » (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 93,

¹ Voir, d'une manière générale, *Arbitrage franco-britannique*, RSA, vol. XVIII, p. 188-189, par. 98 et suiv.; *Tunisie/Libye*, *C.I.J. Recueil 1982*, p. 91, par. 131; p. 92-93, par. 133, et p. 152-153, par. 17 et suiv., opinion dissidente de M. Gros; *Golfe du Maine*, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 322-323, par. 184-185, et p. 334-335, par. 218; *Libye/Malte*, *C.I.J. Recueil 1985*, p. 44-46; et *Arbitrage entre le Canada et la France*, sentence, par. 61-63.

applicable for the delimitation”, stated as the very first of these that “the delimitation is to be effected in accordance with equitable principles, and taking account of all relevant circumstances”. Thus, proportionality having been stipulated as one of the relevant circumstances, the dispositif, read as a whole, was effectively propounding a principle or rule of international law which itself directed that the delimitation was to be effected in accordance with equitable principles and taking account of proportionality as a relevant circumstance. I am not able to appreciate how anything in this could reasonably mean that proportionality was not after all to be taken into account in the process of effecting the delimitation, but that it was to serve merely as an *ex post facto* test of the equitableness of a delimitation which had been carried out without taking account of it. If the delimitation was carried out without taking account of proportionality, this would represent a direct breach of the direction in the dispositif that the delimitation should be effected taking account of all relevant circumstances, proportionality being explicitly stated as one of these. It is true that in paragraph 131 of the Judgment, the Court, referring to the ratio between coastal lengths and continental shelf areas, said :

“This result, taking into account all the relevant circumstances, seems to the Court to meet the requirements of the test of proportionality as an aspect of equity.” (*I.C.J. Reports 1982*, p. 91.)

There is a certain orthodoxy about the statement; but I do not consider it sufficient to off-set the interpretation of principle, which the dispositif itself bears, to the effect that the ratio between coastal lengths and continental shelf areas was to be treated not merely as an *ex post facto* test of the equitableness of the result, but as a factor in the actual delimitation process. This, at any rate, was how Judge Gros understood the Judgment (*ibid.*, pp. 152-153, paras. 17 ff.). I think his understanding was right, both as to what the Court meant and as to what it in fact did.

To an extent there has always been a measure of unreality in the debate as to whether proportionality is limited to an *ex post facto* role, or as to whether it may also operate as a factor influencing the primary delimitation. There is some truth in Professor Prosper Weil’s remark :

“In practice the distinction is easily blurred: once chased out through the main door, proportionality has no difficulty in re-entering by the side doors of the disparity of coastal length and of the test *a posteriori*” (CR 93/9, p. 19, 21 January 1993, translation.)

par. 133 B, et *C.I.J. Recueil 1969*, p. 53, par. 101 D). Cependant, le paragraphe 133 A de l'arrêt concernant l'affaire *Tunisie/Libye*, qui énonçait les « principes et règles du droit international applicables à la délimitation », affirmait comme le tout premier de ces principes et règles que « la délimitation doit s'opérer conformément à des principes équitables en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes ». Ainsi, la proportionnalité ayant été stipulée comme l'une des circonstances pertinentes, le dispositif, considéré dans son ensemble, exposait effectivement un principe ou une règle du droit international qui lui-même ordonnait que la délimitation soit effectuée conformément à des principes équitables et en tenant compte de la proportionnalité en tant que circonstance pertinente. Je ne vois pas comment quoi que ce soit, dans tout cela, pourrait raisonnablement signifier que la proportionnalité ne devait pas, après tout, être prise en compte dans le processus de délimitation, et qu'elle devait servir simplement de moyen de s'assurer à posteriori du caractère équitable d'une délimitation préalablement effectuée sans référence à cette proportionnalité. Si la délimitation était effectuée sans qu'il soit tenu compte de la proportionnalité, cela représenterait une infraction directe à la directive du dispositif selon laquelle la délimitation devait s'opérer en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes, la proportionnalité étant explicitement rangée parmi ces circonstances. Il est vrai qu'au paragraphe 131 de l'arrêt la Cour, évoquant le rapport entre la longueur des côtes et les zones de plateau continental, a déclaré ce qui suit :

« De l'avis de la Cour, ce résultat, qui tient compte de toutes les circonstances pertinentes, paraît satisfaire aux critères de proportionnalité en tant qu'aspect de l'équité. » (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 91.)

Il y a une certaine orthodoxie dans cette déclaration. Mais je ne la considère pas comme suffisante pour contrebalancer l'interprétation de principe, que le dispositif lui-même confirme, à savoir que le rapport entre la longueur des côtes et les zones de plateau continental doit être traité non pas simplement comme un moyen de vérifier à posteriori le caractère équitable du résultat, mais comme un facteur dans le cadre du processus même de délimitation. Telle est en tout cas la manière dont M. Gros a compris l'arrêt (*ibid.*, p. 152-153, par. 17 et suiv.). Je pense que sa manière de le comprendre était la bonne, à la fois pour ce que la Cour a voulu dire et pour ce qu'elle a fait en réalité.

Jusqu'à un certain point, il y a toujours eu une certaine irréalité dans le débat qui concerne la question de savoir si la proportionnalité se borne à un rôle à posteriori ou si elle peut aussi jouer un rôle de facteur influant sur la délimitation initiale. Il y a une certaine vérité dans l'observation de M. Prosper Weil :

« Pratiquement, la distinction se brouille facilement : chassée par la grande porte, la proportionnalité n'a pas de difficulté à revenir par les petites portes de la disparité des longueurs côtières et du test à posteriori. » (CR 93/9, p. 19, 21 janvier 1993.)

But the true inference is not illegality, but inevitability. In the form of a comparison of coastal lengths, proportionality made a frontal appearance in the *Libya/Malta* case. There, the Court made a distinction between using a disparity in coastal lengths as an element in the determination of the delimitation line, and using, as an *ex post facto* test of the equitableness of the result, the proportion between coastal lengths and corresponding maritime areas, the latter being arithmetical, the former taken in the round (*I.C.J. Reports 1985*, pp. 49 ff., pp. 52 ff.; pp. 72 ff., Vice-President Sette-Camara, separate opinion; pp. 82 ff., joint separate opinion; and pp. 138 ff., Judge Oda, dissenting). As I understand the case, the delimitation exercise consisted of two steps, the first step being the provisional establishment of a median line, and the second being the northward shift of that line. Thus, the disparity in coastal lengths, which was the reason for the northward shift, was taken into account in the very process of establishing the delimitation line. It was only after this had been done that the Court turned to consider the question of verifying the equitableness of the results of the delimitation so executed by reference to the ratios between coastal lengths and corresponding maritime areas (see, generally, *ibid.*, pp. 48-55, paras. 66-75). Not surprisingly, no material discrepancy was disclosed.

And why “not surprisingly”? Because, as a matter of common sense, there is no purpose in taking into account a disparity in coastal lengths in the process of effecting a delimitation unless the intention is that the disparity is to be reflected in the rights of the parties as assigned to them by the delimitation line. But now, if the question is asked what are these rights, the answer can only be rights over the continental shelf. And here comes the crucial question: How are these rights over the continental shelf estimated? Surely by reference to the areal division accomplished by the line. It is not easy to apprehend how it is possible to affirm that a disparity in coastal lengths may be taken into account in the process of determining a delimitation line, while firmly eschewing the making of any comparison, in the course of the same process, between the extent of that disparity and the extent of any disparity in the corresponding maritime areas which might be produced by any proposed line. The proposition presses sophistication to the point of disbelief.

Unless, when taking account of a disparity in coastal lengths in the process of effecting a delimitation, one at the same time has an eye to the ultimate effect of the operation on the extent of the maritime areas which the delimitation will assign to each claimant, the disparity in coastal lengths will not have been realistically taken into account when effecting the delimitation. Conversely, as the available cases suggest, where a disparity in coastal lengths has been realistically taken into account, any ex

Cependant, la véritable inférence n'est pas l'illégalité, mais l'inévitabilité. Sous la forme d'une comparaison entre les longueurs de côtes, la proportionnalité est apparue en pleine lumière dans l'affaire *Libye/Malte*. Dans cette affaire, la Cour a distingué entre d'une part le fait de considérer une disparité de longueurs des côtes comme un élément de la détermination de la ligne de délimitation, et d'autre part le fait de recourir, à titre de moyen de vérifier a posteriori l'équité du résultat, à la proportion entre la longueur des côtes et les zones maritimes correspondantes, en faisant appel dans le premier cas à l'arithmétique et dans le second à des approximations (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 49 et suiv., p. 52 et suiv.; p. 72 et suiv., opinion individuelle de M. Sette-Camara, Vice-Président; p. 82 et suiv., opinion conjointe de MM. Ruda, Bedjaoui et Jiménez de Aréchaga; et p. 138 et suiv., opinion dissidente de M. Oda). Comme je comprends l'affaire, l'opération de délimitation a comporté deux étapes, la première étant l'établissement à titre provisoire d'une ligne médiane, et la seconde le déplacement de cette ligne vers le nord. Ainsi, la disparité de longueurs des côtes, qui a été la raison du déplacement en direction du nord, a été prise en considération au cours du processus même d'établissement de la ligne de délimitation. C'est seulement une fois cela accompli que la Cour a entrepris d'examiner la question de la vérification du caractère équitable des résultats de la délimitation ainsi exécutée par référence aux rapports entre les longueurs des côtes et les zones maritimes correspondantes (voir, d'une manière générale, *ibid.*, p. 48-55, par. 66-75). Aucun manquement grave à l'équité n'est apparu, ce qui n'est pas surprenant.

Et pourquoi « pas surprenant »? Parce que — c'est le bon sens qui le dit — il n'y a aucun intérêt à tenir compte d'une disparité de longueurs des côtes au cours du processus de délimitation si l'intention n'est pas de faire en sorte que la disparité soit reflétée dans les droits des parties tels qu'ils sont assignés à ces dernières par la ligne de délimitation. Or, si l'on demande ce que sont ces droits, la réponse ne peut être que : des droits sur le plateau continental. Et ici intervient la question cruciale : comment ces droits sur le plateau continental sont-ils estimés? Sans aucun doute par référence à la division zonale accomplie par la ligne. Il n'est pas facile de voir comment il est possible d'affirmer que l'on peut prendre en considération une disparité de longueurs des côtes au cours du processus de détermination d'une ligne de délimitation, tout en évitant à tout prix de faire la moindre comparaison, au cours du même processus, entre l'étendue de cette disparité et l'étendue de toute disparité des zones maritimes correspondantes qui pourrait résulter de la ligne envisagée. Un tel raffinement ne peut que provoquer l'incrédulité.

Si, lorsqu'on tient compte d'une disparité dans la longueur des côtes au cours du processus de délimitation, on n'a pas en même temps une vision des effets qu'aura en définitive cette opération sur l'étendue des zones maritimes que la délimitation assignera à chacune des parties, alors la disparité de longueurs des côtes n'aura pas été prise en considération de manière réaliste au moment de la délimitation. Inversement, comme l'indique la jurisprudence disponible, lorsqu'une disparité de longueurs

post facto test is unlikely to reveal anything inequitable in the result so far as proportionality between coastal lengths and continental shelf areas is concerned (see *Tunisia/Libya*, *I.C.J. Reports 1982*, p. 91, para. 131; and *Libya/Malta*, *I.C.J. Reports 1985*, pp. 53-55, para. 75, and p. 56, para. 78). Or, to put it another way, the very fact that in such cases the *ex post facto* test revealed no material disproportionality strongly suggests that, in the course of effecting the delimitation, account must in fact have been taken of the possible effect of the delimitation on the ratio between coastal lengths and maritime areas. That the *ex post facto* test revealed no material disproportionality was not a miraculous coincidence; it was a logical consequence of account having been realistically taken of the disparity in coastal lengths in the process of delimitation. It may be remarked that the dispositive in the *Libya/Malta* case treated "the disparity in the lengths of the relevant coasts" on the same footing as "the need to avoid in the delimitation any excessive disproportion" as between coastal lengths and continental shelf areas, both being referred to as "circumstances and factors to be taken into account in achieving an equitable delimitation" (*I.C.J. Reports 1985*, p. 57).

As mentioned above, the cases establish that proportionality as between coastal lengths cannot be used as a method of delimitation. Were proportionality to be used in that way, "it would", as the Court said, "be at once the principle of entitlement to continental shelf rights and also the method of putting that principle into operation" (*ibid.*, p. 45, para. 58). But the point to be emphasized is that the Court did accept it as "the principle of entitlement". That is important because earlier in the same Judgment the Court said,

"Neither is there any reason why a factor which has no part to play in the establishment of title should be taken into account as a relevant circumstance for the purposes of delimitation." (*Ibid.*, p. 35, para. 40; and see *ibid.*, pp. 46-47, para. 61.)

This statement may reasonably be thought to suggest that proportionality, being "the principle of entitlement", is admissible as a relevant factor for the purpose of delimitation, even if it cannot by itself serve as a method for constructing any particular line.

In brief, it is not possible to overlook the fact that it is "the extension in space of the sovereign powers and rights" of the State through its coastal front which generates its entitlement to continental shelf rights (*Aegean Sea Continental Shelf*, *I.C.J. Reports 1978*, p. 35, para. 85, and p. 36, para. 86; *Tunisia/Libya*, *I.C.J. Reports 1982*, p. 61, paras. 73-74; *Libya/Malta*, *I.C.J. Reports 1985*, pp. 40-41, paras. 47, 49, and p. 83, para. 21, joint separate opinion); that "the coast of the territory of the State is the decisive factor for title to submarine areas adjacent to it" (*Tunisia/Libya*, *I.C.J. Reports 1982*, p. 61, para. 73; emphasis added); that a longer coast

des côtes a été prise en considération de manière réaliste, il est peu probable qu'une vérification à posteriori révèle quoi que ce soit d'inéquitable dans le résultat en ce qui concerne la proportionnalité entre les longueurs des côtes et les zones de plateau continental (voir *Tunisie/Libye, C.I.J. Recueil 1982*, p. 91, par. 131, et *Libye/Malte, C.I.J. Recueil 1985*, p. 53-55, par. 75, et p. 56, par. 78). Ou encore, pour dire les choses autrement, le fait même que dans ces affaires la vérification à posteriori n'a révélé aucune disproportion importante conduit nettement à penser qu'au cours de l'opération de délimitation il a dû en réalité être tenu compte de l'effet de la délimitation sur le rapport entre les longueurs des côtes et les zones maritimes. Que le test à posteriori n'ait révélé aucune disproportion importante n'était pas une coïncidence miraculeuse, mais la conséquence logique de la considération qui avait été accordée avec réalisme à la disparité de longueurs des côtes au cours du processus de délimitation. Il y a lieu de relever que le dispositif de l'affaire *Libye/Malte* mettait «la disparité des longueurs des côtes pertinentes» sur le même pied que «la nécessité d'éviter dans la délimitation toute disproportion excessive» entre les longueurs des côtes et les zones de plateau continental, l'une et l'autre étant appelées «circonstances et facteurs à prendre en considération pour parvenir à une délimitation équitable» (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 57).

Comme il a été dit plus haut, la jurisprudence établit que la proportionnalité entre les longueurs de côtes ne peut pas être utilisée comme méthode de délimitation. Si elle devait l'être, elle «serait alors», comme l'a dit la Cour, «à la fois le principe du titre sur le plateau continental et la méthode permettant de mettre ce principe en œuvre» (*ibid.*, p. 45, par. 58). Mais le point sur lequel il faut insister, c'est que la Cour l'a en réalité acceptée comme «principe du titre». Cela est important étant donné que, dans le même arrêt, la Cour avait déclaré :

«Quant à faire jouer un rôle comme circonstance pertinente aux fins de la délimitation à un facteur qui n'en joue aucun pour la validité du titre juridique, on ne voit à cela aucune raison non plus.» (*Ibid.*, p. 35, par. 40; voir aussi *ibid.*, p. 46-47, par. 61.)

Ce passage — on peut raisonnablement le penser — laisse entendre que la proportionnalité, étant «le principe du titre», est recevable comme facteur pertinent aux fins de la délimitation, même si elle ne peut pas par elle-même servir de méthode pour construire une ligne.

Bref, il n'est pas possible de négliger le fait que c'est l'extension dans l'espace des pouvoirs et droits souverains de l'Etat à travers sa façade côtière qui engendre son titre en ce qui concerne les droits sur le plateau continental (*Plateau continental de la mer Egée, C.I.J. Recueil 1978*, p. 35, par. 85, et p. 36, par. 86; *Tunisie/Libye, C.I.J. Recueil 1982*, p. 61, par. 73-74; *Libye/Malte, C.I.J. Recueil 1985*, p. 40-41, par. 47, 49, et p. 83, par. 21, opinion conjointe de MM. Ruda, Bedjaoui et Jiménez de Aréchaga); que «c'est la côte du territoire de l'Etat qui est déterminante pour créer le titre sur les étendues sous-marines bordant cette côte» (*Tunisie/Libye,*

will tend to generate a greater area of continental shelf than a shorter coast, as implied in the *North Sea* cases (*I.C.J. Reports 1969*, p. 54, para. 101 (D) (3)); and that, consequently, where there is a lack of comparability between the two coasts in question, this should in principle enter as a factor into the very process of establishing the delimitation line with a view to ensuring a tolerable relationship between coastal lengths and continental shelf areas.

PART III. THE DISPARITY IN COASTAL LENGTHS

A preliminary remark is this. On both of the proposals presented, Jan Mayen would get a maritime area greater than what is proportionate to its coastal length; this is so even on Denmark's proposal. There is no suggestion that the island's share should be strictly limited by proportionality. The question is whether the marked disparity in coastal lengths should be altogether disregarded. If it is, as it would practically be on Norway's proposal, a kilometre of Jan Mayen's coast would have six times as great a maritime area as a kilometre of the coast of East Greenland. Would the use of a median line which produces this result be equitable?

However odd its shape might be, a line of equidistance, if correctly drawn, is, from a geometrical point of view, never distorted (see *I.C.J. Pleadings, North Sea Continental Shelf*, Vol. II, p. 153, Mr. Jacobsen, Agent for Denmark). Yet, in response to particular geographical features, it could assume a configuration which might be regarded as creative of a special circumstance disqualifying it for use as an equitable boundary under Article 6, paragraph 1, of the 1958 Convention. Putting aside cases in which the configuration of the median line is so affected, are there situations in which the median line is disqualified for use by reason simply of the proportions in which it divides the continental shelf area? In this case, for example, would the disproportionality in areas produced by that line be a special circumstance disqualifying it for use? Denmark would answer in the affirmative; Norway in the negative.

In an interesting way each Party rested its case on the idea of equality, which however was understood in these different ways:

- (a) equality in the sense of equal division of overlapping areas, as mentioned by the Court in 1969, a division which Norway contended would largely be accomplished by a median line, with any inequality being in favour of Denmark;

C.I.J. Recueil 1982, p. 61, par. 73; les italiques sont de moi); qu'une côte plus longue aura tendance à engendrer une zone de plateau continental plus grande que celle qui serait engendrée par une côte plus courte, comme cela est implicite dans les affaires de la *Mer du Nord* (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 54, par. 101 D 3); et qu'en conséquence, lorsque les deux côtes en cause ne sont pas comparables, cela devrait en principe devenir l'un des facteurs du processus même d'établissement de la ligne de délimitation en vue d'assurer un rapport tolérable entre les longueurs de côtes et les zones de plateau continental.

TROISIÈME PARTIE. LA DISPARITÉ DE LONGUEURS DES CÔTES

Une remarque préliminaire s'impose. Selon l'une et l'autre des propositions présentées, Jan Mayen obtiendrait une zone maritime plus grande que celle qui correspondrait à la longueur de ses côtes; il en est ainsi même selon la proposition du Danemark. Ce n'est pas à dire que la part de l'île devrait être strictement limitée par la proportionnalité. La question est de savoir si la disparité marquée de longueurs des côtes devrait être complètement négligée. Si elle l'est, comme elle le serait pratiquement dans la perspective de la proposition de la Norvège, un kilomètre de la côte de Jan Mayen aurait six fois plus de zone maritime qu'un kilomètre de la côte du Groenland oriental. Le recours à une ligne médiane produisant ce résultat serait-il équitable?

Si étrange que sa forme puisse être, une ligne d'équidistance, si elle est correctement tracée, n'est jamais, d'un point de vue géométrique, déformée (voir *C.I.J. Mémoires, Plateau continental de la mer du Nord*, vol. II, p. 153, M. Jacobsen, agent du Danemark). Cependant, sous l'effet de caractéristiques géographiques particulières, elle risque de revêtir une configuration pouvant être considérée comme créant une circonstance spéciale qui lui ôterait la qualité de ligne de délimitation équitable au sens du paragraphe 1 de l'article 6 de la convention de 1958. En laissant de côté les cas où la configuration de la ligne médiane est ainsi caractérisée, y a-t-il des situations dans lesquelles la ligne médiane serait à écarter simplement en raison des proportions dans lesquelles elle divise la zone de plateau continental? Dans la présente affaire, par exemple, la disproportion entre les zones qui est produite par cette ligne serait-elle une circonstance spéciale devant conduire à écarter cette ligne et empêchant d'y avoir recours? Le Danemark répondrait par l'affirmative, la Norvège par la négative.

Il est intéressant de noter que chacune des Parties a conclu son plaidoyer sur l'idée d'égalité, qui cependant était comprise de plusieurs manières différentes, à savoir:

- a) égalité au sens de division égale des zones de chevauchement, évoquée par la Cour en 1969, division qui, a soutenu la Norvège, serait en grande partie accomplie par une ligne médiane, toute inégalité étant en faveur du Danemark;

- (b) equality in the sense in which a median line effects an equal division of the distance between opposite coasts; and
- (c) equality in the sense of comparing like with like, with the consequence that to treat coasts of unequal length as if they were of equal length would be to treat them unequally.

Norway contended for (a) and (b); Denmark contended for (c). They are dealt with respectively in Sections (i), (ii) and (iii) below. Inevitably, the treatment is not neatly compartmentalized, and permeating the whole is the question of proportionality considered in Part II. It may be added that, in general, Norway tended to de-emphasize proportionality and to stress equal division, while Denmark tended to stress proportionality and to de-emphasize equal division.

(i) *Norway's Claim Considered on the Basis of the Case-Law concerning Equal Division of Overlapping Areas*

I begin with the first of the two senses in which Norway rested its claim to a median line on the idea of equality. This is the sense in which the case-law speaks of equal division of overlapping areas.

I understood Norway to be contending that what has to be delimited is not the whole of the continental shelf lying between the two opposite coasts, but only the smaller part within this wider area which is enclosed by the two overlapping 200-mile lines projected from each coast; that the principle established by the case-law is that this area of overlap should be divided equally; and that, although the median line would tend to favour Greenland somewhat even within the area of overlap, yet, from a practical point of view, it would effect a fairly equal division of this area (Counter-Memorial, Vol. I, pp. 124-126, paras. 421-424; pp. 147-148, paras. 498-502; and Rejoinder, pp. 170 ff.).

There are two questions which I propose to examine. First, is the premise of Norway's position correct, in so far as it seems to be asserting that what is being delimited is not the entire continental shelf lying between the two opposite coasts, but only the smaller area of overlap lying in the middle of the larger area? Second, in so far as the case-law speaks of the area of overlap being divided by the median line equally, does it contemplate all conceivable cases regardless of disparities in coastal lengths, or only cases in which the coastal lengths are comparable?

As to the first question, naturally the delimitation line would not lie outside the area of overlap. But, once constructed, what the line delimits is not the area of overlap, but the continental shelf lying between the two

- b) égalité dans le sens où une ligne médiane effectue une division par parts égales de la distance entre côtes se faisant face;
- c) égalité dans le sens de la comparaison entre choses comparables, avec cette conséquence que le fait de traiter des côtes de longueur inégale comme si elles étaient d'égale longueur équivaldrait à les traiter de façon contraire à l'égalité.

La Norvège a plaidé pour *a)* et *b)*, le Danemark pour *c)*. Ces différents points sont examinés respectivement dans les sections i), ii) et iii) ci-après. Inévitablement, le traitement n'est pas parfaitement compartimenté, et le tout demeure imprégné de la question de la proportionnalité, examinée dans la deuxième partie. Il y a lieu d'ajouter qu'en général la Norvège a eu tendance à minimiser la proportionnalité et à mettre d'accent sur la division par parts égales, tandis que le Danemark a eu tendance à insister sur la proportionnalité et à minimiser la division par parts égales.

i) La demande de la Norvège au regard de la jurisprudence concernant la division par parts égales des zones de chevauchement

Je commence par le premier des deux sens dans lesquels la Norvège a conclu sa revendication relative à une ligne médiane en invoquant l'idée d'égalité. C'est le sens dans lequel la jurisprudence parle de division par parts égales des zones de chevauchement.

Telle que je l'ai comprise, la Norvège soutenait que ce qui doit être délimité, ce n'est pas la totalité du plateau continental situé entre les deux côtes se faisant face, mais seulement la partie qui, à l'intérieur de cette zone plus vaste, est comprise entre les deux lignes de 200 milles se chevauchant projetées à partir de chaque côte; que le principe établi par la jurisprudence est que cette zone de chevauchement doit être divisée par parts égales; et que, bien que la ligne médiane tende à favoriser dans une certaine mesure le Groenland même à l'intérieur de la zone de chevauchement, d'un point de vue pratique, elle aboutirait à une division sensiblement par parts égales de cette zone (contre-mémoire, vol. I, p. 124-126, par. 421-424; p. 147-148, par. 498-502; et duplique, p. 170 et suiv.).

Il y a deux questions que je me propose d'examiner. Premièrement, la prémisses de la Norvège est-elle fondée, dans la mesure où elle semble affirmer que ce que l'on est en train de délimiter, ce n'est pas la totalité du plateau continental compris entre les deux côtes se faisant face, mais seulement la zone de chevauchement située au milieu de la zone plus vaste? Deuxièmement, dans la mesure où la jurisprudence dit que la zone de chevauchement est divisée par la ligne médiane en parts égales, envisage-t-elle tous les cas concevables indépendamment des disparités de longueurs des côtes, ou seulement dans les cas où les longueurs de côtes sont comparables?

A la première question, on répondra que naturellement la ligne de délimitation ne se situerait pas en dehors de la zone de chevauchement. Cependant, une fois la ligne construite, ce qu'elle délimite, ce n'est pas la

opposite coasts. This must be so because what Article 6, paragraph 1, of the 1958 Convention speaks of is “the boundary of the continental shelf appertaining to [opposite] States” — words which I would construe to refer to a boundary relating to the entire continental shelf lying between the opposite coasts. Likewise, paragraph 3 of the provision speaks of “delimiting the boundaries of the continental shelf”.

Even if it is only the area of overlap which is being delimited, the delimitation must take account of the factor of a reasonable degree of proportionality, and this in turn takes account of the ultimate effect of the delimitation line on the position of the parties within the whole of the continental shelf areas appertaining to them (*North Sea, I.C.J. Reports 1969*, p. 54, para. 101 (D) (3), and *Libya/Malta, I.C.J. Reports 1985*, pp. 54-55, para. 75). That factor will obviously have to be taken into account in relation to the whole of the continental shelf in a case in which, the distance between the coasts being less than 200 miles, the whole of the shelf is within the area of overlap. I cannot see that it can apply any the less to the whole of the continental shelf where, as in this case, the distance is greater than 200 miles.

Thus, it cannot, in my view, be right to proceed on a premise which suggests that the equitableness of a delimitation line is not affected by the repercussions of the line on the continental shelf outside the inner area of overlap within which the line is constructed.

Now to the second question, as to whether the case-law on equal division contemplated all conceivable cases regardless of disparities in coastal lengths.

The arguments reached back to two ways in which the 1969 Judgment dealt with the matter. The passage which was emphasized by Norway was the following :

“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.” (*I.C.J. Reports 1969*, p. 36, para. 57.)

The passage which was stressed by Denmark was this :

“In a sea with the particular configuration of the North Sea, and in view of the particular geographical situation of the Parties’ coastlines upon that sea, the methods chosen by them for the purpose of fixing the delimitation of their respective areas may happen in certain localities to lead to an overlapping of the areas appertaining to them. The Court considers that such a situation must be accepted as a given fact

zone de chevauchement, mais le plateau continental situé entre les deux côtes se faisant face. S'il en est ainsi, c'est parce que ce dont parle le paragraphe 1 de l'article 6 de la convention de 1958, c'est de « la délimitation du plateau continental entre [des] Etats » « dont les côtes se font face », termes que j'interpréterai comme se rapportant à une délimitation concernant la totalité du plateau continental situé entre les côtes se faisant face. De même, le paragraphe 3 de la disposition parle de « délimitation du plateau continental ».

Même si c'est seulement la zone de chevauchement qui est à délimiter, la délimitation doit tenir compte du facteur relatif à un rapport raisonnable, et cela, à son tour, tient compte de l'effet ultime de la ligne de délimitation sur la position des parties à l'intérieur de la totalité des zones de plateau continental qui relèvent d'elles (*Mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 54, par. 101 D 3, et *Libye/Malte, C.I.J. Recueil 1985*, p. 54-55, par. 75). Ce facteur devra manifestement être pris en considération dans le contexte de l'ensemble du plateau continental dans une affaire où, la distance entre les côtes étant inférieure à 200 milles, la totalité du plateau se trouve à l'intérieur de la zone de chevauchement. Je ne vois pas comment il ne peut s'appliquer tout autant à l'ensemble du plateau continental lorsque, comme dans la présente affaire, la distance est supérieure à 200 milles.

Ainsi, selon moi, l'on ne saurait partir d'une prémisse qui indique que le caractère équitable d'une ligne de délimitation n'est pas touché par les répercussions de la ligne sur le plateau continental en dehors de la zone interne de chevauchement à l'intérieur de laquelle la ligne est construite.

Passons maintenant à la deuxième question, celle de savoir si la jurisprudence concernant la division par parts égales a envisagé tous les cas concevables indépendamment des disparités de longueurs de côtes.

Dans leurs argumentations, les Parties se sont référées à deux aspects de la façon dont l'arrêt de 1969 a traité la question. Le passage qui a été souligné par la Norvège était le suivant :

« 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. » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 36, par. 57).

Le passage sur lequel le Danemark a mis l'accent se lisait comme suit :

« Dans une mer qui a la configuration particulière de la mer du Nord et en raison de la situation géographique particulière des côtes des Parties dans cette mer, il peut se faire que les méthodes choisies pour fixer la délimitation des zones respectives conduisent en certains secteurs à des chevauchements entre les zones relevant des Parties. La Cour considère qu'il faut accepter cette situation comme

and resolved either by an agreed, or failing that by an equal division of the overlapping areas, or by agreements for joint exploitation, the latter solution appearing particularly appropriate when it is a question of preserving the unity of a deposit.” (*I.C.J. Reports 1969*, p. 52, para. 99. And see *ibid.*, p. 53, para. 101 (C) (2).)

Relying on this passage, and on the associated elements of the *dispositif*, Denmark concluded that:

“the asserted principle of equal division supposed to be derived from that case was to apply only in those marginal areas of overlap, not in the delimitation as a whole” (Reply, Vol. I, p. 153, para. 416).

Both of the two passages from the 1969 Judgment speak of equal division. But there is one element in the first passage which is absent from the second, namely, a reference to the use of the median line in a delimitation between opposite States. The second passage prescribed the objective (barring agreement) of equal division of marginal areas of overlap, but stipulated no particular method of delimitation for achieving it; equal division does not necessarily imply the use of the median line. In view of this difference, I am not able to accept Denmark’s submission that the idea of equal division, as referred to in the first passage, is restricted to the case of marginal areas of overlap dealt with in the second.

But the question remains whether the idea of equal division applies to every delimitation as between opposite States regardless of disparities in coastal lengths. Here it is worth bearing in mind that a court in making a statement cannot always visualize all the varied circumstances to which it may later be sought to apply the statement. Is it really clear that, in speaking in 1969 of equal division by a median line of the continental shelf between “opposite States”, this Court visualized all conceivable cases, however peculiar, in which one State may be said to be “opposite” to another? What was the picture in its mind when it spoke of “opposite States”? The thing furthest from the mind of the Court was a situation in which a small island and a long mainland coast were confronting each other as the primary components of the relevant geographical area. The sense in which the Court considered the position of islands was that in which “islets, rocks and minor coastal projections” might operate to distort a median line (*I.C.J. Reports 1969*, p. 36, para. 57). With the view which the Court then took of natural prolongation as being physical in character, it is doubtful that it would have entertained the idea of the natural prolongation of a small island coast realistically meeting and overlapping with the whole of the natural prolongation of a mainland coast nine times as long, in the practical sense in which the natural prolongations of two comparable and opposite coasts would. It is even less likely that the Court would have

une donnée de fait et la résoudre soit par une division des zones de chevauchement effectuée par voie d'accord ou, à défaut, par parts égales, soit par des accords d'exploitation en commun, cette dernière solution paraissant particulièrement appropriée lorsqu'il s'agit de préserver l'unité d'un gisement. » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 52, par. 99; voir aussi *ibid.*, p. 53, par. 101 C 2.)

S'appuyant sur ce passage, et sur les éléments connexes du dispositif, le Danemark a conclu en ces termes :

« le principe de division par parts égales qu'invoque la Norvège en se fondant sur cette affaire ne devait s'appliquer que dans les zones marginales où il y a chevauchement, et non à la délimitation dans son ensemble » (réplique, vol. I, p. 153, par. 416).

L'un et l'autre passage de l'arrêt de 1969 parlent de division par parts égales. Mais il y a dans le premier passage un élément qui est absent du second, à savoir une mention du recours à la ligne médiane dans le cadre d'une délimitation entre Etats se faisant face. Le second passage prescrivait l'objectif (sauf accord) d'une division par parts égales des zones marginales de chevauchement, mais ne stipulait aucune méthode particulière de délimitation pour atteindre cet objectif; la division par parts égales n'implique pas nécessairement le recours à la ligne médiane. Etant donné cette différence, je ne suis pas en mesure d'accepter la conclusion du Danemark selon laquelle l'idée de division par parts égales, telle qu'elle figure dans le premier passage, est circonscrite au cas de zones marginales de chevauchement dont il est question dans le second.

Mais la question demeure de savoir si l'idée d'une division par parts égales s'applique à toute délimitation entre Etats se faisant face indépendamment des disparités de longueurs des côtes. Il y a lieu de rappeler ici qu'un tribunal, lorsqu'il fait une déclaration, ne peut pas toujours envisager toutes les circonstances variées auxquelles on pourrait lui demander par la suite d'appliquer les termes de sa déclaration. Est-il réellement certain que, lorsqu'elle parlait en 1969 de division par parts égales par une ligne médiane du plateau continental entre « Etats se faisant face », la Cour internationale de Justice a bien eu à l'esprit tous les cas concevables, si particuliers fussent-ils, dans lesquels on peut dire qu'un Etat « fait face » à un autre? Quelle image avait-elle en vue quand elle parlait d'« Etats se faisant face »? Rien n'était plus éloigné de l'esprit de la Cour qu'une situation dans laquelle une petite île et une longue côte continentale seraient mutuellement en présence en tant qu'éléments principaux de la zone géographique pertinente. Le sens dans lequel la Cour a considéré la position des îles était celui où il s'agissait « des îlots, des rochers ou des légers saillants de la côte » qui pouvaient avoir pour effet de déformer une ligne médiane (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 36, par. 57). Etant donné qu'à l'époque la Cour considérait le prolongement naturel comme ayant un caractère physique, il est douteux qu'elle aurait eu l'idée du prolongement naturel d'un petit littoral insulaire rencontrant et chevauchant vraiment la totalité du prolongement naturel d'une côte continentale neuf fois plus longue,

taken that view where the distance between the coasts was as great as it is in this case.

Referring to the Court's 1969 dictum on the principle of equal division by a median line, counsel for Norway cited the following comment in the ninth edition of Oppenheim's *International Law* (Vol. 1, p. 779, fn. 10):

"But of course, except in the unlikely case of exactly corresponding coastlines, a median line never does effect an *equal* division of areas, nor does it seek to do so." (CR 93/7, p. 51, 19 January 1993, Professor Brownlie.)

One readily agrees. The point had in substance been made to the Court in the course of the oral arguments concerning Judge Sir Gerald Fitzmaurice's third question. In his answer, Sir Humphrey Waldock expressly stated "that even median lines by no means guarantee an equal division of areas whether in a narrow or more extensive continental shelf" (*I.C.J. Pleadings, North Sea Continental Shelf*, Vol. II, p. 275. And see *ibid.*, pp. 163 and 248 ff.). It would not be right to suppose that the Court overlooked the point; nor had it been given any good reason to disagree with it. So the question which arises is this. When the Court said that a median line "must" divide areas equally, did the Court fall into error, regard being had to the fact that a median line does not always do that? Or, would the more reasonable interpretation be to read the Court's reference to equal division by a median line as contemplating cases in which two States were "opposite States" in the sense of having coastlines which were comparable and which could in consequence lead to equal division by a median line, at any rate with the non-mathematical roughness tolerable in maritime delimitation? Recognizing that some circularity of argument is not altogether absent, I would nevertheless elect for the second view and conclude that, when the Court said that a median line "must effect an equal division", it could not have intended to include situations in which a median line could not possibly achieve that result, such as the instant case in which one coast is nine times as long as the other. In my opinion, there is no compelling basis for suggesting that the Court's reference to a median line as effecting an equal division was intended to apply in all conceivable situations in which prolongations overlapped; manifestly a median line could not always do that, and the Court might reasonably be credited with knowing this.

dans le sens pratique où les prolongements naturels de deux côtes comparables et se faisant face se rencontreraient et se chevaucheraient. Il est encore moins probable que la Cour aurait adopté cette façon de voir dans un cas où la distance entre les côtes aurait été aussi grande qu'elle l'est dans la présente affaire.

Se référant au *dictum* de la Cour de 1969 concernant le principe de la division par parts égales par une ligne médiane, le conseil de la Norvège a cité le commentaire suivant, qui figure dans la neuvième édition de l'*International Law* d'Oppenheim (vol. I, p. 779, note 10) :

« Mais bien sûr, sauf le cas invraisemblable de rivages qui se correspondent exactement, une ligne médiane n'opère jamais une division par *parts égales* des espaces, et ne prétend d'ailleurs pas le faire » (CR 93/7, p. 51, 19 janvier 1993, M. Brownlie).

On ne peut qu'être d'accord. Cet argument avait, en substance, été présenté à la Cour lors des plaidoiries orales concernant la troisième question de sir Gerald Fitzmaurice. Dans sa réponse, sir Humphrey Waldock a expressément déclaré : « même les lignes médianes ne garantissent en aucune façon une division par parts égales des zones, qu'il s'agisse du plateau continental au sens étroit ou dans un sens plus large » (*C.I.J. Mémoires, Plateau continental de la mer du Nord*, vol. II, p. 275; voir aussi *ibid.*, p. 163 et 248 et suiv.). Il serait erroné de supposer que ce point a échappé à la Cour, et on ne lui avait pas non plus donné de bonnes raisons pour ne pas l'admettre. Ainsi la question qui se pose est la suivante : quand la Cour a déclaré qu'une ligne médiane « devait » diviser les zones par parts égales, y a-t-il eu erreur de sa part, compte tenu du fait qu'une ligne médiane ne fait pas toujours cela ? Mais l'interprétation la plus raisonnable ne serait-elle pas de considérer que, lorsque la Cour parlait de division par parts égales par une ligne médiane, elle envisageait des cas où deux Etats étaient des « Etats se faisant face » en ce sens qu'ils avaient des littoraux qui étaient comparables et qui pouvaient en conséquence conduire à une division par parts égales par une ligne médiane, tout au moins avec l'approximation non mathématique qui est tolérable en matière de délimitation maritime ? Tout en reconnaissant que le raisonnement est quelque peu circulaire, je pencherais néanmoins pour la deuxième façon de voir et conclurais que, lorsque la Cour a déclaré qu'une ligne médiane « devait » opérer une division par parts égales, il n'est pas possible qu'elle ait eu l'intention d'appliquer cela à des situations dans lesquelles une ligne médiane ne pourrait absolument pas parvenir à ce résultat, telles que la situation dans la présente affaire, où l'une des côtes est neuf fois plus longue que l'autre. A mon avis, aucune raison convaincante ne permet de penser que, lorsque la Cour a parlé d'une ligne médiane opérant une division par parts égales, elle entendait que cela devait s'appliquer à toutes les situations concevables dans lesquelles des prolongements se chevaucheraient ; manifestement, une ligne médiane ne pouvait pas toujours opérer de la sorte, et l'on peut raisonnablement faire confiance à la Cour pour ne pas avoir ignoré cela.

Counsel for Norway cited certain other decisions which referred to paragraph 57 of the Court's 1969 Judgment, or to the principle it enunciated, namely, the cases of the *Gulf of Maine*, *Libya/Malta* and the *Anglo-French Arbitration*. These do not really take the matter further.

In referring to the question of equal division by a median line, the Chamber in 1984 expressly incorporated an important caveat when it said —

“it is inevitable that the Chamber's basic choice should favour a criterion long held to be as equitable as it is simple, namely that in principle, *while having regard to the special circumstances of the case*, one should aim at an equal division of areas where the maritime projections of the coasts of the States between which delimitation is to be effected converge and overlap.” (*Gulf of Maine, I.C.J. Reports 1984*, p. 327, para. 195; emphasis added.)

In that case, in which the disparity in coastal lengths in the second segment was much less than it is here (the ratio there being 1.38 to 1 as against 9.2 to 1 in this case), the median line was appropriately adjusted. Several references by the Chamber (cited by Counsel for Norway) to the idea of equal division do show the importance the Chamber attached to the idea; they do not show that the Chamber considered that any and every area of overlap was always to be divided equally, whether by a median line or otherwise¹. On the contrary, the Chamber said:

“The applicability of this method is, however, subject to the condition that there are no special circumstances in the case which would make that criterion inequitable, by showing such division to be unreasonable and so entailing recourse to a different method or methods, or, at the very least, appropriate correction of the effect produced by the application of the first method.” (*Ibid.*, pp. 300-301, para. 115.)

And the Chamber explicitly considered the modest disparity in coastal lengths in that case as “particularly notable” and as amounting to “a special circumstance of some weight” (*ibid.*, p. 322, para. 184).

In the *Libya/Malta* case, in which the Court recited paragraph 57 of the 1969 Judgment, the median line was not used as the boundary; it was only used “by way of a provisional step in a process to be continued by other

¹ *I.C.J. Reports 1984*, pp. 300-301, para. 115; pp. 312-313, para. 157; p. 328, para. 197; pp. 329-330, para. 201; pp. 331-332, para. 209; p. 332, para. 210; pp. 332-333, para. 212; p. 333, para. 213; p. 334, para. 217.

Le conseil de la Norvège a invoqué certaines autres décisions qui se réfèrent au paragraphe 57 de l'arrêt rendu par la Cour en 1969 ou au principe énoncé dans cet arrêt, à savoir les affaires du *Golfe du Maine* et *Libye/Malte* et l'*Arbitrage franco-britannique*. En réalité, ces décisions n'ajoutent rien.

Évoquant la question de la division par parts égales par une ligne médiane, la Chambre, en 1984, a expressément formulé à cette occasion une importante mise en garde :

« son choix de base [celui de la Chambre] ne peut que se porter sur le critère à propos duquel l'équité est de longue date considérée comme un caractère rejoignant la simplicité : à savoir le critère qui consiste à viser en principe — *en tenant compte des circonstances spéciales de l'espèce* — à une division par parts égales des zones de convergence et de chevauchement des projections marines des côtes des Etats entre lesquels la délimitation est recherchée » (*Golfe du Maine, C.I.J. Recueil 1984*, p. 327, par. 195 ; les italiques sont de moi).

Dans cette affaire-là, où la disparité de longueurs des côtes dans le second secteur était bien moindre qu'elle ne l'est dans l'affaire considérée ici (le rapport étant de 1,38 contre 1 tandis qu'il est de 9,2 contre 1 en l'espèce), la ligne médiane a été corrigée comme il convient. Plusieurs des passages (cités par le conseil de la Norvège) où la Chambre a évoqué l'idée de la division par parts égales montrent effectivement l'importance qu'elle attachait à cette idée ; en revanche, ils n'indiquent pas qu'aux yeux de la Chambre toute zone de chevauchement, quelle qu'elle fût, devait toujours être divisée par parts égales, que ce fût par une ligne médiane ou autrement¹. Au contraire, la Chambre a déclaré :

« La méthode en question n'est cependant applicable qu'à la condition qu'il n'y ait pas dans le cas d'espèce de circonstances spéciales qui rendraient ledit critère inéquitable, en faisant apparaître le caractère déraisonnable d'une telle division et en imposant donc le recours à une ou plusieurs méthodes différentes ou, tout au moins, une correction adéquate du résultat que l'application de la première produirait. » (*Ibid.*, p. 301, par. 115.)

Et la Chambre a explicitement considéré comme « particulièrement notable » et comme « une circonstance spéciale qui pèse d'un certain poids » la différence de longueurs des côtes — pourtant modeste — qui existait en l'occurrence (*ibid.*, p. 322-323, par. 184).

Dans l'affaire *Libye/Malte*, dans laquelle la Cour a de nouveau invoqué le paragraphe 57 de l'arrêt rendu en 1969, la ligne médiane n'a pas été utilisée comme ligne de délimitation ; elle a été employée seulement « à

¹ *C.I.J. Recueil 1984*, p. 300-301, par. 115 ; p. 312-313, par. 157 ; p. 328, par. 197 ; p. 329-330, par. 201 ; p. 331-332, par. 209 ; p. 332, par. 210 ; p. 332-333, par. 212 ; p. 333, par. 213 ; p. 334, par. 217.

operations . . .” (*I.C.J. Reports 1985*, p. 47, para. 62). The Court adjusted the results produced by the median line precisely in order to take account of a marked disparity in coastal lengths. The ultimate result was not at all to divide the area equally between the two States; the State with the longer coast got much more.

In the *Anglo-French Arbitration*, the Court of Arbitration said:

“In a situation where the coasts of the two States are opposite each other, the median line will normally effect a broadly equal and equitable delimitation. But this is simply because of the geometrical effects of applying the equidistance principle to *an area of continental shelf which, in fact, lies between coasts that, in fact, face each other across that continental shelf*. In short, the equitable character of the delimitation results not from the *legal* designation of the situation as one of ‘opposite’ States *but from its actual geographical character as such*.” (*RIAA*, Vol. XVIII, p. 112, para. 239; first emphasis added.)

The Court of Arbitration was indeed speaking of broadly equal division of the continental shelf by a median line. But how a median line could divide the intervening continental shelf equally where the opposite coasts are markedly unequal is thoroughly unclear. On the facts, this was not the kind of situation which the Court of Arbitration envisaged. What it had in mind was “an area of continental shelf which, in fact, lies between coasts that, in fact, face each other across that continental shelf”. In such a case,

“the equitable character of the delimitation results not from the *legal* designation of the situation as one of ‘opposite’ States *but from its actual geographical character as such*”.

I hesitate to imagine that the Court of Arbitration would have used these fact-oriented descriptions in the case of a small island coast confronting a mainland coast nine times as long. That it did not contemplate such a case is shown by paragraph 182 of its decision, reading:

“Between opposite States, as this Court has stated in paragraph 95, a median line boundary will in normal circumstances leave broadly equal areas of continental shelf to each State and constitute a delimitation in accordance with equitable principles. It follows that where the coastlines of two opposite States are themselves approximately equal in their relation to the continental shelf not only should the boundary in normal circumstances be the median line but the areas

titre d'élément provisoire dans un processus devant se poursuivre par d'autres opérations...» (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 47, par. 62). La Cour a corrigé les résultats produits par la ligne médiane précisément afin de tenir compte d'une disparité marquée de longueurs des côtes. Le résultat obtenu en définitive n'a pas du tout été de diviser la zone par parts égales entre les deux Etats: celui qui avait la côte la plus longue a obtenu beaucoup plus.

Dans l'affaire de l'*Arbitrage franco-britannique*, le tribunal arbitral a déclaré:

« Lorsque les côtes de deux Etats se font face, la ligne médiane établira normalement une délimitation sensiblement égale et équitable. Toutefois, il en est ainsi uniquement à cause des effets géométriques de l'application du principe de l'équidistance à une portion de plateau continental s'étendant en fait entre des côtes qui se font véritablement face l'une à l'autre par-dessus ce plateau continental. En somme, le caractère équitable de la délimitation ne résulte pas du fait que la situation est qualifiée *juridiquement* de situation d'Etats qui « se font face », mais de son *caractère géographique réel en tant que tel*. (*RSA*, vol. XVIII, p. 249, par. 239; les premiers italiques sont de moi.)

Le tribunal arbitral parlait en réalité d'une division par parts sensiblement égales du plateau continental par une ligne médiane. Toutefois, la question de savoir comment une ligne médiane pourrait diviser par parts égales le plateau continental intermédiaire dans les cas où les côtes se faisant face sont de longueur très sensiblement inégale demeure obscure. Etant donné les faits de l'espèce, ce n'était pas là le genre de situation que le tribunal arbitral envisageait. Ce qu'il avait à l'esprit, c'était « une portion de plateau continental s'étendant en fait entre des côtes qui se font véritablement face l'une à l'autre par-dessus ce plateau continental ». En pareil cas,

« le caractère équitable de la délimitation ne résulte pas du fait que la situation est qualifiée *juridiquement* de situation d'Etats qui « se font face », mais de son *caractère géographique réel en tant que tel* ».

J'hésite à imaginer que le tribunal arbitral aurait eu recours à ces descriptions de type factuel dans le cas d'un petit littoral insulaire se trouvant en présence d'une côte continentale neuf fois plus longue. Qu'il n'envisageait pas un tel cas ressort clairement du paragraphe 182 de la sentence, qui se lit comme suit:

« Comme le tribunal l'a indiqué au paragraphe 95, lorsqu'il s'agit d'Etats se faisant face, la ligne médiane confère à chaque Etat, dans des circonstances normales, des aires de plateau continental presque égales, et elle constitue une délimitation selon des principes équitables. Lorsque les lignes côtières de deux Etats se faisant face sont elles-mêmes approximativement égales par rapport au plateau continental, il s'ensuit que non seulement la ligne médiane devrait consti-

of shelf left to each Party on either side of the median line should be broadly equal or at least broadly comparable. Clearly, if the Channel Islands did not exist, this is precisely how the delimitation of the boundary of the continental shelf in the English Channel would present itself." (*RIAA*, Vol. XVIII, p. 88.)

Thus, the Court of Arbitration was speaking of a broadly equal division being produced by a median line "in normal circumstances", as "where the coastlines of two opposite States are themselves approximately equal in their relation to the continental shelf". It was in such cases that the use of the median line would be equitable.

In my opinion, the case-law on equal division does not speak against Denmark.

(ii) *Norway's Claim Considered on the Basis that a Median Line Effects an Equal Division of the Distance between Opposite Coasts*

Now to the second sense in which Norway rested its claim to a median line on the idea of equality. This is the sense in which a median line effects an equal division of the distance between opposite coasts.

I agree with Norway's argument that what the median line operates to divide equally is the distance between the two opposite coasts, and not necessarily the maritime area. Unless the two opposite coasts are mirror images of each other, both in configuration and in length, a median line will not divide the maritime area equally. Equality, where it is achieved, is really an aspect of proportionality. And so it may be added more generally that a median line will not necessarily divide the area in proportion to the coastal lengths where these are unequal. Clearly, ideal situations in which exact proportionality can be achieved cannot be the only ones in which Article 6, paragraph 1, of the 1958 Convention contemplated that the median line would be the boundary. Hence, as I understand the Norwegian case, where that provision operates to prescribe the median line as the boundary, the median line is the boundary even if it does not in fact divide the maritime area in proportion to coastal lengths. True; but, in order to avoid a *petitio principii*, it is necessary to bear in mind that whether in any given situation the provision really operates to prescribe the median line as the boundary depends on whether or not a median line will be creative of inequity. In my opinion, this, though obviously a matter of degree, turns, in the circumstances of this case, on the extent to which a median line fails to satisfy the element of a reasonable degree of propor-

tuer la limite dans des circonstances normales, mais aussi que les zones de plateau continental revenant à chaque partie de part et d'autre de la ligne médiane devraient être sensiblement égales ou du moins sensiblement comparables. Il est manifeste que, si les îles Anglo-Normandes n'existaient pas, c'est précisément de cette manière que se présenterait le tracé de la délimitation du plateau continental dans la Manche.» (*RSA*, vol. XVIII, p. 223.)

Ainsi, le tribunal arbitral parlait d'une division par parts sensiblement égales produite par une ligne médiane «dans des circonstances normales», comme par exemple la circonstance où «les lignes côtières de deux Etats se faisant face sont elles-mêmes approximativement égales par rapport au plateau continental». C'était dans ces cas-là que le recours à la ligne médiane serait équitable.

Selon moi, la jurisprudence relative à la division par part égales ne parle pas contre le Danemark.

ii) *La demande de la Norvège au regard de la notion selon laquelle une ligne médiane opère une division par parts égales de la distance entre côtes se faisant face*

Voyons à présent le deuxième sens dans lequel la Norvège a fait reposer sa revendication d'une ligne médiane sur l'idée d'égalité. Il s'agit du sens selon lequel une ligne médiane effectue une division par parts égales de la distance entre côtes se faisant face.

Je suis d'accord avec la Norvège pour penser que, ce que la ligne médiane divise par parts égales, c'est la distance entre les deux côtes se faisant face, et pas nécessairement la zone maritime. A moins que chacune des deux côtes se faisant face ne soit le reflet exact de l'autre pour ce qui est à la fois de la configuration et de la longueur, une ligne médiane ne saurait diviser la zone maritime par parts égales. L'égalité, dans les cas où elle est obtenue, est en réalité un aspect de la proportionnalité. Et donc on peut ajouter plus généralement qu'une zone médiane ne divisera pas nécessairement la zone proportionnellement aux longueurs de côtes lorsque ces dernières sont inégales. Manifestement, les situations idéales dans lesquelles une proportionnalité exacte peut être obtenue ne peuvent être les seuls cas dans lesquels le paragraphe 1 de l'article 6 de la convention de 1958 envisageait que la ligne médiane serait la ligne de délimitation. En conséquence — telle que je comprends l'argumentation de la Norvège —, dans les cas où cette disposition a pour effet de prescrire la ligne médiane comme ligne de délimitation, la ligne médiane est la ligne de délimitation même si en fait elle ne divise pas la zone maritime en proportion des longueurs de côtes. Cela est vrai; cependant, afin d'éviter une pétition de principe, il faut garder à l'esprit que pour savoir si, dans une situation donnée, la disposition a réellement pour effet de prescrire la ligne médiane comme ligne de délimitation, il importe de déterminer si une

tionality as between the coastal lengths and the corresponding maritime areas.

By reason of a radial effect which favours the circular over the linear, a given length of a typical island coast will generate a greater continental shelf area than the same length of a typical mainland coast. It may be said that this is an advantage which the law confers on an island and that there is no reason why it should be deprived of that advantage where it happens to lie less than 400 miles off a mainland coast (including that of a large island such as Greenland). But it seems to me that there is an equitable distinction between the case of an island enjoying that advantage where it lies in the open sea beyond that distance and the case where it lies within that distance opposite to another coast. In the former case, the enjoyment by the island of its advantage does not affect the right appertaining to any other coast; in the latter case, it does. On Norway's proposal, Jan Mayen, with a coastal front of 54 kilometres, would have a maritime zone of 96,000 square kilometres; East Greenland, with a coastal front of 504 kilometres, would have a maritime zone of 141,000 square kilometres. Each kilometre of Jan Mayen's coast would therefore generate a maritime zone six times as great as that generated by a kilometre of East Greenland's coast. To say that the island is entitled by law to a line which accords to a given length of its coast six times the continental shelf area appertaining to the same length of the opposite mainland coast and that what the law gives should not be withheld, is to exclude equity altogether from the calculations which produce so disproportionate a result. If the matter fell to be governed by Article 83, paragraph 1, of the Law of the Sea Convention of 1982, it might be fairly doubted whether such a disproportionality would rank as an "equitable solution".

Responding to Denmark's arguments about disproportionality, Norway observed that, where, as in this case, the two coasts are of unequal length, a median line would operate to give the larger area to the longer coast. This is true; to an extent it can be said that the median line does take account of a disparity in coastal lengths and that there would be duplication if that disparity were to be separately or additionally treated. But, although the median line would leave a larger area to the longer coast, this would not necessarily ensure that there is no excessive disproportionality.

Objectively considered, there is nothing in the geography of the relevant area to suggest that each kilometre of Jan Mayen's coast must generate six times as much continental shelf as a kilometre of the relevant coast of East Greenland, as would be the case on Norway's proposal.

ligne médiane créera ou non une iniquité. Selon moi, cela — quoiqu'il s'agisse manifestement d'une question de degré — concerne, dans les circonstances de la présente affaire, la mesure dans laquelle une ligne médiane ne satisfait pas à la condition d'un rapport raisonnable entre les longueurs de côtes et les zones maritimes correspondantes.

En raison d'un effet radial qui favorise le cercle par rapport à la ligne droite, une longueur donnée de côte insulaire typique engendrera une zone de plateau continental plus grande que ne le ferait la même longueur d'une côte continentale typique. On pourrait dire que c'est là un avantage que le droit confère à une île et qu'il n'y a aucune raison de priver celle-ci de cet avantage quand elle se trouve être située à moins de 400 milles d'une côte continentale (y compris celle d'une grande île telle que le Groenland). Toutefois, me semble-t-il, il existe en équité une distinction selon que l'île jouissant de cet avantage est située en haute mer au-delà de cette distance ou en deçà de cette distance face à une autre côte. Dans le premier cas, le fait que l'île jouit de son avantage n'a pas d'incidence sur le droit afférent à une autre côte, mais il n'en va pas de même dans le second. Selon la proposition de la Norvège, Jan Mayen, dont la façade maritime a 54 kilomètres, aurait une zone maritime de 96 000 kilomètres carrés; le Groenland oriental, avec une façade maritime de 504 kilomètres, aurait une zone maritime de 141 000 kilomètres carrés. Chaque kilomètre de la côte de Jan Mayen engendrerait donc une zone maritime six fois supérieure à celle que générerait un kilomètre de côte du Groenland oriental. Dire que l'île peut en droit prétendre à une ligne qui accorderait à une longueur donnée de sa côte six fois l'étendue de plateau continental correspondant à la même longueur de la côte continentale lui faisant face et que ce que donne le droit ne doit pas être refusé, c'est exclure complètement l'équité des calculs qui produisent un résultat aussi disproportionné. Si l'affaire devait être régie par le paragraphe 1 de l'article 83 de la convention sur le droit de la mer de 1982, on pourrait légitimement douter qu'une telle disproportion mérite le nom de « solution équitable ».

Répondant aux arguments du Danemark relatifs à la disproportion, la Norvège a fait observer que dans les cas où, comme en l'occurrence, les deux côtes sont de longueur inégale, une ligne médiane aurait pour effet de donner l'étendue la plus grande à la côte la plus longue. Cela est vrai; dans une certaine mesure on peut dire que la ligne médiane tient effectivement compte d'une disparité de longueurs des côtes et qu'il y aurait double emploi si cette disparité devait être traitée séparément ou additionnellement. Cependant, s'il est de fait que la ligne médiane laisserait une superficie plus grande à la côte la plus longue, cela ne garantirait pas nécessairement qu'il n'y ait pas de disproportion excessive.

A reconsidérer les choses objectivement, il n'y a rien, dans la géographie de la zone pertinente, qui donne à penser que chaque kilomètre de la côte de Jan Mayen doive engendrer six fois plus de plateau continental qu'un kilomètre de la côte pertinente du Groenland oriental, comme ce serait le

True, the idea of the continental shelf is a creature of law. But, even so, in a case of this kind one is supposed to be delimiting a maritime area between opposite physical coasts. This area — the “relevant area” — is the territory covered by converging projections from each opposite coast (see the reasoning in *Tunisia/Libya, I.C.J. Reports 1982*, pp. 61-62, para. 75). Norway did not present any idea of the relevant area, but Denmark did. I accept Denmark’s idea of the area as accurate. It is represented roughly by the figure AEFB, BCDG, GH and HA shown in sketch-map No. 1 included in the Judgment. When this figure is interpreted in the light of the pertinent material, it will be seen that the relevant area which it represents is bounded on the west wholly by 504 kilometres of the coast of East Greenland, but that on the east it is only in very small part that it is bounded by 54 kilometres of the coast of Jan Mayen. On the east, it is bounded by the western coast of Jan Mayen notionally projected 200 miles to the north and 100 miles to the south-west up to the outer limit of Iceland’s maritime area (see Memorial, Vol. I, Map II; Rejoinder, Map VI; Reply, Vol. I, Map V; and Figs. 12, 14 and 15, presented by Denmark). The use of a median line means that what is being divided is not the space between East Greenland and Jan Mayen, but the space between East Greenland and the western coast of Jan Mayen artificially extended to the north and to the south-west.

Hence, when Norway insists on “the legal equality of a median line” (CR 93/7, p. 58, 19 January 1993, Professor Brownlie), in the sense of equality in the seawards reach of the generating capacity of each coast, it is a legal equality which carries with it the benefit to Norway of being applied to an area the eastern boundary of which can only theoretically be said to be represented by Jan Mayen, whereas the western boundary is practically coterminous with the relevant coast of East Greenland.

It was the argument of Denmark that, in the case of a short island coast confronting a long mainland coast, equity could not be achieved unless the delimitation line were drawn nearer to the short coast than would be the case if a median line were used, so as to avoid any excessive disproportionality. Norway disagreed.

To illustrate its criticisms of Denmark’s proposition, Norway introduced Figure No. 10, reproduced on the following page. It shows, as one would expect, that, as between two equal and parallel coastlines (one lying north of the other) a median line accomplishes an equal division of the intervening maritime space. Norway, however, understood Denmark’s reasoning to have the consequence that, if the northern coast were broken up among several different States, then

cas si l'on suivait la proposition de la Norvège. Il est vrai que l'idée du plateau continental est une créature du droit. Mais, même ainsi, dans une affaire de ce genre, on est censé délimiter une zone maritime entre des côtes se faisant face qui existent matériellement. Cette zone — la « zone pertinente » — est le territoire couvert par les projections convergentes partant de chaque côte opposée (voir le raisonnement qui figure dans l'arrêt concernant l'affaire *Tunisie/Libye*, C.I.J. Recueil 1982, p. 61-62, par. 75). La Norvège n'a pas dit quelle était son idée de la zone pertinente, mais le Danemark l'a fait. J'accepte comme exacte l'idée qu'il a donnée de la zone en question. Elle est représentée approximativement par la figure AEFB, BCDG, GH et HA du croquis n° 1 incorporé à l'arrêt. Si cette figure est interprétée à la lumière des données pertinentes, il apparaît que la zone pertinente qu'elle représente est limitée à l'ouest entièrement par 504 kilomètres de la côte du Groenland oriental, mais qu'à l'est c'est seulement très partiellement qu'elle est limitée par 54 kilomètres de la côte de Jan Mayen. A l'est, elle est limitée par la côte occidentale de Jan Mayen projetée théoriquement jusqu'à 200 milles en direction du nord et 100 milles en direction du sud-ouest jusqu'à la limite extérieure de la zone maritime de l'Islande (voir mémoire, vol. I, carte n° II; duplique, carte VI; réplique, vol. I, carte V; et les figures 12, 14 et 15 présentées par le Danemark). L'utilisation d'une ligne médiane signifie que la division porte non pas sur l'espace compris entre le Groenland oriental et Jan Mayen, mais sur l'espace situé entre le Groenland oriental et la côte occidentale de Jan Mayen artificiellement prolongée vers le nord et le sud-ouest.

Par conséquent, quand la Norvège insiste sur « l'égalité juridique d'une ligne médiane » (CR 93/7, p. 58, 19 janvier 1993, M. Brownlie), au sens de l'égalité dans la portée de la capacité génératrice de chaque côte en direction du large, c'est une égalité juridique qui emporte avec elle l'avantage, pour la Norvège, d'être mise en œuvre pour une zone dont on ne peut dire que théoriquement que sa limite orientale est représentée par Jan Mayen, alors que la limite occidentale coïncide pratiquement avec la côte pertinente du Groenland oriental.

C'était l'argument du Danemark que, dans le cas d'un littoral insulaire peu étendu faisant face à une longue côte continentale, l'équité ne pouvait être assurée qu'en traçant la ligne de délimitation plus près de la côte courte que ce ne serait le cas s'il était utilisé une ligne médiane, afin d'éviter toute disproportion excessive. La Norvège était en désaccord.

Pour illustrer les critiques qu'elle adressait à la proposition du Danemark, la Norvège a présenté la figure n° 10, reproduite à la page suivante. Cette figure montre, comme on s'y attendrait, qu'entre deux côtes égales et parallèles (l'une située au nord de l'autre), une ligne médiane opère une division par parts égales de l'espace maritime qu'elles enferment. Toutefois, la Norvège a compris le raisonnement du Danemark comme ayant pour conséquence que, si la côte septentrionale se répartissait entre plusieurs Etats différents, alors,

SCHEMATIC ILLUSTRATION OF INFLUENCE OF COASTLINES
ON MEDIAN LINE CONSTRUCTION

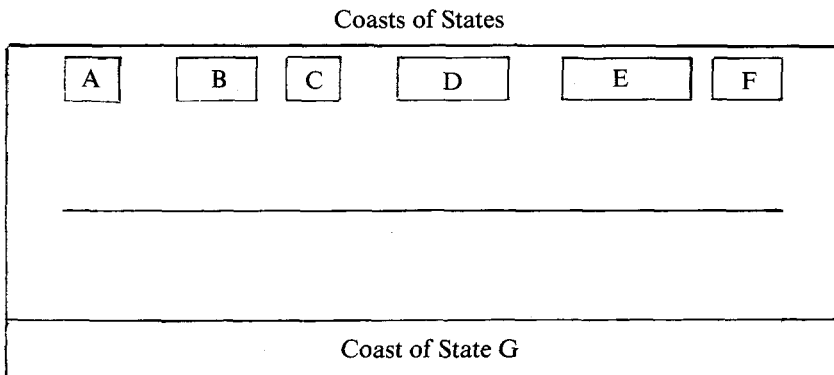
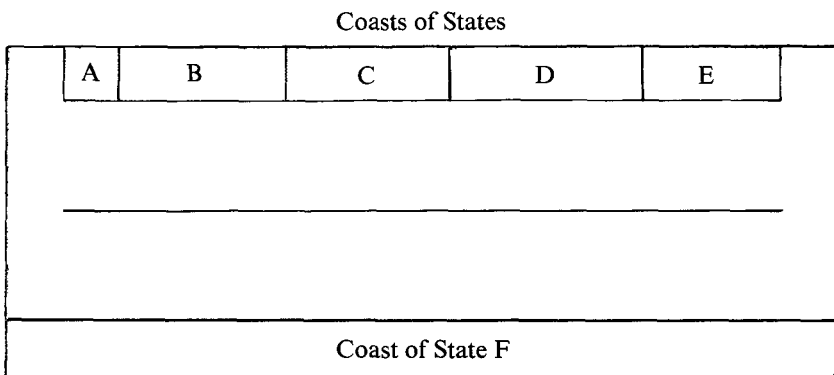
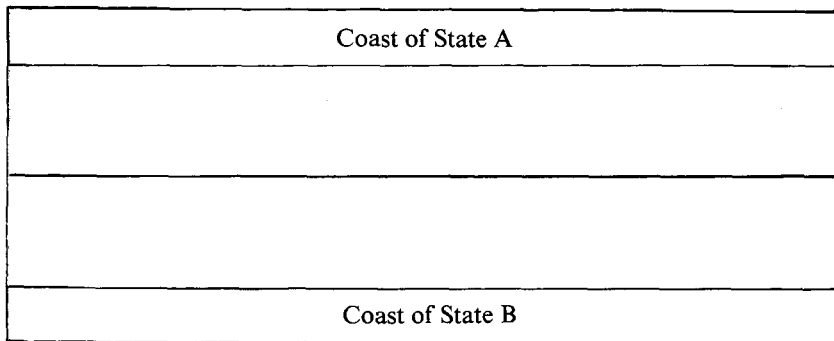
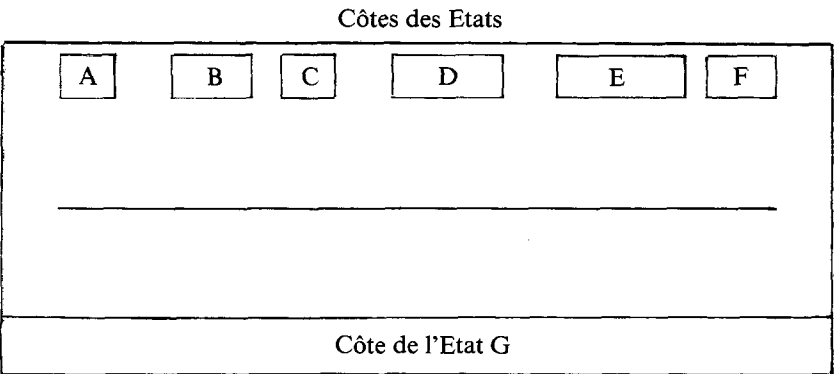
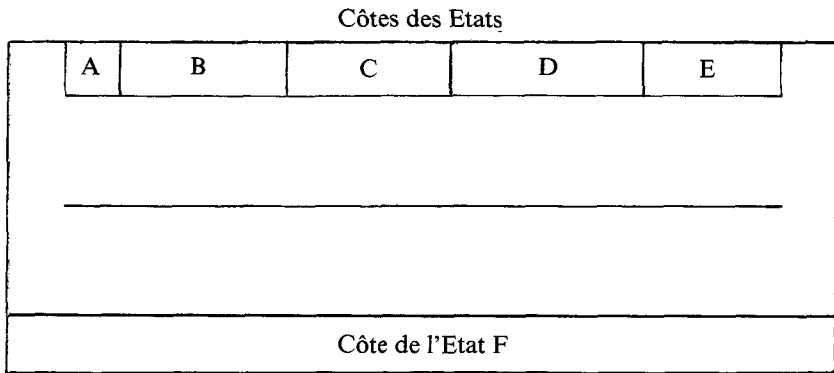
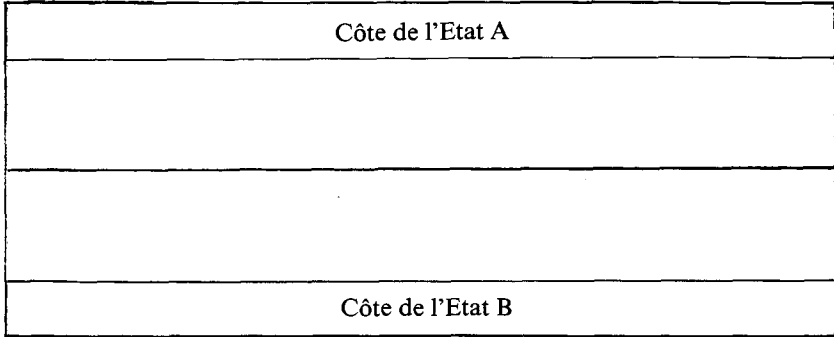


FIG. N° 10

ILLUSTRATION SCHÉMATIQUE DE L'INFLUENCE DES CÔTES
SUR LA CONSTRUCTION D'UNE LIGNE MÉDIANE



“the long coast [on the south] would by its length alone lead to a location of each of the several [maritime] boundaries to the north of a median line between the physical coastlines” (CR 93/11, p. 45, 27 January 1993, Professor Brownlie).

If that were the consequence of Denmark’s reasoning, it would be plainly inequitable, tending, as it would, to favour the southern coast as against the northern coast taken as a whole, both being equal in length. But, contrary to Norway’s analysis, each of the short coasts on the north would not, in that situation, be facing the whole of the long coast on the south. If the northern long coast came to be divided up among several States, any tendency in the projections of each resulting short coast to fan out seawards would be confined by an opposing tendency generated from the neighbouring short coast (*Libya/Malta, I.C.J. Reports 1985*, pp. 79-80, para. 10, and p. 80, para. 14, joint separate opinion). The projections from any given short coast would not oppose those from the whole of the opposite long coast. In the result, in the case of any of the short coasts, the relevant opposite coast would be, not the whole of the opposite long coast, but only that small part of it which was equal to that of the short coast. Thus the relevant coasts would be two equal and parallel short coasts, and the maritime space between them would be equally — and equitably — divided by a median line. Denmark’s arguments do not lead in such a case to a northward shift in the position of the median line, and its thesis cannot be faulted on the basis that it would produce inequitable results if such a shift were made. So too if the northern long coast were broken up into a series of islands, each near to the other; for, in such a case, the radial projections of each island would be cut off by those of the island next to it, with the result that the coast of each island would be left to face only a corresponding length of the southern long coast and not the whole of the latter.

Denmark’s submission that a shift is required to achieve equity is directed only to the case where an otherwise isolated short coast — such as that of a small island standing alone in the open seas — confronts a long mainland coast, such as the relevant part of the coast of East Greenland. Removing from Figure No. 10 all elements not relevant to such a case, it will be apparent from the remaining elements that in such a case — the case presented by Denmark — a median line will indeed divide the maritime area so as to give to each kilometre of the short coast a markedly greater area of the maritime zone than it would give to each kilometre of the opposite long coast. Granted that mathematical equality is not the criterion, yet where, as in this case, the discrepancy in areas attributable to a kilometre of each coast is in the order of a ratio of 6: 1 in favour of the short coast, insistence that “legal equality” is nevertheless satisfied because the

« la côte longue [au sud], par sa seule longueur, conduirait à placer chacune des différentes limites [maritimes] au nord d'une ligne médiane entre les côtes physiques » (CR 93/11, p. 45, 27 janvier 1993, M. Brownlie).

Si telle était la conséquence du raisonnement du Danemark, elle serait manifestement inéquitable, car elle aurait tendance à favoriser la côte méridionale par rapport à la côte septentrionale prise comme un tout, les deux étant d'égale longueur. Or, contrairement à ce qu'affirme la Norvège dans son analyse, chacune des côtes courtes situées au nord ne ferait pas face, dans cette situation, à l'ensemble de la longue côte située au sud. Si la longue côte septentrionale venait à être divisée entre plusieurs Etats, toute tendance à se déployer en éventail vers le large que pourraient avoir les projections de chaque côte courte résultante serait limitée par une tendance en sens contraire engendrée par la côte courte avoisinante (*Libye/Malte, C.I.J. Recueil 1985*, p. 79-80, par. 10, et p. 80, par. 14, opinion conjointe de MM. Ruda, Bedjaoui et Jiménez de Aréchaga). Les projections à partir d'une côte courte donnée ne s'opposeraient pas à celles qui partiraient de l'ensemble de la longue côte située en face. Le résultat est que, dans le cas de l'une quelconque des côtes courtes, la côte pertinente opposée serait non pas la totalité de la longue côte opposée mais seulement la petite fraction de celle-ci qui serait égale à celle de la côte courte. Ainsi, les côtes pertinentes seraient deux côtes courtes égales et parallèles, et l'espace maritime les séparant serait divisé par parts égales — et équitablement — par une ligne médiane. Les arguments du Danemark ne conduisent pas, en pareil cas, à un déplacement vers le nord du tracé de la ligne médiane, et sa thèse ne peut être critiquée au motif qu'elle produirait des résultats inéquitables si un tel déplacement était effectué. Il en irait de même si la longue côte septentrionale était fractionnée en une série d'îles, chacune proche de la suivante; en effet, en pareille situation, les projections radiales de chaque île seraient coupées par celles de l'île la plus proche, de sorte qu'en définitive la côte de chaque île ferait face uniquement à une longueur correspondante de la côte longue méridionale et non à la totalité de cette dernière.

La conclusion du Danemark selon laquelle un déplacement est indispensable pour réaliser l'équité vise seulement le cas où une côte courte isolée par ailleurs — tel que celui d'une petite île se dressant toute seule en haute mer — est en présence d'une longue côte continentale, telle que la partie pertinente de la côte du Groenland oriental. Si l'on exclut de la figure n° 10 tous les éléments qui ne sont pas pertinents dans une telle situation, il ressortira des éléments restants qu'en pareil cas — le cas présenté par le Danemark — une ligne médiane divisera effectivement la zone maritime de manière à donner à chaque kilomètre de la côte courte une étendue nettement plus grande de cette zone qu'elle ne donnerait à chaque kilomètre de la côte longue opposée. Une égalité mathématique n'est certes pas le critère, mais il n'en reste pas moins que dans les cas où, comme ici, la disproportion des étendues à attribuer à un kilomètre de

distance between the coasts is still equally divided by the median line becomes too remote from common understanding to satisfy the kind of practical equality that it should be the aim of equity to achieve in international relations. In my opinion, a disproportionality of that magnitude amounts to an inequity disqualifying the median line as an equitable method of delimitation.

(iii) *Denmark's Claim Considered on the Basis of Equality in the Sense of Treating Like with Like*

At this stage, the main features of Denmark's case will have sufficiently appeared from the foregoing. It is, of course, based on considerations relating to proportionality. But there is a particular feature of this concept which Denmark invoked. In the words of the Court, "the essential aspect of the criterion of proportionality is simply that one must compare like with like" (*Tunisia/Libya, I.C.J. Reports 1982*, p. 91, para. 130). Or, as it also said, "the only absolute requirement of equity is that one should compare like with like" (*ibid.*, p. 76, para. 104). I believe it was in this sense that counsel for Denmark submitted that to treat coasts of unequal length as if they were of equal length is to treat them unequally (CR 93/10, p. 51, 25 January 1993, Professor Bowett).

There are warnings in the books, doubtfully made, that the common law maxim "Equality is equity" needs qualification when sought to be extended to the field of international law. In international relations, situations tend to become highly individualized, perhaps, it is said, even more so than at the municipal level, and an equality of treatment which entirely neglects an inequality of conditions and their results can lead to grave injustice (Charles De Visscher, *De l'équité dans le règlement arbitral et judiciaire des litiges de droit international public*, 1972, pp. 7, 8, 32; and *Minority Schools in Albania, P.C.I.J., Series A/B, No. 64*, p. 4, at p. 19). Consequently, "Rétablir l'équilibre entre des situations différentes, tel peut être l'objet d'une égalité qui répond à l'équité" (Charles De Visscher, *op. cit.*, p. 7. And see Paul Reuter, "Quelques réflexions sur l'équité en droit international", *Revue belge de droit international*, 1980-I, Vol. XV, p. 165, at pp. 170-173). I construe that and similar statements to the effect that equity is concerned with the achievement of a balance or equilibrium of competing interests as meaning that, where the positions being considered are materially different, equality translates out as proportionality so as to achieve an equality in relations. The substance of the idea was expressed by Judge Tanaka when, dealing admittedly with another area of the law, he said:

"the principle of equality before the law does not mean the absolute equality, namely equal treatment of men without regard to individ-

chaque côte est de l'ordre de 6 contre 1 en faveur de la côte courte, l'argument selon lequel l'«égalité juridique» est quand même satisfaite étant donné que la distance entre les côtes demeure divisée par parts égales par la ligne médiane s'éloigne trop du sens commun pour qu'il puisse aboutir à cette égalité pratique que l'équité devrait tendre à réaliser dans les relations internationales. Selon moi, une disproportion de cette ampleur revient à une iniquité qui doit conduire à écarter la ligne médiane en tant que méthode équitable de délimitation.

iii) *La demande du Danemark au regard de l'égalité dans le sens d'une comparaison entre choses comparables*

A ce stade, on aura vu apparaître avec suffisamment de clarté les traits saillants de l'argumentation du Danemark. Celle-ci est, cela va de soi, fondée sur des considérations relatives à la proportionnalité. Cependant, il y a un aspect particulier de ce concept que le Danemark a invoqué. Selon la Cour, «l'aspect essentiel du critère de proportionnalité est simplement que l'on doit comparer ce qui est comparable» (*Tunisie/Libye, C.I.J. Recueil 1982*, p. 91, par. 130). Ou, comme la Cour l'a dit aussi, «l'équité impose seulement de comparer ce qui est comparable» (*ibid.*, p. 76, par. 104). C'est dans ce sens, je crois, que le conseil du Danemark a conclu que, si l'on traite des côtes de longueur inégale comme si elles étaient de même longueur, on les traite de façon inégale (CR 93/10, p. 51, 25 janvier 1993, M. Bowett).

Il y a dans les ouvrages des mises en garde, formulées avec circonspection, selon lesquelles la maxime de la *common law* «égalité est synonyme d'équité» demande à être nuancée quand on cherche à l'étendre au domaine du droit international. Dans les relations internationales, les situations ont tendance à s'individualiser au plus haut point, peut-être, dit-on, encore plus que sur le plan interne, et une égalité de traitement qui négligerait totalement une inégalité dans les situations et dans leurs résultats pourrait conduire à de graves injustices (Charles De Visscher, *De l'équité dans le règlement arbitral et judiciaire des litiges de droit international public*, 1972, p. 7, 8 et 32; et affaire des *Ecoles minoritaires en Albanie, C.P.J.I. série A/B n° 64*, p. 19). En conséquence: «Rétablir l'équilibre entre des situations différentes, tel peut être l'objet d'une égalité qui répond à l'équité» (Charles De Visscher, *op. cit.*, p. 7; voir aussi Paul Reuter, «Quelques réflexions sur l'équité en droit international», *Revue belge de droit international*, 1980-I, vol. XV, p. 170-173). J'interprète ces observations et d'autres selon lesquelles l'équité veut qu'un équilibre soit établi entre intérêts rivaux comme signifiant que, lorsque les situations considérées sont sensiblement différentes, l'égalité se traduit par la proportionnalité en vue de la réalisation d'une égalité dans les relations. L'idée a été exprimée en substance par M. Tanaka, lorsque, bien que se référant à un autre domaine du droit, il a déclaré:

«le principe de l'égalité devant la loi ne correspond pas à une égalité absolue, qui voudrait que les hommes soient tous traités également

ual, concrete circumstances, but it means the relative equality, namely the principle to treat equally what are equal and unequally what are unequal” (*South West Africa, I.C.J. Reports 1966*, pp. 305-306, dissenting opinion).

The common law maxim is not really deficient on the point, it being accepted, at least today, that “the word ‘equality’ in the maxim means not literal equality but proportionate equality” (R. P. Meagher, W. M. C. Gummow and J. R. F. Lehane, *Equity, Doctrines and Remedies*, 3rd ed., 1992, p. 87, para. 330).

It is indeed the case that, as the Chamber said in the *Frontier Dispute* case:

“Although ‘Equity does not necessarily imply equality’ (*North Sea Continental Shelf, I.C.J. Reports 1969*, p. 49, para. 91), where there are no special circumstances the latter is generally the best expression of the former.” (*I.C.J. Reports 1986*, p. 633, para. 150.)

Thus, subject to reasonable exceptions for “special circumstances”, the idea of equality is central to equity. What the Court said in 1969 was that “[e]quity does not necessarily imply equality” (*North Sea, I.C.J. Reports 1969*, p. 49, para. 91); the Court did not say that “[e]quity does not imply equality”. To abstract the idea of equality altogether from equity is at once to denude the latter of meaning and to disfigure the Court’s statement on the subject. But, while the Court did not therefore exclude the idea of equality from equity, it did emphasize that “[e]quality is to be reckoned within the same plane” (*ibid.*, p. 50, para. 91). This was why the Court was concerned, in the circumstances of the case, to ensure that States with comparable coastlines should be accorded practical equality of treatment. That too was why the Court was equally unable to accept that “there could [ever] be a question of rendering the situation of a State with an extensive coastline similar to that of a State with a restricted coastline” (*ibid.*, pp. 49-50, para. 91). I should have thought that this straightforward and pertinent statement of principle was directly threatened where a coastline nine times as long as another was assigned an area of the continental shelf just one and a half times as large as that assigned to the other. Yet that would be the consequence in this case unless the disparity in coastal lengths could be regarded as a special circumstance displacing the use of the median line. Can it be so regarded?

Responding to Denmark’s claim that Jan Mayen, *par excellence*, is a special circumstance, Norway contends that a special circumstance is some incidental physical feature which would distort a median line fixed by reference to the primary components of the relevant geographical region; that Jan Mayen is not such an incidental physical feature but is itself one of the components of the delimitation area; and that it cannot in

compte non tenu des situations individuelles et concrètes, mais correspond plutôt à une égalité relative, c'est-à-dire au traitement égal de ce qui est égal et inégal de ce qui est inégal » (*Sud-ouest africain, C.I.J. Recueil 1966*, p. 305-306, opinion dissidente).

La maxime de la *common law* n'est pas réellement déficiente sur ce point, car il est admis, tout au moins aujourd'hui, que « le mot « égalité », dans la maxime, veut dire non pas égalité à la lettre mais égalité proportionnelle » (R. P. Meagher, W. M. C. Gummow et J. R. F. Lehane, *Equity, Doctrines and Remedies*, 3^e éd., 1992, p. 87, par. 330).

Et c'est un fait que, comme l'a déclaré la Chambre dans l'affaire du *Différend frontalier*:

« Bien que « l'équité n'implique pas nécessairement l'égalité » (*Plateau continental de la mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 49, par. 91), il reste qu'en l'absence de circonstances spéciales c'est en général celle-ci qui traduit le mieux celle-là. » (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 633, par. 150.)

Ainsi, sous réserve d'exceptions raisonnables liées à des « circonstances spéciales », l'idée d'égalité est cruciale pour l'équité. Ce que la Cour a déclaré, en 1969, c'est que « l'équité n'implique pas nécessairement l'égalité » (*Mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 49, par. 91); la Cour n'a pas dit que « l'équité n'implique pas l'égalité ». Abstraire complètement l'idée d'égalité de l'équité, c'est à la fois dépouiller cette dernière de toute signification et défigurer la déclaration faite par la Cour sur le sujet. Cependant, si la Cour n'a donc pas exclu l'idée d'égalité de l'équité, elle a effectivement souligné que « l'égalité se mesure dans un même plan » (*ibid.*, p. 49-50, par. 91). C'est pourquoi la Cour a été soucieuse, dans les circonstances de l'espèce, de faire en sorte que les Etats ayant des côtes comparables se voient accorder l'égalité de traitement dans la pratique. C'est aussi la raison pour laquelle la Cour n'a pas pu non plus admettre que l'on puisse jamais « égaliser la situation d'un Etat dont les côtes sont étendues et celle d'un Etat dont les côtes sont réduites » (*ibid.*, p. 49, par. 91). Je pense que cette déclaration de principe nette et pertinente serait directement menacée au cas où une côte neuf fois plus longue qu'une autre se verrait assigner une étendue de plateau continental à peine une fois et demie plus grande que celle dont bénéficierait l'autre. Or ce serait bien là la conséquence dans la présente affaire, à moins que la disparité de longueurs des côtes ne puisse être considérée comme une circonstance spéciale appelant un déplacement de la ligne médiane. Cette disparité peut-elle être ainsi considérée ?

Répondant à l'affirmation du Danemark selon laquelle Jan Mayen, par excellence, constitue une circonstance spéciale, la Norvège soutient qu'une circonstance spéciale est une caractéristique physique incidente qui fausserait une ligne médiane fixée par référence aux éléments principaux de la région géographique pertinente; que Jan Mayen n'est pas une caractéristique physique incidente de ce genre mais est elle-même l'un des

consequence be a special circumstance in the delimitation of its own coastal projections. The situations in some cases support Norway's idea of a special circumstance. See, for example, the *North Sea* cases, the *Anglo-French Arbitration*, and the *Tunisia/Libya* case. Cases in which some islet or other physical feature between opposite coasts would operate to impart an unduly distorting effect on a median line are obviously not apt in this case. Denmark's attempt, in the course of the written pleadings, to treat Jan Mayen itself as occurring "on the wrong side" of a delimitation line between mainland Norway and Greenland (Reply, Vol. I, p. 109, para. 299) was rightly not pursued in the oral arguments, there being no question of any continental shelf between these two territories falling to be delimited.

How then can Jan Mayen be a special circumstance? The question turns on another: what is the scope of "special circumstances"? In the *North Sea* cases, the Court itself referred to "still unresolved controversies as to the exact meaning and scope of this notion" (*I.C.J. Reports 1969*, p. 42, para. 72. See also *ibid.*, p. 254, Judge *ad hoc* Sørensen, dissenting). And in 1977 the Anglo-French Court of Arbitration had reason to note that

"Article 6 neither defines 'special circumstances' nor lays down the criterion by which it is to be assessed whether any given circumstances justify a boundary line other than the equidistance line" (*RIAA*, Vol. XVIII, p. 45, para. 70).

It is useful, however, to recall the statement of Judge Lachs in his dissenting opinion in the *North Sea* cases that "the application of the rule [of equidistance], and the admission of possible exceptions from it, call for a reasonable approach"; as he remarked, "'Reasonableness' requires that the realities of a situation, as it affects all the Parties, be fully taken into account" (*I.C.J. Reports 1969*, p. 239).

Adhering to my opinion that "special circumstances" within the meaning of Article 6 of the 1958 Convention are narrower than "relevant circumstances" at customary international law, it nevertheless appears to me that the former could reasonably encompass a variety of situations.

I do not think that I need take up a position on the question whether *a priori* a primary component of a relevant area may not be a special circumstance. The real question is not whether Jan Mayen is *per se* a special circumstance, but whether the relationship between Jan Mayen and Greenland is a special circumstance. No doubt, the International Law Commission had in mind particular physical features or irregularities which would have an unduly distorting effect on an equidistance line that would otherwise be required (*North Sea, I.C.J. Reports 1969*, pp. 92-94,

éléments de la zone de délimitation; et qu'en conséquence Jan Mayen ne peut être une circonstance spéciale dans le cadre de la délimitation de ses propres projections côtières. Les situations en cause dans certaines affaires viennent à l'appui de l'idée que se fait la Norvège d'une circonstance spéciale. Voir, par exemple, les affaires de la *Mer du Nord*, l'*Arbitrage franco-britannique* et l'affaire *Tunisie/Libye*. Les cas où un îlot ou une autre caractéristique physique se trouvant entre des côtes opposées aurait un effet de distorsion exagéré sur une ligne médiane ne sont manifestement pas à prendre en considération dans la présente affaire. La tentative faite par le Danemark, dans ses écritures, pour traiter Jan Mayen elle-même comme se trouvant « du mauvais côté » d'une ligne de délimitation entre la Norvège continentale et le Groenland (réplique, vol. I, p. 109, par. 299) a été à juste titre abandonnée au cours de la procédure orale, car il ne peut être question d'un plateau continental quelconque à délimiter entre ces deux territoires.

Comment donc l'île de Jan Mayen peut-elle constituer une circonstance spéciale? La question en appelle une autre: quelle est la portée des « circonstances spéciales »? Dans les affaires de la *Mer du Nord*, la Cour elle-même a évoqué « les controverses ... non encore résolues auxquelles ont donné lieu la portée et le sens de cette notion » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 42, par. 72; voir aussi, *ibid.*, p. 254, opinion dissidente de M. Sørensen, juge *ad hoc*). Et en 1977 le tribunal arbitral franco-britannique a eu des raisons de noter que

« l'article 6 s'abstient de définir les « circonstances spéciales » aussi bien que d'indiquer le critère permettant d'établir si des circonstances données justifient une délimitation autre que celle qui résulte de la ligne d'équidistance » (*RSA*, vol. XVIII, p. 175, par. 70).

Toutefois, il est utile de rappeler ce passage de l'opinion dissidente de M. Lachs, dans les affaires de la *Mer du Nord*: « l'application de la règle [de l'équidistance] et la possibilité d'exceptions doivent être envisagées de façon raisonnable »; comme il l'a fait observer, « la raison exige que l'on tienne pleinement compte de toutes les réalités d'une situation, dans ses effets pour toutes les Parties » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 239).

Bien que je persiste à croire que les « circonstances spéciales » au sens de l'article 6 de la convention de 1958 ont un sens plus étroit que les « circonstances pertinentes » du droit international coutumier, il m'apparaît néanmoins que les premières pourraient raisonnablement englober des situations diverses.

Je ne crois pas avoir à prendre position sur la question de savoir si, à priori, un élément principal d'une zone pertinente ne peut pas constituer une circonstance spéciale. La question réelle n'est pas de déterminer si Jan Mayen est par elle-même une circonstance spéciale, mais si les rapports entre Jan Mayen et le Groenland constituent une circonstance spéciale. Sans aucun doute, la Commission du droit international avait à l'esprit des caractéristiques ou irrégularités physiques particulières qui auraient un effet de distorsion exagéré sur une ligne

Judge Padilla Nervo, separate opinion; *Tunisia/Libya, I.C.J. Reports 1982*, pp. 187 ff., Judge Oda, dissenting; and *Libya/Malta, I.C.J. Reports 1985*, pp. 142 ff., Judge Oda, dissenting). But it would seem to me that the true underlying principle is that a circumstance is a special circumstance if it is such as to render the use of the median line inequitable. Thus viewed, special circumstances could include circumstances in addition to those which impart some peculiar shape to the median line. Even assuming that Jan Mayen is not *per se* a special circumstance, the disparity between its coastal length and that of East Greenland would render the use of the median line inequitable and is accordingly a special circumstance.

In the *Libya/Malta* case, Judge Oda, dissenting, remarked:

“The technique of the present Judgment involves taking the entire territory of one Party as a special circumstance affecting a delimitation . . .” (*I.C.J. Reports 1985*, pp. 138-139, para. 27.)

Judge Oda was critical of the Judgment on the point. Whether his criticisms were justified or not does not affect the correctness of his perception that the Court had in reality treated “the entire territory of one Party as a special circumstance” — or perhaps, more accurately, the entire coastline of the territory of one Party in its relationship with that of the other. The coastlines involved were, of course, those of a small island and that of an opposite long mainland coast. The island in this case is not only a small one facing a long mainland coast; it is an *isolated* small island facing a long mainland coast — isolated in the particular sense that its radial projections, in relation to the long coast, are not constrained by the projections from any third coasts. I am of opinion that this constitutes a special circumstance which excludes the use of the median line under Article 6, paragraph 1, of the 1958 Convention, and support the finding of the Court to the same effect.

(iv) *The Fishery Zone*

The foregoing observations concerned the continental shelf and were premised on the applicable law being that laid down in the 1958 Convention. In contrast, the delimitation of the fishery zone is governed by general international law. The conclusion reached in relation to the continental shelf is however applicable in principle to the case of the fishery zone, in the sense that, taking account of the relevant circumstances, equitable principles would preclude the use of the median line for its delimitation.

d'équidistance qui, à d'autres égards, s'imposerait (*Mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 92-94, opinion individuelle de M. Padilla Nervo; *Tunisie/Libye, C.I.J. Recueil 1982*, p. 187 et suiv., opinion dissidente de M. Oda, et *Libye/Malte, C.I.J. Recueil 1985*, p. 142 et suiv., opinion dissidente de M. Oda). Toutefois, il me semble que le véritable principe sous-jacent est qu'une circonstance constitue une circonstance spéciale si elle est de nature à rendre le recours à la ligne médiane inéquitable. Ainsi envisagées, les circonstances spéciales pourraient comprendre des circonstances s'ajoutant à celles qui donnent une configuration particulière à la ligne médiane. Même en supposant que Jan Mayen n'est pas par elle-même une circonstance spéciale, la disparité de longueurs de sa côte et de celle de la côte du Groenland oriental rendrait le recours à la ligne médiane inéquitable et constitue donc une circonstance spéciale.

Dans l'affaire *Libye/Malte*, M. Oda a fait l'observation suivante dans son opinion dissidente :

« La méthode suivie dans le présent arrêt consiste à voir dans le territoire entier de l'une des Parties une circonstance spéciale de nature à influencer sur une délimitation... » (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 138-139, par. 27.)

M. Oda a critiqué l'arrêt sur ce point. Que ses critiques aient été justifiées ou non ne change rien à la validité de son sentiment que la Cour avait en réalité traité « le territoire entier de l'une des Parties » comme « une circonstance spéciale », ou peut-être, plus exactement, le littoral entier du territoire d'une Partie dans ses rapports avec celui de l'autre. Les côtes en cause étaient, bien sûr, celles d'une petite île et celles d'une longue côte continentale située en face. L'île, dans la présente affaire, n'est pas seulement un petit territoire qui a devant lui une longue côte continentale : c'est une petite île *isolée* qui a devant elle une longue côte continentale — isolée en ce sens particulier que ses projections radiales, par rapport à la côte longue, ne sont pas limitées par les projections originaires de côtes tierces. Selon moi, cela constitue une circonstance spéciale qui exclut le recours à la ligne médiane conformément au paragraphe 1 de l'article 6 de la convention de 1958, et j'appuie les constatations de la Cour allant dans ce sens.

iv) *La zone de pêche*

Les observations qui précèdent concernaient le plateau continental et reposaient sur cette prémisse que le droit applicable était celui qui est énoncé dans la convention de 1958. En revanche, la délimitation de la zone de pêche est régie par le droit international général. Toutefois, la conclusion retirée au sujet du plateau continental est applicable en principe à la zone de pêche en ce sens que, compte tenu des circonstances pertinentes, l'application de principes d'équité exclurait le recours à la ligne médiane pour la délimitation de cette zone.

PART IV. THE DETERMINATION OF AN EQUITABLE LINE

Proportionality by itself cannot serve as a method of delimitation, but, in the special circumstances of the case, it would indicate a line lying somewhere between Denmark's 200-mile line and the western outer limits of Jan Mayen's territorial sea. Since the maximum limit under contemporary international law for the continental shelf in this case is 200 miles, Denmark submits that the delimitation line is the 200-mile line proposed by it. Norway's criticism that this involves a correction of equity by law is attractive but not convincing. I do not interpret Denmark's reference to a possible line beyond the 200-mile limit as being a reference to a line fixed by equity in opposition to one fixed by law, so that equity would then have to be corrected by law. It is only a step in the theoretical reasoning employed by Denmark to demonstrate the extent to which equity would give effect to what it perceives to be the fair intent of the law in the special circumstances of the case, that extent being bounded by the 200-mile limit fixed by the law. Equity itself being part of the law, there is no question either of equity correcting law or of law correcting equity.

Denmark's 200-mile line would yield an areal ratio of 6.64 to 1 in favour of Greenland, as against a coastal length ratio of 9.2 to 1 in favour of Greenland. So Jan Mayen would still be securing proportionately more than Greenland. But the problem with Denmark's approach, to which I have been otherwise much drawn, is that it would have the effect of assigning to Denmark the whole of the area lying between the two overlapping 200-mile lines. That point, which has been pressed by Norway, is not conclusive proof of infirmity in Denmark's argument; for, in the *North Sea* cases, the Court did visualize the possibility that a delimitation line could leave the "disputed marginal or fringe area . . . wholly to one of the parties". It is, however, possible to interpret the Court's statement as suggesting that it would be more usual for the delimitation line to "divide it between them in certain shares, or operate as if such a division had been made" (*I.C.J. Reports 1969*, p. 22, para. 20).

Thus, while equity is not synonymous with splitting the difference, it is only in extreme conditions, if at all, that it would be right to exclude a party altogether from the "disputed marginal or fringe area". I consider that those conditions come near to being satisfied in the special circumstances of this case, but not quite. Although I would have preferred a line lying somewhat more to the east of that determined by the Court and derived by way of a moderate westward shift of Denmark's line, I cannot say that my preference is so compellingly right as to disable me from adhering to the Judgment on this point.

QUATRIÈME PARTIE. LA DÉTERMINATION DE LA LIGNE ÉQUITABLE

La proportionnalité ne peut pas en elle-même servir de méthode de délimitation mais, dans les circonstances spéciales de l'espèce, elle indiquerait une ligne située quelque part entre la ligne des 200 milles du Danemark et la limite ouest de la mer territoriale de Jan Mayen. Etant donné que dans cette affaire la largeur maximum du plateau continental en droit international contemporain est de 200 milles, le Danemark soutient que la ligne de délimitation doit être la ligne des 200 milles qu'il propose. L'objection de la Norvège suivant laquelle il s'agit là d'une correction de l'équité par le droit est attrayante mais n'est pas convaincante. Je n'interprète pas la référence du Danemark à la possibilité d'une ligne qui serait située au-delà de la limite des 200 milles comme une référence à une ligne fixée par l'équité par opposition à une ligne fixée par le droit, de sorte que l'équité devrait alors être corrigée par le droit. Il s'agit seulement d'une étape dans le raisonnement théorique employé par le Danemark pour démontrer la mesure jusqu'à laquelle l'équité donnerait effet à ce qu'il conçoit comme étant l'intention véritable du droit dans les circonstances spéciales de l'espèce, cette étendue étant bornée par la limite des 200 milles fixée par le droit. L'équité faisant elle-même partie du droit, il n'est pas question que l'équité corrige le droit ni que le droit corrige l'équité.

La ligne des 200 milles du Danemark aurait pour résultat un rapport des superficies de 6,64 contre 1 en faveur du Groenland, alors que le rapport des longueurs des côtes est de 9,2 contre 1 en faveur du Groenland. Ainsi, Jan Mayen obtiendrait encore proportionnellement plus que le Groenland. Mais le problème que suscite la démarche du Danemark, pour laquelle j'aurais autrement fortement penché, est qu'elle aurait eu pour effet d'attribuer au Danemark la totalité de la zone de chevauchement entre les deux lignes des 200 milles. Ce point, qu'a fait valoir la Norvège avec insistance, n'est pas une preuve concluante de la faiblesse de la thèse du Danemark car, dans les affaires de la *Mer du Nord*, la Cour a envisagé la possibilité qu'une ligne de délimitation laisse la « zone marginale litigieuse ... entièrement ... à l'une des parties ». Il est cependant possible d'interpréter cette déclaration de la Cour comme signifiant qu'il serait plus habituel que la ligne de délimitation aboutisse « à la partager ou à faire comme s'il y avait partage » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 22, par. 20).

Ainsi donc, si l'équité n'est pas synonyme de division de la différence, c'est seulement, si tant est, dans des cas extrêmes que l'on pourrait légitimement exclure entièrement une partie de la « zone marginale litigieuse ». Je pense que ces conditions sont près d'être remplies dans les circonstances spéciales de cette affaire, mais pas tout à fait. Bien que j'eusse préféré une ligne située un peu plus à l'est de celle qui a été déterminée par la Cour, et qui a été obtenue par un déplacement modéré vers l'ouest de la ligne revendiquée par le Danemark, je ne saurais dire que ma préférence est justifiée par des raisons assez impérieuses pour que je ne puisse pas souscrire à l'arrêt de la Cour sur ce point.

I apprehend, however, that it is necessary to consider possible criticisms of the discretionary character of the decision. The method by which the line has been determined by the Court follows the precedent set in the *Libya/Malta* case. There, as has been seen, a two-stage procedure was applied involving the provisional drawing of a median line and a shift in the position of that line to take account of the disparities in coastal lengths, with the final line lying nearer to the short coast than to the long. The problem which this procedure presents is one of quantification of equity, in the sense of finding a rationale to justify the extent to which the shift is made. Why exactly that extent? Why not a little more, or a little less? The difficulty of finding a persuasive answer increases with the extent of the shift.

The problem is a familiar one in the field of exercising a judicial discretion. A residue of discretion is intrinsic to the judicial function (see Sir Robert Y. Jennings, "Equity and Equitable Principles", *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht*, Vol. XLII (1986), p. 35, and *Gulf of Maine, I.C.J. Reports 1984*, p. 357, Judge Schwebel, separate opinion). The process of assessing damages offers an illustration; in such a case, as the Court itself observed, "the precise determination of the actual amount to be awarded could not be based on any specific rule of law" (*Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco, I.C.J. Reports 1956*, p. 100). It would not be right to suppose that observers who have expressed disquiet are unacquainted with the principle involved. Nor should it be felt that they consider it fatal that there is no "rule for the mathematical delimitation of" maritime zones (*Fisheries Jurisdiction, I.C.J. Reports 1974*, p. 96, Judge de Castro, separate opinion). They recognize that within bounds, which may well be ample, judicial discretion is available to fill the gap (*Libya/Malta, I.C.J. Reports 1985*, p. 187, Judge Schwebel, dissenting). But, as was observed by President Bustamante y Rivero speaking of Spanish administrative law, "a discretionary power by no means implies an arbitrary one" (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, I.C.J. Reports 1970*, pp. 59-60, separate opinion). In the field of maritime delimitation, where the margin of appreciation is as wide as it is, the difficulty is one of offering a satisfactory legal basis for any particular exercise of the discretion if the result is not to appear to be "a line which the Court has derived *ex nihilo*" (*Tunisia/Libya, I.C.J. Reports 1982*, p. 150, para. 14, Judge Gros, dissenting).

The Court has emphasized that its powers of appreciation in the application of equitable principles are to be distinguished from a power to decide *ex aequo et bono* (*Tunisia/Libya, I.C.J. Reports 1982*, p. 60, para. 71; and see *Libya/Malta, I.C.J. Reports 1985*, p. 39, para. 45, and *Gulf of Maine, I.C.J. Reports 1984*, p. 278, para. 59). Tightening up a less well-

Je crains cependant qu'il faille envisager les critiques dont pourra faire l'objet le caractère discrétionnaire de la décision. La méthode par laquelle la ligne a été déterminée par la Cour suit le précédent établi dans l'affaire *Libye/Malte*. Dans cette affaire, comme on l'a vu, il a été appliqué une procédure en deux étapes consistant à tracer une ligne médiane provisoire et ensuite à déplacer celle-ci pour tenir compte de la disparité de longueurs des côtes, la ligne finale étant située plus près de la côte la plus courte que de la côte la plus longue. Le problème soulevé par cette façon de procéder est celui de la quantification de l'équité, en ce sens qu'il faudra trouver un raisonnement pour justifier l'étendue du déplacement opéré. Pourquoi exactement ce déplacement ? Pourquoi pas un peu plus, ou un peu moins ? Il est d'autant plus difficile de trouver une réponse convaincante que le déplacement est plus important.

Il s'agit d'un problème familier concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge. Un reste de pouvoir discrétionnaire est intrinsèque à la fonction judiciaire (voir sir Robert Jennings, « Equity and Equitable Principles », *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht*, vol. XLII, 1986, p. 35, et *Golfe du Maine, C.I.J. Recueil 1984*, p. 357, opinion individuelle de M. Schwebel). L'évaluation du préjudice subi en est une illustration ; en pareil cas, ainsi que la Cour l'a elle-même observé, « le calcul du montant de l'indemnité ne [peut] pas être déduit de règles de droit posées à cet effet » (*Jugements du tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco, C.I.J. Recueil 1956*, p. 100). Il serait inexact de supposer que les commentateurs qui ont ainsi exprimé leur trouble ne connaissaient pas le principe en cause. On ne doit pas non plus penser qu'ils considèrent comme fatal qu'il n'existe aucune « règle pour délimiter d'une manière mathématique » les zones maritimes (*Compétence en matière de pêcheries, C.I.J. Recueil 1974*, p. 96, opinion individuelle de M. de Castro). Ils reconnaissent qu'à l'intérieur de certaines limites, qui peuvent être larges, le pouvoir discrétionnaire du juge est là pour combler la lacune (*Libye/Malte, C.I.J. Recueil 1985*, p. 187, opinion dissidente de M. Schwebel). Mais, ainsi que l'a observé M. Bustamante y Rivero à propos du droit administratif espagnol, « un pouvoir discrétionnaire n'implique nullement l'arbitraire » (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, C.I.J. Recueil 1970*, p. 59-60, opinion individuelle). En matière de délimitation maritime, où la marge d'appréciation est si large, la difficulté est de présenter un fondement juridique satisfaisant pour tout exercice particulier de ce pouvoir discrétionnaire afin que le résultat n'apparaisse pas comme « une ligne que la Cour a tirée *ex nihilo* » (*Tunisie/Libye, C.I.J. Recueil 1982*, p. 150, par. 14, opinion dissidente de M. Gros).

La Cour a souligné que son pouvoir d'appréciation dans l'application des principes équitables est à distinguer du pouvoir de statuer *ex aequo et bono* (*Tunisie/Libye, C.I.J. Recueil 1982*, p. 60, par. 71 ; voir aussi *Libye/Malte, C.I.J. Recueil 1985*, p. 39, par. 45, et *Golfe du Maine, C.I.J. Recueil 1984*, p. 278, par. 59). Exprimant avec plus de rigueur la position moins

defined position taken in the *Tunisia/Libya* case, it has recognized too that the equity which it applies "should display consistency and a degree of predictability" (*Libya/Malta, I.C.J. Reports 1985*, p. 39, para. 45). The response, however, is that the equitable principles which the Court applies lack concreteness of content to the point where the Court is in fact exercising a range of discretion which is practically indistinguishable from a power to decide *ex aequo et bono* (see, generally, E. Lauterpacht, *Aspects of the Administration of International Justice*, 1991, pp. 124-130). In the words of Judge Gros:

"A decision not subject to any verification of its soundness on a basis of law may be expedient, but it is never a judicial act. Equity discovered by an exercise of discretion is not a form of application of law." (*Gulf of Maine, I.C.J. Reports 1984*, p. 382, para. 37, dissenting. And see *Tunisia/Libya, I.C.J. Reports 1982*, p. 153, para. 18, Judge Gros, dissenting.)

Graver still is the warning "that an inordinate use of equity would lead to government by judges, which no State would easily accept" (*Gulf of Maine, I.C.J. Reports 1984*, p. 385, para. 41, Judge Gros, dissenting). Criticisms of this order of severity deserve consideration.

The judicial character of the Court, rightly emphasized by Judge Kellogg in *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (P.C.I.J., Series A, No. 24)*, does not neutralize the fact that, pursuant to Article 38, paragraph 2, of its Statute, the Court, if authorized by the Parties, may act in disregard of existing international law (A. P. Fachiri, *The Permanent Court of International Justice*, 2nd ed., 1932, pp. 105-106; Dr. Max Habicht, *The Power of the International Judge to Give a Decision "ex aequo et bono"*, 1935, pp. 20-27; and Charles De Visscher, *op. cit.*, pp. 21-26). In such a case,

"the Court is not compelled to depart from applicable law, but it is permitted to do so, it may even call upon a party to give up legal rights. Yet it does not have a complete freedom of action. It cannot act capriciously and arbitrarily. To the extent that it goes outside the applicable law, or acts where no law is applicable, it must proceed upon objective considerations of what is fair and just. Such considerations depend, in large measure, upon the judges' personal appreciation, and yet the Court would not be justified in reaching a result which could not be explained on rational grounds." (M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942* (1943 ed.), p. 620, para. 553.)

Although an *ex aequo et bono* power does not require a departure from principles of law, its hallmark is that it permits of such a departure. Where no such departure is in question, it is not correct to speak of a tribunal as

nette adoptée dans l'affaire *Tunisie/Libye*, elle a reconnu également que son application de l'équité « doit être marquée par la cohérence et une certaine prévisibilité » (*Libye/Malte, C.I.J. Recueil 1985*, p. 39, par. 45). La réponse, cependant, est que les principes équitables qu'applique la Cour manquent à tel point de contenu concret qu'elle exerce en fait un pouvoir discrétionnaire d'une étendue qui le rend pratiquement indiscernable du pouvoir de statuer *ex aequo et bono* (voir, d'une manière générale, E. Lauterpacht, *Aspects of the Administration of International Justice*, 1991, p. 124-130). Pour reprendre les termes de M. Gros :

« Une décision libre de toute vérification de son bien-fondé sur la base du droit peut être opportune, elle n'est jamais un acte juridictionnel. Une équité discrétionnairement découverte n'est pas une forme d'application du droit. » (*Golfe du Maine, C.I.J. Recueil 1984*, p. 382, par. 37, opinion dissidente; voir aussi *Tunisie/Libye, C.I.J. Recueil 1982*, p. 153, par. 18, opinion dissidente de M. Gros.)

Plus sérieuse encore est la mise en garde « qu'une utilisation démesurée ou désordonnée de l'équité aboutissait au gouvernement des juges, ce qu'aucun Etat n'accepte facilement » (*Golfe du Maine, C.I.J. Recueil 1984*, p. 385, par. 41, opinion dissidente de M. Gros). Des critiques d'une telle sévérité méritent considération.

Le caractère judiciaire de la Cour, souligné à juste titre par M. Kellogg dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex (C.P.J.I. série A n° 24)*, n'interdit pas pour autant que, conformément au paragraphe 2 de l'article 38 de son Statut, la Cour, si les Parties sont d'accord, puisse statuer sans tenir compte du droit international existant (A. P. Fachiri, *The Permanent Court of International Justice*, 2^e éd., 1932, p. 105-106; Max Habicht, *The Power of the International Judge to Give a Decision «ex aequo et bono»*, 1935, p. 20-27; et Charles De Visscher, *op. cit.*, p. 21-26). En pareil cas,

« la Cour n'est pas tenue de s'écarter du droit applicable, mais elle est autorisée à le faire, et peut même demander à une partie de renoncer à des droits juridiques. Elle n'a cependant pas une entière liberté d'action. Elle ne peut pas agir d'une manière capricieuse et arbitraire. Dans la mesure où elle s'écarter du droit applicable, ou intervient dans des domaines où il n'y a pas de droit applicable, elle doit s'appuyer sur des considérations objectives de ce qui est équitable et juste. Ces considérations dépendent, dans une large mesure, de l'appréciation personnelle des juges et cependant la Cour ne serait pas fondée à aboutir à un résultat impossible à expliquer par une motivation rationnelle. » (M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942* (éd. 1943), p. 620, par. 553.)

Si un pouvoir de statuer *ex aequo et bono* n'exige pas qu'on s'écarte des principes du droit, sa marque distinctive est qu'il permet de le faire. On ne peut pas dire d'un tribunal dont il n'est pas question qu'il se soit départi de

acting *ex aequo et bono*, even where the tribunal may itself have used the term in describing its decision (see *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco, I.C.J. Reports 1956*, p. 100). No power to depart from principles of law is exercisable in an equitable delimitation by the Court. Wide as are the Court's powers of appreciation, they are powers conferred by the law itself; their exercise results in a judicial definition of the existing legal relations between the parties, and not in a legislative creation of new legal relations displacing existing ones between them (see, generally, Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 213, para. 68; and, also by him, *Private Law Sources and Analogies of International Law (with Special Reference to International Arbitration)*, 1927, pp. 65-66, para. 28). This being the case, it would not be right to regard an application by the Court of equitable principles as amounting to the assumption of a power to act *ex aequo et bono*.

Putting aside cases in which an arbitrator is restricted to determining which of two lines is the boundary, it seems appropriate to recall the words used by Hersch Lauterpacht when he wrote:

“If [an arbitrator] chooses an intermediate line, there is no reason for maintaining with any degree of cogency that the boundary chosen is a common denominator arrived at through a process of compromise and mediation, as distinguished from a strictly judicial procedure. Unless he is expressly precluded by the terms of the arbitration agreement from adopting such a course, he may — in fact, he must — *by balancing the relative value of the arguments and proofs adduced by the parties*, fix a line which he deems to be correct in law. He may choose a line suggested by one party. But he need not necessarily do so.” (Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, 1933, p. 132; emphasis added.)

Writing earlier with reference to allegations that the result of the St. Croix boundary arbitration “was rather effected by negotiation than by a Judicial determination”, J. B. Moore likewise remarked:

“It certainly is true that the decision did not fully allow the claim of either party; but it is permissible to take the view that what appeared to the advocate of one of the parties, and no doubt equally to the advocate of the other party, to be a ‘negotiation’ rather than a ‘Judicial determination’, since it required the abandonment by each of a part of his contentions, was after all only an example of *the necessary process of adjustment, of the weighing of one consideration against another*, by which, in the presence of proofs concerning the effect of which opinions may inevitably differ, concurrent and just human judgments, judicial and otherwise, are daily reached.” (J. B. Moore

l'application des règles de droit qu'il a statué *ex aequo et bono*, même lorsqu'il a lui-même utilisé cette expression pour motiver sa décision (voir *Jugements du tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco*, C.I.J. Recueil 1956, p. 100). La Cour ne peut pas s'écarter des principes du droit pour procéder à une délimitation équitable. Les pouvoirs d'appréciation de la Cour, aussi étendus qu'ils soient, lui sont conférés par le droit lui-même; leur exercice aboutit à une détermination judiciaire des relations juridiques existantes entre les parties et ne consiste pas à légiférer pour créer de nouvelles relations juridiques qui remplaceraient celles qui existent entre elles (voir, d'une manière générale, sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 231, par. 68; et, du même auteur, *Private Law Sources and Analogies of International Law (with Special Reference to International Arbitration)*, 1927, p. 65-66, par. 28). Cela étant, il serait erroné de considérer que l'application par la Cour de principes équitables équivaut de sa part à s'approprier un pouvoir de statuer *ex aequo et bono*.

Laissant de côté les cas où un arbitre doit se borner à déterminer entre deux lignes celle qui constitue la ligne de délimitation, il faut de rappeler les termes utilisés par sir Hersch Lauterpacht quand il écrivait :

« Si [un arbitre] choisit une ligne intermédiaire, rien ne permet vraiment de dire que la limite choisie est un dénominateur commun obtenu par la voie d'un compromis et d'une médiation, par opposition à une procédure strictement judiciaire. A moins que le compromis d'arbitrage ne le lui interdise expressément, il peut, et en fait il doit, *en pesant la valeur relative des arguments et des preuves avancés par les parties*, déterminer une ligne qu'il considère correcte en droit. Il peut choisir une ligne proposée par l'une des parties. Mais il n'est pas tenu de le faire. » (Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, 1933, p. 132; les italiques sont de moi.)

Auparavant, J. B. Moore avait de même remarqué à propos des allégations suivant lesquelles le résultat de l'arbitrage du différend frontalier concernant la rivière Sainte-Croix « était davantage le fruit d'une négociation que d'une décision judiciaire » :

« Il est certainement exact que la décision n'a totalement fait droit à la revendication d'aucune des parties, mais il est permis de considérer que ce qui semblait pour l'avocat de l'une des parties, et sans doute aussi pour celui de l'autre, être une « négociation » plutôt qu'une « détermination judiciaire », car chacune des parties y était contrainte de renoncer à une partie de ses prétentions, n'était après tout qu'un exemple *du processus nécessaire d'ajustement, de balance d'une considération par rapport à une autre*, par lequel, en présence de preuves dont la force se prête inévitablement à des interprétations différentes, sont quotidiennement rendus des jugements humains

(ed.), *International Adjudications Ancient and Modern*, 1930, Vol. 2, pp. 367-368; emphasis added.)

The individualization of justice, through the application of legal norms framed in terms of standards, in such a way as to reconcile a tolerable degree of predictability with the need to adjust to the peculiarities of a special situation is not the same as eclecticism or arbitrariness (see *Fisheries Jurisdiction, I.C.J. Reports 1974*, p. 56, footnote 1, Judge Dillard, separate opinion). To resort to such standards is to “recognize that within the bounds fixed each case is to a certain extent unique” (Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, 1930, p. 118. And see *ibid.*, pp. 113-120, and, also by him, “Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law”, *Tulane Law Review* (1933), Vol. 7, p. 485). As has been said:

“When courts are required to apply such standards as fairness, reasonableness and non-arbitrariness, conscionableness, clean hands, *just* cause or excuse, *sufficient* cause, *due* care, adequacy, or hardship, then judgment cannot turn on logical formulations and deductions, but must include a decision as to what justice requires in the context of the instant case. This is recognised, indeed, as to many equitable standards, and also as to such notorious common law standards as ‘reasonableness’. They are predicated on fact-value complexes, not on mere facts.” (Julius Stone, *Legal System and Lawyers’ Reasonings*, 1964, pp. 263-264; footnotes omitted. And see, generally, also by him, *The Province and Function of Law*, 1946, pp. 318-319, 325-326, 411-412.)

In such cases, it is only as the decision-maker approaches the limits of the available range of discretion that any particular decision (and no other) is compellingly right (Julius Stone, *Legal System and Lawyers’ Reasonings*, 1964, p. 264).

“From Principles to Pragmatism: Changes in the Function of the Judicial Process and the Law” was the title chosen by Professor P. S. Atiyah for his inaugural lecture delivered before the University of Oxford on 17 February 1978 (*Iowa Law Review*, 1980, Vol. 65-II, p. 1249). The title, though challenging, speaks for itself. On the subject of “the modern version of Equity”, he wrote:

“Surely there can be no doubt that the modern judicial discretion, sometimes statutory, but sometimes also self-granted, to do what is thought just according to all the circumstances of the case is the twentieth-century version of Equity.” (*Ibid.*, p. 1255.)

concordants et justes par des organes judiciaires ou autres.» (J. B. Moore (dir. publ.), *International Adjudications Ancient and Modern*, 1930, vol. 2, p. 367-368; les italiques sont de moi.)

L'individualisation de la justice, par l'application de normes juridiques formulées à la manière de principes, de manière à concilier une prévisibilité suffisante avec le besoin de s'adapter aux caractéristiques particulières d'une situation spéciale, n'est pas synonyme d'éclectisme ou d'arbitraire (voir *Compétence en matière de pêcheries*, C.I.J. Recueil 1974, p. 56, note 1, opinion individuelle de M. Dillard). Recourir à l'application de ces principes est «reconnaître qu'à l'intérieur des bornes fixées chaque affaire est dans une certaine mesure unique» (Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, 1930, p. 118; voir aussi *ibid.*, p. 113-120 et, du même auteur, «Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law», *Tulane Law Review*, 1933, vol. 7, p. 485). Comme on l'a dit :

«Lorsque des tribunaux sont appelés à appliquer des normes comme impartialité, caractère raisonnable et absence d'arbitraire, conscience, honnêteté, *justesse* de la cause ou de l'excuse, *suffisance* du motif, *due* diligence, adéquation ou difficulté, le jugement ne peut pas s'appuyer sur des formulations et des déductions logiques mais doit comporter une décision sur ce que la justice exige dans les circonstances de l'espèce. Cela est d'ailleurs admis pour ce qui est de nombreux principes équitables, et aussi de normes bien connues de la *common law* comme le caractère «raisonnable». Ces principes reposent sur des complexes de faits et de valeurs, et pas sur de simples faits.» (Julius Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, 1964, p. 263-264; notes omises; voir aussi, d'une manière générale, du même auteur, *The Province and Function of Law*, 1946, p. 318-319, 325-326, 411-412.)

En pareils cas, c'est seulement quand son auteur approche les bornes de son pouvoir discrétionnaire qu'une décision particulière (et nulle autre) s'impose (Julius Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, 1964, p. 264).

«From Principles to Pragmatism : Changes in the Function of the Judicial Process and the Law» («Des principes au pragmatisme : l'évolution du rôle de la fonction judiciaire et du droit») était le titre choisi par M. P. S. Atiyah pour sa conférence inaugurale à l'université d'Oxford le 17 février 1978 (*Iowa Law Review*, 1980, vol. 65-II, p. 1249). Le titre, qui lui-même donne matière à réflexion, parle de lui-même. Au sujet de «la version moderne de l'équité», l'auteur écrivait :

«Il ne peut assurément faire aucun doute qu'aujourd'hui le pouvoir discrétionnaire du juge, qu'il tire parfois de la loi mais qu'il s'arroge aussi parfois lui-même, de faire ce qu'il considère être juste compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce est la version du XX^e siècle de l'équité.» (*Ibid.*, p. 1255.)

A little later he added :

“The law . . . is now largely based on the assumption that the infinite variety of circumstances is such that the attempt to lay down general rules is bound to lead to injustice. Justice can only be done by the individualized, ad hoc approach, by examining the facts of the particular case in great detail and determining what appears to be fair, having regard to what has happened.” (P. S. Atiyah, *op. cit.*, *Iowa Law Review*, 1980, Vol. 65-II, p. 1256.)

And then, referring to “an increasing tendency to use legal tools and techniques which have an in-built flexibility”, he cited as the “outstanding example . . . the very wide use made today of standards of reasonableness” (*ibid.*). It is unlikely that the jurisprudential phenomena examined by Professor Atiyah have no counterpart in other legal systems, or that they are irrelevant to international law merely by reason of distinctions between equity in international law and equity in municipal law.

Nothing in these trends provides justification for dispensing with the need to define the area of judicial discretion by clear bounds, or to establish criteria governing its exercise within the prescribed limits. But it seems to me that such limits are to be found in the settled principle that the Court is concerned not to apportion common property, but to delimit rights already separately appertaining to each party. As argued above, a delimitation may indeed operate to settle definitively what is the extent of competing rights in marginal areas, but it does not have the effect of sharing out undivided property. The criteria governing a delimitation are also reasonably clear (see, for example, *Gulf of Maine, I.C.J. Reports 1984*, pp. 312-313, para. 157; and *Libya/Malta, I.C.J. Reports 1985*, pp. 39-40, para. 46). What remains is the task of weighing and balancing the operation of the applicable criteria within those limits. Admittedly, the process could be a difficult one, because, as the Court said in 1969, “The problem of the relative weight to be accorded to different considerations naturally varies with the circumstances of the case” (*North Sea, I.C.J. Reports 1969*, p. 50, para. 93). But difficulties of this kind experienced in discharging the task of the Court are not enough to take the Court beyond the province of the judicial mission.

The need to weigh and balance competing considerations necessarily places a limit on the capacity of a court to adjudicate with mathematical precision. Inability to demonstrate that level of exactness is not inconsistent with the due discharge of the judicial mission. To expect more is not merely to overestimate the judicial function; it is to misunderstand it. The misunderstanding is compounded where that function relates to maritime delimitation, a field in which it is particularly useful to bear in mind Pro-

Un peu plus loin, il ajoutait :

« Le droit ... est désormais largement fondé sur l'idée que l'infinie variété des circonstances est telle que vouloir fixer des règles générales ne peut qu'aboutir à l'injustice. La justice ne peut être rendue que par une démarche individualisée et ponctuelle, par un examen très détaillé des circonstances de chaque espèce et par la détermination de ce qui semble être équitable compte tenu des faits intervenus. » (M. P. S. Atiyah, *op. cit.*, *Iowa Law Review*, 1980, vol. 65-II, p. 1256.)

Et ensuite, mentionnant une « tendance croissante à employer des instruments et des techniques juridiques possédant une flexibilité intrinsèque », il cite comme « exemple le plus remarquable ... le très large usage qui est fait aujourd'hui des normes du « raisonnable » (*ibid.*). Il serait peu vraisemblable que les phénomènes jurisprudentiels analysés par M. Atiyah n'aient aucune contrepartie dans les autres systèmes juridiques ou qu'ils ne soient pas pertinents en droit international du seul fait des distinctions qui existent entre l'équité en droit international et l'équité en droit interne.

Ces tendances ne justifient en aucune manière que l'on se dispense de la nécessité de fixer des limites précises au pouvoir discrétionnaire du juge ou d'établir des critères pour réglementer son exercice à l'intérieur des limites fixées. Il me semble cependant que ces limites doivent être trouvées dans le principe consacré suivant lequel la Cour ne s'occupe pas de répartir un bien commun, mais de circonscrire des droits que détient déjà séparément chaque partie. Comme je l'ai dit plus haut, une délimitation peut bien avoir pour effet de déterminer de manière définitive l'étendue de droits concurrents dans des zones marginales, mais elle n'a pas pour effet de répartir un bien indivis. En outre, les critères régissant une délimitation sont raisonnablement clairs (voir, par exemple, *Golfe du Maine*, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 312-313, par. 157, et *Libye/Malte*, *C.I.J. Recueil 1985*, p. 39-40, par. 46). Ce qu'il faut ensuite, c'est peser et mettre en balance les critères applicables à l'intérieur de ces limites. Certes, l'opération peut être difficile car, ainsi que la Cour l'a dit en 1969, « de tels problèmes d'équilibre entre diverses considérations varient naturellement selon les circonstances de l'espèce » (*Mer du Nord*, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 50, par. 93). Mais les difficultés que rencontre la Cour dans l'accomplissement de sa tâche ne sont pas suffisantes pour l'entraîner hors des limites de sa mission judiciaire.

La nécessité de peser et de mettre en balance des considérations concurrentes limite nécessairement la capacité du juge de statuer avec une précision mathématique. L'impossibilité d'atteindre ce niveau d'exactitude n'est pas incompatible avec un exercice approprié de la mission judiciaire. Attendre davantage ne serait pas seulement surestimer la fonction judiciaire, mais aussi mal la comprendre. Le malentendu est aggravé lorsque cette fonction s'applique à une délimitation maritime, domaine dans

fessor Paul Reuter's general remark that international law "est nécessairement simple et un peu rustique" (*I.C.J. Pleadings, Temple of Preah Vihear*, Vol. II, p. 85). To be sure, there is substance in the view that "a decision cannot be equitable when litigants do not understand the decision, how it was reached, nor why such legal rules should be applied to" the situation¹. However generously one may be inclined to locate the boundaries of judicial discretion, it has always to be exercised on a disciplined basis and with reference to verifiable criteria. Yet, looking at the nature of the Court's functions in this case and at a certain indeterminacy in the circumstances to be taken into account, I consider that there is a sufficiency of reasoning to sustain its view that neither Norway's claim to the median line nor Denmark's claim to the 200-mile line is right, and that an equitable line is that established by its Judgment.

PART V. THE COMPETENCE TO ESTABLISH A SINGLE LINE

Denmark seeks a single line for the continental shelf and the fishery zone. That I understand as including two separate but congruent lines. Norway contends that, except where the application of international law would ordinarily result in two separate but congruent lines, Denmark's request cannot be granted in the absence of a supporting agreement by the Parties, and that there is in fact no such agreement. Denmark's reply is that —

- (a) the authority of the Court to fix a single dual-purpose line flows from the fact that the case relates to the delimitation of two zones, and that the agreement of the Parties to request the Court to fix such a boundary is not necessary;
- (b) alternatively, if such an agreement is necessary, it can be derived from the fact that each Party in its separate submissions is in fact asking the Court to fix a single boundary.

As to the first question, it is necessary to begin by noticing the relationship between the boundary in the continental shelf and that in the fishery zone. Whatever might be their precise relationship to the exclusive economic zone, the continental shelf and the fishery zone are each an institu-

¹ Laura Nader and June Starr, "Is Equity Universal?", in R. A. Newman (ed.), *Equity in the World's Legal Systems, A Comparative Study*, 1973, p. 125, at p. 133, cited in J. I. Charney, "Ocean Boundaries between Nations: A Theory for Progress", *American Journal of International Law*, 1984, Vol. 78, p. 582, at p. 595, note 69.

lequel il importe particulièrement de garder à l'esprit l'observation générale de M. Paul Reuter suivant laquelle le droit international « est nécessairement simple et un peu rustique » (*C.I.J. Mémoires, Temple de Préah Vihéar*, vol. II, p. 85). Il y a certainement beaucoup de vrai dans l'idée qu'« une décision ne peut pas être équitable si les plaideurs ne comprennent pas cette décision, comment elle a été prise, ni pourquoi telles ou telles règles juridiques doivent être appliquées » à la situation en cause¹. Quelle que soit la générosité des limites que l'on voudrait assigner au pouvoir discrétionnaire du juge, ce pouvoir doit toujours s'exercer de manière disciplinée et par rapport à des critères vérifiables. Pourtant, considérant la nature des fonctions de la Cour dans cette affaire et le caractère assez indéterminé des circonstances à prendre en compte, il existe à mon avis des motifs suffisants à l'appui de son point de vue selon lequel la revendication par la Norvège de la ligne médiane et la revendication par le Danemark de la ligne des 200 milles ne sont ni l'une ni l'autre justifiées et que la délimitation équitable est celle établie par son arrêt.

CINQUIÈME PARTIE. LA COMPÉTENCE POUR DÉFINIR UNE LIGNE UNIQUE

Le Danemark demande une ligne unique pour le plateau continental et la zone de pêche. Je comprends en cela qu'il s'agit de deux lignes distinctes mais coïncidentes. La Norvège soutient que, sauf dans la mesure où l'application du droit international conduirait normalement à deux lignes distinctes mais coïncidentes, il ne peut pas être fait droit à la requête du Danemark en l'absence d'un accord en ce sens entre les Parties, et que de fait cet accord n'existe pas. La réponse du Danemark est que :

- a) le pouvoir de la Cour de fixer une ligne unique à double fin découle du fait que l'affaire concerne la délimitation de deux zones, et que l'accord des Parties de demander à la Cour de tracer une telle limite n'est pas nécessaire ;
- b) subsidiairement, si un tel accord est nécessaire, il peut être déduit du fait que chaque Partie, dans ses propres conclusions, demande en fait à la Cour de tracer une ligne unique.

Sur le premier point, il faut considérer d'abord la relation qui existe entre la ligne de délimitation du plateau continental et celle de la zone de pêche. Quelle que soit la nature précise de leur rapport avec la zone économique exclusive, le plateau continental et la zone de pêche

¹ Laura Nader et June Starr, « Is Equity Universal ? », dans R. A. Newman (dir. publ.), *Equity in the World's Legal Systems, A Comparative Study*, 1973, p. 133, cité dans J. I. Charney, « Ocean Boundaries between Nations : A Theory for Progress », *American Journal of International Law*, 1984, vol. 78, p. 595, note 69.

tion known to law. That is certainly the case with the continental shelf. It is equally the case with the fishery zone. Going back a long way in time (D. P. O'Connell, *The International Law of the Sea*, Vol. 1, 1982, pp. 510 ff.; and *Fisheries Jurisdiction*, *I.C.J. Reports 1974*, p. 82, Judge de Castro, separate opinion), the idea of the fishery zone evolved through customary international law, the question of extent being a particularly thorny one (*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *Merits*, *I.C.J. Reports 1974*, p. 23, para. 52. And see *ibid.*, *Jurisdiction*, *I.C.J. Reports 1973*, pp. 24 ff., Judge Fitzmaurice, separate opinion, and pp. 40 ff., Judge Padilla Nervo, dissenting). In the *Gulf of Maine* case, the Chamber was concerned with 200-mile fishery zones established in 1977 by both Parties, "basing themselves on the consensus meanwhile achieved at the Third United Nations Conference on the Law of the Sea" (*I.C.J. Reports 1984*, p. 282, para. 68. And see *ibid.*, p. 265, para. 20, and p. 278, para. 58). The Chamber assumed that such a fishery zone was an institution known to law. Whether the establishment today of a fishery zone is in reality a limited use of a wider competence deriving from the newer institution of the exclusive economic zone is an interesting question, particularly in view of the responsibilities involved in the latter (see Carl August Fleischer, "Fisheries and Biological Resources", in René-Jean Dupuy and Daniel Vignes, *A Handbook on the New Law of the Sea*, Vol. 2, 1991, pp. 1055 ff.). But I do not consider it necessary to enter into that issue. The assumption made by the Chamber in the *Gulf of Maine* case that a 200-mile fishery zone established in 1977 was an institution known to law should not be less valid for the fishery zones in this case, which were established in 1980.

Now, it is possible to conceive of two sets of rights co-existing within the same physical space. Rights of that kind would be susceptible of delimitation by a single line. But the rights conferred by the continental shelf and the fishery zone do not exist within the same space. The continental shelf, which exists *ipso jure*, confers rights in respect of the natural resources of the sea-bed and the subsoil. The fishery zone, which requires to be established, confers rights in respect of the living resources of the superjacent water column. The latter is not "a mere accessory" of the underlying continental shelf (*Gulf of Maine*, *I.C.J. Reports 1984*, p. 301, para. 119). Though physically in contact, the two institutions are both legally and spatially distinct (*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *Merits*, *I.C.J. Reports 1974*, pp. 45-46, para. 4, first sentence, joint separate opinion of Judges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh and Ruda; and *Gulf of Maine*, *I.C.J. Reports 1984*, p. 367, para. 12, Judge Gros, dissenting). Theoretically, the only sense in which it is possible to establish a single line for them is by way of the establishment of two *similar* lines, one superimposed on the other. But even a single line in this sense can be established only where the criteria governing the delimitation

sont chacun une institution reconnue par le droit. Cela est certain pour le plateau continental, et aussi pour la zone de pêche. D'origine ancienne (D. P. O'Connell, *The International Law of the Sea*, vol. 1, 1982, p. 510 et suiv., et *Compétence en matière de pêcheries*, C.I.J. Recueil 1974, p. 82, opinion individuelle de M. de Castro), l'idée de la zone de pêche a évolué dans le cadre du droit coutumier, la question de son étendue se révélant particulièrement épineuse (*Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, C.I.J. Recueil 1974, p. 23, par. 52; voir aussi *ibid.*, *compétence de la Cour*, C.I.J. Recueil 1973, p. 24 et suiv., opinion individuelle de M. Fitzmaurice, et p. 40 et suiv., opinion dissidente de M. Padilla Nervo). Dans l'affaire du *Golfe du Maine*, la Chambre avait à connaître de zones de pêche de 200 milles instaurées par les deux parties «se prévalant du consensus réalisé entre-temps à la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer» (C.I.J. Recueil 1984, p. 282, par. 68; voir aussi *ibid.*, p. 265, par. 20, et p. 278, par. 58). La Chambre a tenu pour acquis qu'une zone de pêche était une institution qui possédait une existence juridique. Que l'instauration aujourd'hui d'une zone de pêche constitue en réalité un exercice limité d'une juridiction plus étendue résultant de l'institution plus récente de la zone économique exclusive est une intéressante question, particulièrement eu égard aux responsabilités qu'implique cette dernière institution (voir Carl August Fleischer, « Fisheries and Biological Resources », dans René-Jean Dupuy et Daniel Vignes, *A Handbook on the New Law of the Sea*, 1991, vol. 2, p. 1055 et suiv.). Cependant, je ne pense pas nécessaire d'aborder cette question. La Chambre ayant considéré, dans l'affaire du *Golfe du Maine*, qu'une zone de pêche de 200 milles instaurée en 1977 était une institution reconnue par le droit, il devrait en être de même pour les zones de pêche dont il est question dans cette affaire, qui ont été établies en 1980.

Cela étant, il est possible de concevoir que deux ensembles de droits coexistent à l'intérieur du même espace physique. Des droits de ce genre se prêteraient à une délimitation par une ligne unique. Mais les droits conférés par le plateau continental et par la zone de pêche ne se situent pas à l'intérieur du même espace. Le plateau continental, qui existe *ipso jure*, confère des droits sur les ressources naturelles du lit de la mer et de son sous-sol. La zone de pêche, qui doit être déclarée, confère des droits en ce qui concerne les ressources biologiques de la colonne d'eau surjacent. Cette dernière n'est pas «un simple accessoire» du plateau continental sous-jacent (*Golfe du Maine*, C.I.J. Recueil 1984, p. 301, par. 119). Quoique physiquement en contact, ces deux institutions sont distinctes aussi bien juridiquement que spatialement (*Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, C.I.J. Recueil 1974, p. 45-46, par. 4, première phrase, opinion conjointe de MM. Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda, et *Golfe du Maine*, C.I.J. Recueil 1984, p. 367, par. 12, opinion dissidente de M. Gros). En théorie, la seule manière dont il soit possible de fixer une ligne unique les concernant est de déterminer deux lignes *semblables*, superposées l'une à l'autre. Mais

tation of overlapping rights to each of the two sets of resources are the same; and they need not be¹. The possibility of distinct lines was recognized in the *Gulf of Maine* case (*I.C.J. Reports 1984*, p. 314, para. 161).

Many of the resulting problems relating to a single-line delimitation were critically considered in the dissenting opinion of Judge Gros in the *Gulf of Maine* case (*ibid.*, p. 360). Obviously, parties can do many things by agreement which cannot be done by the Court. Where the parties have not agreed to a single line, such a line can be produced only if the criteria regulating the delimitation of the continental shelf happen to lead to the same result as the criteria regulating that of the fishery zone. Failing this concordance, the only way to prevent different boundaries from resulting is, by an appropriate process of selection, to use only such delimitation criteria as are common to both cases. But this could involve the non-use of some criteria the use of which would otherwise have been required by international law were the Court engaged in delimiting one space only. This was made clear in the *Gulf of Maine* case, in which the Chamber said:

“In other words, the very fact that the delimitation has a twofold object constitutes a special aspect of the case which must be taken into consideration even before proceeding to examine the possible influence of other circumstances on the choice of applicable criteria. It follows that, whatever may have been held applicable in previous cases, it is necessary, in a case like the present one, *to rule out* the application of any criterion found to be typically and exclusively bound up with the particular characteristics of one alone of the two natural realities that have to be delimited in conjunction.” (*Ibid.*, p. 326, para. 193; emphasis added.)

Thus the establishment of a single line might require the Court

“to rule out the application of any criterion found to be typically and exclusively bound up with the particular characteristics of one alone of the two natural realities that have to be delimited in conjunction” (*ibid.*).

¹ See *I.C.J. Pleadings, Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Vol. V, p. 246, question IV (1) of Judge Oda's questions, and p. 503, para. IV (1) of Libya's reply; *I.C.J. Pleadings, Maritime Delimitation in the Gulf of Maine Area*, Vol. VI, p. 461, President Ago's question; *Gulf of Maine, I.C.J. Reports 1984*, p. 317, para. 168, p. 326, paras. 192-193; Paul Jean-Marie Reuter, “Une ligne unique de délimitation des espaces maritimes?”, in *Mélanges Georges Perrin*, 1984, p. 251, at p. 256; D. W. Bowett, *The Legal Regime of Islands in International Law*, 1978, pp. 188-189; and R. R. Churchill, “Marine Delimitation in the Jan Mayen Area”, in *Marine Policy*, 1985, Vol. 9, pp. 26-27. There is a well-known divergence between the boundary of the continental shelf and that of the economic zone in the case of the Australia/Papua New Guinea Maritime Boundaries Treaty of 1978.

même une ligne unique conçue dans ce sens ne peut être établie que dans le cas d'une identité des critères régissant la délimitation de la zone de chevauchement des droits à chacun de ces deux ensembles de ressources ; ces critères ne sont pas nécessairement les mêmes¹. La possibilité de lignes distinctes a été reconnue dans l'affaire du *Golfe du Maine* (C.I.J. Recueil 1984, p. 314, par. 161).

Bon nombre des problèmes liés à une délimitation par une ligne unique ont été analysés dans l'opinion dissidente de M. Gros dans l'affaire du *Golfe du Maine* (*ibid.*, p. 360). Manifestement, les parties peuvent faire par voie d'accord beaucoup de choses que ne peut faire la Cour. Quand les parties n'ont pas convenu d'une ligne unique, une telle ligne ne peut être établie que si les critères régissant la délimitation du plateau continental se trouvent conduire au même résultat que les critères régissant celle de la zone de pêche. A défaut de concordance, le seul moyen d'éviter d'aboutir à des limites différentes consiste, par un processus de sélection approprié, à n'employer que les critères de délimitation qui sont communs aux deux situations. On peut cependant être ainsi conduit à renoncer à l'emploi de certains critères qui aurait été autrement requis par le droit international si la Cour n'avait eu à délimiter qu'un seul espace. Ce point a été bien précisé dans l'affaire du *Golfe du Maine*, où la Chambre a dit :

« En d'autres termes, dans le fait que la délimitation a un double objet, il y a déjà une particularité du cas d'espèce qui doit être prise en considération avant même de passer à l'examen de l'incidence possible d'autres circonstances sur le choix des critères à appliquer. Il en découle donc qu'abstraction faite de ce qui a pu avoir été retenu dans des affaires précédentes il conviendrait d'*exclure* l'application, dans un cas comme celui-ci, d'un quelconque critère qui apparaîtrait typiquement et exclusivement lié aux caractéristiques propres d'une seule des deux réalités naturelles à délimiter ensemble. » (*Ibid.*, p. 326, par. 193 ; les italiques sont de moi.)

L'établissement d'une ligne unique pourrait donc imposer à la Cour

« d'*exclure* ... l'application d'un quelconque critère qui apparaîtrait typiquement et exclusivement lié aux caractéristiques propres d'une seule des deux réalités naturelles à délimiter ensemble » (*ibid.*).

¹ Voir C.I.J. *Mémoires, Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, vol. V, p. 246, question IV, n° 1, de M. Oda, et p. 503, par. IV, al. 1, réponse de la Libye ; C.I.J. *Mémoires, Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, vol. VI, p. 461, question du président, M. Ago ; *Golfe du Maine, C.I.J. Recueil 1984*, p. 317, par. 168, p. 326, par. 192-193 ; Paul Jean-Marie Reuter, « Une ligne unique de délimitation des espaces maritimes ? », dans *Mélanges Georges Perrin*, 1984, p. 256 ; D. W. Bowett, *The Legal Regime of Islands in International Law*, 1978, p. 188-189 ; et R. R. Churchill, « Marine Delimitation in the Jan Mayen Area », dans *Marine Policy*, 1985, vol. 9, p. 26-27. Il existe une divergence bien connue entre la limite du plateau continental et celle de la zone économique dans le cas du traité de 1978 entre l'Australie et la Papouasie-Nouvelle-Guinée relatif à leurs frontières maritimes.

And yet, under international law, the Court would be required to apply precisely such a criterion. Can the parties, by agreement, empower the Court to act otherwise, where the agreement is not one which takes effect under Article 38, paragraph 2, of the Statute of the Court?

It depends on the nature of the agreement. The parties may by agreement competently fix a boundary on a basis having nothing to do with the application of legal principles; it does not follow that they could authorize the Court to fix the boundary on a similar basis, unless the agreement takes effect under Article 38, paragraph 2, of the Statute of the Court (which is not the case here). True, in the absence of *jus cogens* (scarcely applicable in relation to maritime delimitation), the parties can agree to derogate from rules of international law (*North Sea, I.C.J. Reports 1969*, p. 42, para. 72); but, although the jurisdiction of the Court is consensual, its proceedings are judicial and do not represent a delegated negotiation or a negotiation by proxy (see arguments of counsel for Canada in the *Canada/France Arbitration*, Transcript of the Canadian Pleadings, Vol. 11, p. 1088). However, an agreement empowering the Court to fix a single-line boundary must be presumed to contemplate that the Court will seek to apply equitable principles in selecting criteria appropriate to a common boundary. On this basis, it is, in my view, competent for the parties by agreement to authorize the Court to fix a single boundary.

As noticed, Denmark however contends that an agreement is not necessary to enable the Court to establish a single boundary. It submits that in the *Gulf of Maine* case the basis on which the Chamber considered itself competent to do so was the circumstance that the delimitation in fact related to two areas, and not the fact that the Parties had agreed to request such a delimitation. In its view, the 1958 “Convention, dealing with only one dimension — the shelf — could not govern a two dimensional delimitation, i.e., shelf and superjacent waters” (CR 93/10, p. 20, 25 January 1993, Mr. Lehmann). By itself, that statement is true; the 1958 Convention, which applies only to the continental shelf, “could not govern a two-dimensional delimitation”. But the Chamber could not establish a single line unless it could competently make a selective use of the criteria normally applicable under international law to the delimitation of each zone, retaining some and rejecting others so as to produce a common group of criteria leading to a single line. Under general international law, if the relevant factors pointed to separately located lines, a judicial body would be bound to establish separately located lines; the mere fact that the case before it involved the delimitation of two zones would not empower it to fix congruent lines. A party could not by simply filing an application relating to two areas unilaterally deprive the other party of its right to two non-congruent lines where these were ordinarily required by international law.

Et pourtant, le droit international exigerait que la Cour applique précisément un tel critère. Les parties peuvent-elles, par voie d'accord, donner pouvoir à la Cour d'agir autrement lorsque cet accord n'est pas de ceux qui prennent effet conformément au paragraphe 2 de l'article 38 du Statut de la Cour ?

La réponse dépend de la nature de l'accord. Les parties peuvent par voie d'accord valablement fixer une limite qui n'est nullement fondée sur l'application de principes juridiques ; il n'en résulte pas qu'elles puissent autoriser la Cour à définir une délimitation sur une base similaire, à moins qu'il ne s'agisse d'un accord prenant effet conformément aux dispositions du paragraphe 2 de l'article 38 du Statut de la Cour (ce qui n'est pas le cas ici). Il est vrai qu'en l'absence de *jus cogens* (guère applicable en matière de délimitation maritime), les parties peuvent déroger par voie d'accord aux règles du droit international (*Mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 42, par. 72) ; mais, si la juridiction de la Cour est consensuelle, sa procédure est judiciaire et ne correspond pas à une négociation par délégation ou à une négociation par procuration (voir l'argumentation du conseil du Canada dans l'*Arbitrage entre le Canada et la France*, plaidoirie du Canada, vol. 11, p. 1088). Cependant, on peut présumer qu'un accord donnant pouvoir à la Cour de déterminer une ligne unique prévoirait que celle-ci s'efforceraient d'appliquer des principes équitables dans le choix des critères appropriés pour une limite commune. Sur cette base, selon moi, les parties peuvent par voie d'accord autoriser la Cour à fixer une ligne de délimitation unique.

Comme on l'a vu, le Danemark soutient cependant qu'un accord n'est pas nécessaire pour autoriser la Cour à tracer une ligne unique. Il fait valoir que, dans l'affaire du *Golfe du Maine*, la Chambre a fondé sa compétence pour ce faire sur ce que la délimitation concernait en fait les deux zones, et non sur ce que les parties avaient été d'accord pour demander une telle délimitation. Selon lui, « la convention [de 1958], traitant d'une seule dimension — le plateau — ne pouvait pas régir une délimitation à double dimension, à savoir le plateau et les eaux surjacentes » (CR 93/10, p. 20, 25 janvier 1993, M. Lehmann). En elle-même, cette affirmation est exacte ; la convention de 1958, qui ne s'applique qu'au plateau continental, « ne pouvait pas régir une délimitation à double dimension ». Mais la Chambre ne pouvait pas fixer une ligne unique si elle ne pouvait pas valablement faire un usage sélectif des critères normalement applicables en droit international pour la délimitation de chaque zone, conservant certains d'entre eux et en rejetant d'autres, afin de constituer un ensemble commun de critères permettant d'aboutir à une ligne de délimitation unique. En droit international général, si les facteurs pertinents indiquaient des lignes situées dans des emplacements différents, un organe judiciaire serait tenu de définir des lignes situées dans des emplacements différents ; le simple fait que l'affaire dont elle était saisie concernait la délimitation de deux zones ne lui donnait pas pouvoir de tracer des lignes coïncidentes. Une partie ne doit pas pouvoir, par le simple dépôt d'une requête relative à deux zones, priver unilatéralement l'autre partie de son droit à deux lignes non coïncidentes quand celles-ci sont normalement requises par le droit international.

In my view, when the Chamber said that “there is certainly no rule of international law” preventing it from establishing a single line (*I.C.J. Reports 1984*, p. 267, para. 27), what it meant was that international law did not prevent it from acceding to the Parties’ request for a single line, not that it could in any event fix a single line where separately located lines might otherwise be required. In making a selective use of criteria that would be otherwise applicable, rejecting some and retaining others, the Chamber was derogating from the normal principles of international law. Only the agreement of the Parties could empower it to derogate. Hence, on its true construction, the Judgment of the Chamber is to be understood as meaning that the source of the authority of the Chamber to fix a single line where two separately located lines might otherwise have been required under international law was the agreement of the Parties to ask for a single line. I interpret the *Guinea/Guinea-Bissau Arbitral Award* as resting on a tacit understanding that a single line was to be established (*Revue générale de droit international public*, 1985, Vol. LXXXIX, p. 504, para. 42).

On the first question, I am accordingly not persuaded by Denmark’s submission that an agreement is not necessary.

As to the second question, concerning Denmark’s alternative submission that there is an agreement, there is obviously no agreement in this case as there was in the *Gulf of Maine* case. Denmark, however, argues that each Party, in its submission, is in fact asking for a single line in respect of both the continental shelf and the fishery zone, and that this concurrence in submissions amounts in law to an agreement to request the Court to draw such a line. Norway is asking for congruent lines but on two important qualifying bases, first, that they should correspond with the median line only, and, second, that this correspondence should result from the operation of the criteria normally applicable at international law to the delimitation of each maritime area considered separately. Norway is not agreeable to any derogation from the normally applicable criteria so as to produce two congruent lines if those criteria would otherwise produce two non-congruent ones.

Hence there is no agreement. It follows that the only way in which the continental shelf and the fishery zone can have a single line (in the sense of two congruent lines) is if congruence is the incidental result of the operation of the normally applicable principles of international law. But two lines drawn independently for each area would coincide along their entire lengths only exceptionally. The factor concerning the location of fish stocks, relied on by the Court, may, in the circumstances of this particular case, be relevant to the delimitation of the fishery zone; it is not relevant to the delimitation of the continental shelf. Thus, I cannot say that I have found the question of a single line to be without difficulty. The doubts

A mon avis, lorsque la Chambre a déclaré « que le droit international ne comporte certes pas de règles » qui s'opposent à ce qu'elle trace une ligne unique (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 267, par. 27), elle voulait dire que le droit international ne l'empêchait pas d'accéder à la demande par les parties d'une ligne unique, et non qu'elle pouvait de toute manière tracer une ligne unique quand des lignes situées en des emplacements différents pourraient autrement être requises. En faisant un usage sélectif des critères qui auraient été autrement applicables, en en rejetant certains et en en retenant d'autres, la Chambre dérogeait aux principes normaux du droit international. Seul l'accord des parties pouvait l'autoriser à procéder ainsi. Par conséquent, correctement interprété, l'arrêt de la Chambre doit être entendu comme signifiant que le pouvoir pour la Chambre de tracer une ligne unique alors que deux lignes situées dans des emplacements différents pourraient autrement avoir été requises en droit international avait sa source dans l'accord des parties pour demander une ligne unique. J'interprète la *Sentence arbitrale Guinée/Guinée-Bissau* comme étant fondée sur un accord tacite pour le tracé d'une ligne unique (*Revue générale de droit international public*, 1985, vol. LXXXIX, p. 504, par. 42).

A propos de la première question, je ne suis donc pas convaincu par la thèse du Danemark selon laquelle un accord n'est pas nécessaire.

En ce qui concerne la deuxième question concernant la thèse subsidiaire du Danemark suivant laquelle il existe un accord, je dirai qu'il n'existe manifestement dans cette affaire aucun accord, au contraire de l'affaire du *Golfe du Maine*. Le Danemark, cependant, soutient que chaque Partie, dans ses conclusions, demande en fait une ligne unique pour le plateau continental et la zone de pêche, et que cette concordance des conclusions équivaut en droit à un accord pour demander à la Cour de tracer une telle ligne. La Norvège demande des lignes coïncidentes mais avec deux importantes réserves, à savoir, premièrement, que ces deux lignes doivent correspondre uniquement à la ligne médiane et, deuxièmement, que cette correspondance doit résulter du jeu des critères normalement applicables en droit international à la délimitation de chaque zone maritime considérée séparément. La Norvège n'accepte aucune dérogation aux critères normalement applicables afin d'obtenir deux lignes coïncidentes si ces critères devaient autrement indiquer le tracé de deux lignes non coïncidentes.

Il n'y a donc pas d'accord. Il en résulte que, si le plateau continental et les zones de pêche peuvent être délimités par une ligne unique (au sens de deux lignes coïncidentes), c'est seulement si cette coïncidence est le résultat incident du jeu des principes de droit international normalement applicables. Mais deux lignes tracées indépendamment pour chaque zone ne pourraient qu'exceptionnellement coïncider sur toute leur longueur. Le facteur relatif à l'emplacement des stocks de poisson, sur lesquels s'est appuyée la Cour, peut, dans les circonstances de cette affaire particulière, être pertinent pour la délimitation de la zone de pêche, mais il n'est pas pertinent pour la délimitation du plateau continental. Je ne puis donc dire

which I have felt are not, however, sufficiently strong to prevent me from adhering to the Court's conclusion.

PART VI. THE JUDICIAL PROPRIETY OF DRAWING A DELIMITATION LINE

Norway submits that the Court should not undertake the drawing of a delimitation line. The submission was not made on the basis of jurisdiction, but it trenched sufficiently on this area to put one on enquiry as to the Court's competence, this being always a matter open to consideration. I shall accordingly address myself to this issue in the first place.

(i) *Jurisdiction*

The question which I propose to examine is whether the competence to determine the boundary is confided by international law exclusively to the process of agreement by the parties, with the result that the Court cannot determine it except on their joint request, and with the further consequence that, where, as here, there is no joint request, the Court can at most only provide guidelines to enable the parties themselves to determine the boundary by an agreement to be negotiated by them on the basis of such guidelines.

Without entering into details, I should first state that my understanding of the positions taken by the Parties is that they accept that the Court is competent to adjudge and declare what constitutes the boundary. The issue between them relates to a different question, namely, whether the Court's Judgment should be limited to a descriptive statement of what constitutes the boundary, or whether it should take the further form of including the actual drawing of the line. Neither Party has asked for guidelines on the basis of which negotiations will be undertaken with a view to determining by agreement what constitutes the boundary. Any negotiations visualized by Norway would be directed not to the question what constitutes the boundary, but to the technical question what is the specific line required to give expression to the Court's own judgment as to what constitutes the boundary.

The Parties having, in my view, accepted that the Court is competent to determine what constitutes the boundary, is it nevertheless possible to say that the Court lacks the necessary jurisdiction to do so?

On my reading of the record, after eight years of negotiations, not only has there in fact been no agreement, but there has been a failure to reach agreement.

Taking, first, the case of the continental shelf, what is the position where there has been a failure to reach agreement? The failure to reach agree-

que j'aie trouvé la question d'une ligne unique exempte de difficultés. Mes doutes n'ont cependant pas été assez forts pour m'empêcher de souscrire à la conclusion de la Cour.

SIXIÈME PARTIE. LA JUSTIFICATION JUDICIAIRE DU TRACÉ
D'UNE LIGNE DE DÉLIMITATION

La Norvège soutient que la Cour ne devrait pas entreprendre de tracer une ligne de délimitation. La Norvège n'a pas invoqué à cet égard une question de compétence, mais elle a assez insisté sur ce point pour que l'on puisse s'interroger sur la compétence de la Cour, cette question étant d'ailleurs toujours ouverte à l'examen. C'est donc par là que je commencerai.

i) *Compétence*

La question que je me propose d'examiner est de savoir si la compétence pour déterminer la ligne de délimitation est exclusivement limitée par le droit international au cas d'un accord des parties, avec pour résultat que la Cour ne peut pas le faire en l'absence d'une requête conjointe de celles-ci, et avec en outre la conséquence qu'à défaut de requête conjointe, comme c'est le cas ici, la Cour ne peut pas faire plus qu'indiquer des principes directeurs afin de permettre aux parties de déterminer elles-mêmes une ligne de démarcation par la voie d'un accord à négocier entre elles sur la base desdits principes directeurs.

Sans entrer dans les détails, je dirai d'abord que je comprends des positions adoptées par les Parties qu'elles reconnaissent la compétence de la Cour pour statuer et indiquer quelle est la ligne de délimitation. Leur désaccord porte sur une question différente, celle de savoir si l'arrêt de la Cour doit se limiter à une description de ce qu'est la ligne de délimitation, ou s'il doit en outre comprendre le tracé concret de la ligne. Aucune des Parties n'a demandé l'indication de principes sur la base desquels seraient entreprises des négociations pour déterminer par voie d'accord ce qui constitue la ligne de délimitation. Les négociations envisagées par la Norvège ne concerneraient pas la nature de la délimitation, mais la question technique de la ligne spécifique qui serait nécessaire pour donner corps au propre arrêt de la Cour au sujet de ce qu'est la ligne de délimitation.

Les Parties ayant, selon moi, été d'accord que la Cour était compétente pour déterminer ce qu'est la ligne de délimitation, est-il néanmoins possible de dire que la Cour n'a pas compétence pour ce faire ?

A en juger par le dossier, après huit années de négociations, non seulement il n'y a pas eu accord, mais aussi il y a eu échec dans la recherche d'un accord.

Prenant d'abord le cas du plateau continental, quelle est la situation en cas d'échec dans la recherche d'un accord ? Cet échec signifie que les

ment means that the Parties have exhausted their own capacity to fix a boundary consensually on any basis whatever. So there is a dispute. It is not a dispute as to whether the Parties are under a duty to negotiate, for they have already negotiated, albeit unsuccessfully. It is a dispute as to what in fact is the boundary, there being no agreement as to what it is.

From this point onwards, it is necessary to read the 1958 Convention in partnership with any available procedure for the peaceful settlement of disputes. Theoretically, the failure of the Parties to determine the boundary by agreement does not preclude them at a later stage from still having recourse to agreement as a means of peaceful settlement of the dispute left over by such failure. But now, apart from the question of its practical usefulness, agreement is only one method among other available methods of settling the dispute.

The disputes settlement procedures of the 1982 Convention do not apply, and I express no opinion one way or another as to what the position might be if they did. Obviously, however, Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court is an available procedure for the settlement of disputes. Norway accepted that "it is Denmark's undisputed right to avail itself of the Court's general jurisdiction under Article 36, paragraph 2, of the Statute and the optional clause declarations" of the Parties made thereunder (CR 93/5, p. 21, 15 January 1993, Mr. Haug). There can be no doubt that a dispute relating to a maritime boundary is a legal dispute relating to a question of international law within the meaning of that provision. Referring to the machinery of this provision, Norway in fact recognized

"that it lies within the scope and function of the Court to perform a delimitation of the continental shelf between Denmark and Norway, as well as a delimitation of the fishery zones between the same Parties, in the area between Jan Mayen and Greenland" (CR 93/11, p. 27, 27 January 1993, Mr. Haug).

Denmark, therefore, has an absolute right to invoke the Court's jurisdiction under that provision.

Bearing in mind that the dispute is one as to what is the boundary, the Court's response to it can only be to say what is the boundary. Depending on the adequacy of the material, the Court may be able to answer the question with more or less particularity. But I am unable to see how any proper sense of its judicial mission can compel the Court to avoid a direct response to the question submitted as to what is the boundary and to confine itself instead to giving guidance to the parties, which they have not sought, on what are the bases on which they should negotiate for the determination by agreement of that question. It would be especially beside the point, and somewhat gratuitous, for the Court to give such guidance where the parties have not committed themselves to negotiate on the basis

Parties ont épuisé leur propre capacité d'établir une délimitation de manière consensuelle sur quelque base que ce soit. Il y a donc un différend. Celui-ci ne porte pas sur le devoir qu'auraient ou non les Parties de négocier car elles ont déjà négocié, il est vrai sans succès. C'est un différend sur la nature de la délimitation, les Parties n'étant pas d'accord sur ce en quoi elle consiste.

Partant de là, il est nécessaire de lire la convention de 1958 en association avec toutes les procédures existantes en matière de règlement pacifique des différends. Théoriquement, l'impossibilité où se sont trouvées les Parties de procéder à la délimitation par voie d'accord ne leur interdit pas ultérieurement d'avoir recours à un accord pour régler de manière pacifique le différend qui découle de cet échec. Cependant, mettant à part la question de son utilité pratique, un accord n'est qu'une méthode parmi d'autres pour régler le différend.

Les procédures de règlement des différends de la convention de 1982 ne sont pas applicables, mais je n'exprimerai aucune opinion, dans un sens ou dans un autre, sur ce que serait la situation si elles l'étaient. Manifestement, cependant, le paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour offre une procédure pour le règlement des différends. La Norvège a reconnu « que c'est ... le droit incontesté du Danemark d'invoquer la juridiction générale de la Cour conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, et aux déclarations faites en vertu de la clause facultative » par les parties (CR 93/5, p. 21, 15 janvier 1993, M. Haug). Il ne saurait faire de doute qu'un différend au sujet d'une ligne de délimitation maritime est un différend juridique ayant pour objet un point de droit international au sens de cette disposition. Se référant au mécanisme prévu par cette disposition, la Norvège a en fait reconnu

« qu'il entre dans le mandat et la mission de la Cour d'opérer une délimitation du plateau continental entre le Danemark et la Norvège, ainsi qu'une délimitation des zones de pêche entre les mêmes Parties, dans la région située entre Jan Mayen et le Groenland » (CR 93/11, p. 27, 27 janvier 1993, M. Haug).

Le Danemark a donc le droit absolu d'invoquer la compétence de la Cour en vertu de cette disposition.

Considérant que le différend concerne la nature de la ligne de délimitation, la Cour ne peut répondre qu'en indiquant ce qu'est cette ligne. En fonction des éléments à sa disposition, la Cour pourra répondre à la question de manière plus ou moins précise. Mais je ne vois pas comment un sens bien compris de sa mission judiciaire pourrait contraindre la Cour à éviter de répondre directement à la question qui lui est posée en ce qui concerne la nature de la ligne de délimitation et à se borner au contraire à indiquer aux parties des principes directeurs qu'elles n'ont pas demandés, ou à leur indiquer les bases sur lesquelles elles devraient négocier pour régler cette question par voie d'accord. Il serait particulièrement hors de propos et quelque peu gratuit pour la Cour de fournir ces indications alors

of legal principles (as in the *North Sea* cases), for they are always at liberty to agree a boundary on the basis of simple convenience or expediency.

Thus the failure to reach agreement bequeathed a legal dispute as to what constitutes the boundary. That dispute is susceptible of judicial settlement via unilateral application under Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court.

Assuming, however, that a consensual reference to the Court is required, the real question is whether both Parties have consensually established a settlement procedure relating to disputes and, if so, whether such disputes include a dispute as to the boundary of the continental shelf. This undoubtedly is the case under Article 36, paragraph 2, of the Statute. Under that provision, the Parties have consensually established a scheme for settlement of disputes which include the instant dispute as one which raises a question of international law. Where such a dispute has been unilaterally referred to the Court under this consensually established procedure, it is not open to the Respondent to complain that the proceedings were instituted without its consent. There is either consent or there is not. If none, there is no jurisdiction. But Norway accepts that there is jurisdiction. Hence an argument based on the unilateral nature of the Application collides with the fact that, in a fundamental sense, that unilateral Application is itself ultimately brought with the consent of Norway.

In my view, the foregoing approach would apply equally to the delimitation of the fishery zone in accordance with customary international law. There being a failure of the Parties to determine the boundary by agreement, there is a dispute as to what is the boundary. This being so, Denmark is entitled to invoke the machinery of Article 36, paragraph 2, of the Statute for the settlement of the dispute. And, again, the dispute being one as to what constitutes the boundary, the Court's response must be a response to that question, not to a question, unasked, as to what are the principles on which the Parties should negotiate for the settlement of the dispute.

(ii) *Judicial Propriety and Restraint*

The Court has not drawn a delimitation line. Thus, the substance of the Norwegian contention has prevailed. But the decision of the Court rests on the view that the drawing of a line by it could overlook possible deficiencies in the evidence, in the state in which it stands, concerning the technical aspects of such an operation. What I should like to make clear is that I do not understand the decision to be upholding Norway's contention in so far as this rests on the proposition that the mere non-consent of

que les parties ne se sont pas engagées à négocier sur la base de principes juridiques (comme dans les affaires de la *Mer du Nord*), vu qu'elles ont toujours latitude de s'accorder sur une ligne de délimitation sur la base de simples considérations de commodité ou d'opportunité.

L'impossibilité de parvenir à un accord a donc donné naissance à un différend quant à ce qui constitue la ligne de délimitation. Ce différend est susceptible d'un règlement judiciaire au moyen d'une requête unilatérale conformément aux dispositions du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour.

En supposant cependant qu'un accord soit nécessaire pour saisir la Cour, la véritable question est de savoir si les deux Parties se sont entendues sur une procédure de règlement de leurs différends et, dans l'affirmative, si ces différends comprennent un différend sur la délimitation du plateau continental. Tel est indiscutablement le cas en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. En vertu de cette disposition, les Parties ont établi de manière consensuelle un système de règlement des différends qui comprend le présent différend étant donné qu'il porte sur un point de droit international. Lorsqu'un tel différend est soumis à la Cour unilatéralement dans le cadre de cette procédure établie de manière consensuelle, il n'est pas loisible au défendeur de se plaindre que l'instance a été introduite sans son consentement. Il y a ou il n'y a pas consentement. Dans la négative, il n'y a pas compétence. Mais la Norvège admet qu'il y a compétence. Un argument fondé sur le caractère unilatéral de la requête achoppe sur le fait que, fondamentalement, cette requête unilatérale est elle-même, en dernière analyse, présentée avec le consentement de la Norvège.

Selon moi, ce qui précède vaudrait également pour la délimitation de la zone de pêche conformément au droit international coutumier. Les Parties ayant échoué dans leur tentative de déterminer la ligne de délimitation par voie d'accord, il existe un différend à ce propos. Cela étant, le Danemark a le droit d'invoquer le mécanisme du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut pour le règlement de ce différend. Et, là encore, le différend portant sur ce qu'est la ligne de délimitation, la Cour doit répondre à cette question, et non à une question, qui ne lui a pas été posée, concernant les principes sur la base desquels les Parties devraient négocier pour régler le différend.

ii) *Prudence et réserve judiciaire*

La Cour n'a pas tracé de ligne de délimitation. La thèse de la Norvège a donc prévalu en substance. Mais la décision de la Cour repose sur l'idée que le tracé d'une ligne de délimitation pourrait l'amener à négliger certaines insuffisances des éléments de preuve à sa disposition en ce qui concerne les aspects techniques d'une telle opération. Je désire souligner ici que je n'interprète pas l'arrêt comme accueillant la thèse de la Norvège dans la mesure où elle repose sur l'idée que la simple absence de consente-

Norway operates as a factor to prevent the Court, on grounds of judicial propriety and restraint, from drawing a line.

Norway carefully distinguished between jurisdiction and admissibility, on the one hand, and judicial propriety and restraint, on the other. However, it submitted that the

“Court may usefully draw guidance from the analogous analyses that have been performed in cases such as *Tunisia/Libya* or *El Salvador/Honduras*, where the same issues were dealt with in the narrower context of interpreting the consent of parties, and were therefore properly viewed as being directly related to the jurisdiction of the Court, or Chamber, rather than to the discretion and restraint that the Court may choose to bring to bear in the exercise of its judicial powers and competence in this difficult area” (CR 93/9, p. 53, 21 January 1993, Mr. Keith Highet).

That Norway’s interpretation of those two cases is correct is shown by the Judgments in the cases (*I.C.J. Reports 1982*, pp. 38-40, paras. 25-30; and *I.C.J. Reports 1992*, pp. 582-585, paras. 372-378. And see *I.C.J. Pleadings, Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Vol. IV, pp. 440-441, and Vol. V, pp. 50, 214-216, 282-285, 353). And to those two cases, I think there could be added the *Libya/Malta* case (*I.C.J. Reports 1985*, pp. 22-24, paras. 18-19). They all bear on the question of competence, and do not, in my view, provide a safe analogy on the question of judicial propriety and restraint.

I understood counsel for Norway to be speaking of judicial restraint not in the kind of constitutional sense in which the concept has developed in certain municipal jurisdictions in response to the need to preserve a margin of appreciation in the exercise by each repository of State power of its allotted responsibilities¹. The appeal was to judicial propriety and restraint not as limiting factors imposed by the relations between the elements of an institutionalized system within which a court may be functioning, but as factors which intrinsically influence the exercise of this Court’s judicial function.

It was in this way that I understood counsel when he referred the Court to “the restraint articulated on the exercise of its judicial functions in the case concerning the *Northern Cameroons (I.C.J. Reports 1963, p. 3)*”

¹ See *Corpus Juris Secundum*, Vol. 16, pp. 563 ff., para. 176, concerning judicial attitudes to political questions in the United States. And see Justice Stone’s dissent in *United States v. Butler* (1926), 297 US 1 (78),

“while unconstitutional exercise of power by the executive and legislative branches of the government is subject to judicial restraint, the only check upon our own exercise of power is our own sense of self-restraint”.

As to judicial activism and judicial self-restraint in England, see S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed., pp. 31 ff.

ment de sa part doit interdire à la Cour, pour des motifs de prudence et de réserve judiciaires, de tracer une ligne de délimitation.

La Norvège a soigneusement distingué entre la compétence et la recevabilité, d'une part, et la prudence et la réserve judiciaires, d'autre part. Cependant, elle a déclaré que :

« La Cour pourra utilement s'inspirer des analyses semblables qui ont été effectuées dans des affaires comme les affaires *Tunisie/Libye* ou *El Salvador/Honduras*, où les mêmes questions ont été traitées dans le contexte plus étroit de l'interprétation du consentement des Parties, et où de ce fait elles ont été à juste titre considérées comme étant directement liées à la compétence de la Cour, ou de la Chambre, plutôt qu'à la marge d'appréciation et à la réserve que la Cour peut choisir d'observer pour exercer ses pouvoirs et sa compétence judiciaires dans ce domaine délicat. » (CR 93/9, p. 53, 21 janvier 1993, M. Keith Highet.)

Cette interprétation norvégienne des deux affaires en question est exacte, comme le montrent les arrêts qui ont été rendus à leur sujet (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 38-40, par. 25-30, et *C.I.J. Recueil 1992*, p. 582-585, par. 372-378. Voir également *C.I.J. Mémoires, Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, vol. IV, p. 440-441, et vol. V, p. 50, 214-216, 282-285, 353). A ces deux affaires, je pense que l'on pourrait ajouter l'affaire *Libye/Malte* (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 22-24, par. 18-19). Elles portent toutes sur la question de la compétence et, selon moi, offrent une bonne analogie en ce qui concerne la question de la prudence et de la réserve judiciaires.

A mon avis, le conseil de la Norvège ne parlait pas de la réserve judiciaire au sens pour ainsi dire constitutionnel dans lequel le concept s'est développé dans certaines juridictions de droit interne face à la nécessité de préserver une marge d'appréciation dans l'exercice par chaque dépositaire de l'autorité de l'Etat des responsabilités qui lui ont été conférées¹. Il faisait appel à la prudence et à la réserve judiciaires considérées non comme un des facteurs limitatifs imposés par les relations entre les éléments d'un système institutionnalisé à l'intérieur duquel fonctionne un tribunal, mais comme un des facteurs qui influencent intrinsèquement l'exercice par la Cour de sa fonction judiciaire.

C'est ainsi que j'ai compris le conseil de la Norvège lorsqu'il a rappelé à la Cour « la réserve appliquée à l'exercice de ses fonctions judiciaires dans l'affaire du *Cameroun septentrional* (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 3) » (CR 93/9,

¹ Voir *Corpus Juris Secundum*, vol. 16, p. 563 et suiv., par. 176, au sujet des attitudes de l'ordre judiciaire vis-à-vis des questions politiques aux Etats-Unis. Voir l'opinion dissidente de M. Stone dans *United States v. Butler* (1926), 297 US 1 (78),

« alors que l'exercice anticonstitutionnel du pouvoir par les organes du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif est soumis à la réserve judiciaire, le seul contre-poids à notre propre exercice du pouvoir est notre propre sens de la réserve ».

En ce qui concerne l'activisme et la réserve judiciaires en Angleterre, voir S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 4^e éd., p. 31 et suiv.

(CR 93/9, p. 53, 21 January 1993, Mr. Keith Highet). But there the Court was “relegated to an issue remote from reality” (*I.C.J. Reports 1963*, p. 33). Hence, as it remarked:

“The function of the Court is to state the law, but it may pronounce judgment only in connection with concrete cases where there exists at the time of the adjudication an actual controversy involving a conflict of legal interests between the parties. The Court’s judgment must have some practical consequence in the sense that it can affect existing legal rights or obligations of the parties, thus removing uncertainty from their legal relations. No judgment on the merits in this case could satisfy these essentials of the judicial function.” (*Ibid.*, pp. 33-34.)

In that case there was really no triable issue the determination of which could serve any useful purpose. To decide the case would accordingly have been to undertake an exercise outside the judicial mission. In the instant case, there is, by contrast, a triable issue relating to a legal dispute as to what is the delimitation line in the continental shelf and fishery zone lying between Greenland and Jan Mayen, and the determination of that concrete issue would unquestionably serve a useful purpose.

Counsel also referred the Court to Sir Hersch Lauterpacht, writing

“in his book, *The Development of International Law by the International Court* (1982, rev. ed., Part Two, Chap. 5, pp. 75-90), under the several and associated rubrics of ‘judicial caution’ and ‘judicial restraint’, as distinguished, of course, from ‘judicial hesitation’ or ‘judicial indecision’” (CR 93/9, p. 53, 21 January 1993).

The exercise of inherently discretionary judicial powers apart, these rubrics encompass, *inter alia*, the need for caution in dealing with hypothetical or academic issues; questions as to how sparingly or fully the Court should give reasons for decision; and the question how far, if at all, the Court should deal with issues which, though arising, do not require determination in the light of the course taken by the reasoning relating to the decision finally taken. But I cannot think that these and other associated categories cover a case in which the real reason why it is asserted that the Court should as a matter of judicial propriety and restraint decline to exercise its admitted jurisdiction is that the Respondent has not been willing to co-operate in the evolution of some particular aspect of the litigation as fully as it might have done had the case been brought with its specific consent rather than by unilateral application.

p. 53, 21 janvier 1993, M. Keith Highet). Mais la Cour se trouverait là «réduite à trancher une question éloignée de la réalité» (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 33). Par conséquent, ainsi qu'elle l'a remarqué :

«La fonction de la Cour est de dire le droit, mais elle ne peut rendre des arrêts qu'à l'occasion de cas concrets dans lesquels il existe, au moment du jugement, un litige réel impliquant un conflit d'intérêts juridiques entre les Parties. L'arrêt de la Cour doit avoir des conséquences pratiques en ce sens qu'il doit pouvoir affecter les droits ou obligations juridiques existants des parties, dissipant ainsi toute incertitude dans leurs relations juridiques. En l'espèce, aucun arrêt rendu au fond ne pourrait répondre à ces conditions essentielles de fonction judiciaire.» (*Ibid.*, p. 33-340.)

Dans cette affaire, il n'existait réellement aucune question susceptible d'être jugée et pour laquelle une décision aurait pu avoir une utilité quelconque. Se prononcer à son sujet aurait donc été une entreprise sortant du cadre de la mission judiciaire de la Cour. Dans la présente affaire, par contre, il existe une question sur laquelle il est possible de statuer et qui concerne un différend juridique quant à ce qu'est la ligne de délimitation du plateau continental et de la zone de pêche dans les zones situées entre le Groenland et Jan Mayen, problème concret à propos duquel une décision judiciaire serait indiscutablement utile.

Le conseil de la Norvège a également rappelé à la Cour les réflexions de sir Hersch Lauterpacht,

«dans son ouvrage *The Development of International Law by the International Court* (éd. rev. 1982, 2^e partie, chap. 5, p. 75-90), sous les différentes rubriques connexes de «judicial caution» (prudence judiciaire) et «judicial restraint» (réserve judiciaire) distinguées bien sûr de «judicial hesitation» (hésitation judiciaire) ou de «judicial indecision» (indécision judiciaire)» (CR 93/9, p. 53, 21 janvier 1993).

Laissant de côté les pouvoirs intrinsèquement discrétionnaires du juge, on retrouve sous ces rubriques la nécessité de n'aborder qu'avec prudence des questions hypothétiques ou académiques; les questions sur la mesure plus ou moins complète dans laquelle la Cour doit motiver ses décisions; et la question de savoir jusqu'à quel point, si tant est qu'elle doive le faire, la Cour doit aborder des questions qui, bien qu'elles se posent, n'appellent pas une décision compte tenu du tour pris par la motivation de l'arrêt finalement rendu. Mais je ne puis pas penser que ces rubriques, ainsi que d'autres qui leur sont connexes, puissent viser une affaire dans laquelle la raison invoquée pour que la Cour fasse preuve de prudence et de réserve judiciaires en déclinant d'exercer la compétence qui lui est reconnue est que le défendeur, à propos d'un aspect particulier de l'instance, a refusé de coopérer de manière aussi complète qu'il aurait pu le faire si elle avait été introduite avec son assentiment exprès et non par une requête unilatérale.

In evaluating the submission that, as a matter of judicial propriety and restraint, the Court should not perform a delimitation in the absence of the consent of both parties to the Court doing so, it is helpful to consider the relationship between a statement of principles applicable to a particular delimitation and the carrying out of the delimitation itself.

In the *Libya/Malta* case, the Parties, by their Special Agreement, asked the Court to state the principles and rules applicable to the determination of their respective areas of the continental shelf, and also to indicate

“how in practice such principles and rules can be applied by the two Parties in the particular case in order that they may without difficulty delimit such areas by an agreement . . .” (*I.C.J. Reports 1985*, p. 16).

The Special Agreement did not request the Court to draw a line, and the Court did not. Even so, the case illustrates the close, almost integral, relationship which exists between a statement of principles governing a delimitation and the actual drawing of a line. Commenting on the question how far the Court could go in indicating how in practice the relevant principles and rules could “be applied by the two Parties in order that they may without difficulty delimit such areas by an agreement”, the Court said:

“Whether the Court should indicate an actual delimitation line will in some degree depend upon the method or methods found applicable.” (*Ibid.*, p. 24, para. 19. See also *ibid.*, p. 23, para. 18.)

Even though the Special Agreement had reserved to the Parties the function of drawing the line, the Court was prepared to “indicate an actual delimitation line” if it felt that, without doing so, it could not carry out its part of the task. So the relationship between a statement of delimitation principles and the drawing of a line expressive of the application of those principles can be close (see, also, with respect to *Tunisia/Libya*, the comments in Romualdo Bermejo, “Les principes équitables et les délimitations des zones maritimes: Analyse des affaires *Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne* et du *Golfe du Maine*”, *Hague Yearbook of International Law*, 1988, Vol. 1, p. 67).

That the drawing of a line is, indeed, an integral part of any delimitation exercise is apparent from the Court’s remark in 1969 that

“the process of delimitation is essentially one of *drawing a boundary line* between areas which already appertain to one or other of the States affected” (*North Sea, I.C.J. Reports 1969*, p. 22, para. 20; emphasis added).

So, too, in the *Aegean Sea Continental Shelf* case. In its Application Greece requested

“the Court to adjudge and declare . . . what is the course of the bound-

Pour évaluer la thèse suivant laquelle, par prudence et réserve judiciaires, la Cour ne devrait pas procéder à une délimitation en l'absence de l'assentiment à cet effet de chacune des parties, il est utile d'examiner la relation qui existe entre une déclaration des principes applicables à une délimitation particulière et l'exécution de la délimitation elle-même.

Dans l'affaire *Libye/Malte*, les Parties ont par leur compromis demandé à la Cour d'indiquer les principes et les règles applicables à la délimitation de leurs zones respectives de plateau continental, et aussi d'indiquer

« comment, dans la pratique, ces principes et règles peuvent ... être appliqués par les deux Parties dans le cas d'espèce afin qu'elles puissent délimiter ces zones sans difficulté par voie d'un accord... » (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 16).

Le compromis ne demandait pas à la Cour de tracer une ligne et la Cour ne l'a pas fait. Même ainsi, cette affaire illustre la relation étroite et presque indissoluble qui existe entre une déclaration des principes qui doivent régir une délimitation et le tracé concret d'une ligne. Commentant le point jusqu'où elle pouvait aller pour indiquer de quelle manière, en pratique, les principes et règles pertinents pourraient être « appliqués par les deux Parties afin qu'elles puissent délimiter ces zones sans difficulté par voie d'un accord », la Cour a dit :

« La question de savoir si la Cour doit indiquer une ligne de délimitation précise dépendra dans une certaine mesure de la ou des méthodes considérées comme applicables. » (*Ibid.*, p. 24, par. 19; voir aussi *ibid.*, p. 23, par. 18.)

Bien que le compromis ait réservé aux parties le soin de tracer la ligne, la Cour était disposée à « indiquer une ligne de délimitation précise » s'il lui apparaissait qu'elle ne pourrait pas s'acquitter de sa partie de la tâche si elle ne le faisait pas. Ainsi, il peut y avoir une relation étroite entre une déclaration des principes de délimitation et le tracé d'une ligne illustrant l'application de ces principes (voir également, à propos de l'affaire *Tunisie/Libye*, les commentaires figurant dans Romualdo Bermejo, « Les principes équitables et les délimitations des zones maritimes : Analyse des affaires *Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne* et du *Golfe du Maine* », *Hague Yearbook of International Law*, 1988, vol. 1, p. 67).

Que le tracé d'une ligne fasse effectivement partie intégrante de toute opération de délimitation ressort de l'observation faite par la Cour en 1969 à l'effet que

« l'opération de délimitation consiste essentiellement à tracer une ligne de démarcation entre des zones relevant déjà de l'un ou de l'autre des Etats intéressés » (*Mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 22, par. 20; les italiques sont de moi).

Il en est de même pour l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée*. Dans sa requête, la Grèce a prié

« la Cour de dire et juger ... quel est dans la mer Egée le tracé de la

ary (or boundaries) between the portions of the continental shelf appertaining to Greece and Turkey in the Aegean Sea . . ." (*I.C.J. Reports 1978*, p. 6, para. 12).

The Court said:

"It is therefore necessary to establish the boundary or boundaries between neighbouring States, that is to say, to draw the exact line or lines where the extension in space of the sovereign powers and rights of Greece meets those of Turkey." (*Ibid.*, p. 35, para. 85.)

Thus, although denying jurisdiction, the Court had no hesitation in holding that the resolution of a continental shelf boundary dispute necessarily involved the drawing of "the exact line or lines" of delimitation.

In the case of a terrestrial boundary dispute, as where a watershed line is concerned, one accepts that the Court cannot take the "place of a delimitation commission", still less that it can mark "a new frontier line on the ground" (*Temple of Preah Vihear, I.C.J. Reports 1962*, p. 68, Judge Moreno Quintana, dissenting). In such a case —

"Once the Court has indicated what it considers to be the correct line of the watershed, it will be for the Parties to determine how that line is to be given expression on the ground. The latter task is of a technical nature, and not within the judicial field which belongs to the Court." (*Ibid.*, p. 69.)

But in the instant case no physical demarcation in the relevant areas is either visualized or required.

It is conceivable that a dispute could be presented to the Court as to the accuracy of an existing line, including a baseline. The normal way of resolving such a dispute would be for the Court not merely to pronounce upon "definitions, principles or rules", but to decide on the validity or otherwise of the specific method or line challenged in the case before it. That was the position in the *Fisheries* case (*United Kingdom v. Norway*) in which the Application was in fact made unilaterally under Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court (*I.C.J. Reports 1951*, pp. 118, 126 and 143). If the Court can properly do that in the case of a baseline, it should be equally proper for it to draw a delimitation line where it is necessary to do this in order to express its decision definitively on the concrete dispute before it. The drawing of a line is merely one way of expressing the decision reached with a view to achieving the kind of stability which it should be the object of a boundary decision to produce.

No doubt, as a general matter, in the absence of co-operation based on consent, there could be evidential and other difficulties (see generally, in relation to advisory proceedings, the *Eastern Carelia* case, *P.C.I.J., Series B, No. 5*, p. 28). But the absence of such co-operation does not

limite (ou des limites) entre les étendues du plateau continental relevant de la Grèce et de la Turquie...» (*C.I.J. Recueil 1978*, p. 6, par. 12.)

La Cour a dit :

« Il faut donc établir la limite ou les limites exactes entre Etats voisins, c'est-à-dire tracer la ligne exacte ou les lignes exactes de rencontre des espaces où s'exercent respectivement les pouvoirs et droits souverains de la Grèce et de la Turquie. » (*Ibid.*, p. 35, par. 85.)

Ainsi, tout en se déclarant incompétente, la Cour n'a pas hésité à affirmer que la solution d'un différend relatif à la délimitation du plateau continental impliquait nécessairement le tracé de la « ligne exacte ou des lignes exactes de délimitation ».

Dans le cas d'un différend relatif à une frontière terrestre, s'agissant par exemple d'une ligne de partage des eaux, il est admis que la Cour ne peut pas « se substituer à une commission de délimitation », ni — moins encore — « tracer sur le terrain une nouvelle ligne de frontière » (*Temple de Préah Vihear, C.I.J. Recueil 1962*, p. 68, opinion dissidente de M. Moreno Quintana). Dans une affaire de ce genre :

« Une fois indiquée par la Cour la ligne de partage des eaux qui lui paraît être la ligne exacte, il appartiendra aux Parties de déterminer de quelle manière cette ligne sera matérialisée sur le terrain. Cette dernière tâche relève d'un ordre technique et non pas de l'ordre judiciaire auquel est relié la Cour. » (*Ibid.*, p. 69.)

Cependant, dans la présente affaire, aucune ligne de démarcation concrète dans les zones pertinentes n'est envisagée ni requise.

On peut concevoir que soit soumis à la Cour un différend concernant l'exactitude d'une ligne existante, notamment d'une ligne de base. La manière normale de résoudre un tel différend serait pour la Cour non seulement de se prononcer sur des « définitions, principes ou règles », mais aussi de statuer sur la validité de la méthode particulière ou de la ligne qui sont contestées en l'espèce. Telle était la position dans l'affaire des *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, où la requête avait effectivement été présentée unilatéralement conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 118, 126 et 143). Si la Cour est autorisée à procéder ainsi dans le cas d'une ligne de base, elle devrait également pouvoir tracer une ligne de délimitation quand il est nécessaire qu'elle le fasse pour exprimer de manière définitive sa décision dans le différend concret dont elle est saisie. Le tracé d'une ligne est simplement un moyen d'illustrer la décision à laquelle la Cour est parvenue afin d'assurer la stabilité qui doit résulter d'une décision en matière de délimitation.

D'une manière générale, il ne fait pas de doute qu'en l'absence de coopération consentie il peut surgir des difficultés en ce qui concerne la preuve et dans d'autres domaines (voir en général, à propos des procédures en matière consultative, l'affaire de la *Carélie orientale, C.P.J.I.*

necessarily disable the Court from deciding. Where the relevant material is before the Court, it would seem to me that a litigating party, as a party to the Statute, has a right to expect, and indeed to require, the Court to exercise its jurisdiction under the Statute. The existence of this duty has been noticed by the Court itself. In 1984 it observed that, barring circumstances which do not apply here, "it must be open to the Court, and indeed its duty, to give the fullest decision it may in the circumstances of each case" (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Application for Permission to Intervene, I.C.J. Reports 1984*, p. 25, para. 40). In 1985 it added, "The Court must not exceed the jurisdiction conferred upon it by the Parties, but it must also exercise that jurisdiction to its full extent" (*Libya/Malta, I.C.J. Reports 1985*, p. 23, para. 19. And see *Frontier Dispute, I.C.J. Reports 1986*, p. 577, para. 45). As it was succinctly put by Judge Moreno Quintana, "The Court cannot refuse to discharge its judicial task" (*The Temple of Preah Vihear, I.C.J. Reports 1962*, p. 68, dissenting opinion).

I do not see that the thrust of these purposeful statements can be offset by the stress which counsel has placed on the role assigned to consent in delimitation matters (CR 93/9, p. 50, 21 January 1993, Mr. Highet). That role is clearly important. But it is just as clear that, in the absence of agreement, any dispute as to what is the delimitation line is a dispute cognizable under Article 36, paragraph 2, of the Statute and, in a properly constituted case, such as this, must be fully decided by the Court thereunder.

It is useful to bear in mind that there are two ways of moving the Court. One is by way of proceedings instituted pursuant to an agreement (of one kind or another) under Article 36, paragraph 1, of the Statute of the Court. The other is by way of proceedings instituted pursuant to the optional clause provisions of Article 36, paragraph 2, of the Statute. As between the same parties, both methods may well be applicable (*Electricity Company of Sofia and Bulgaria, P.C.I.J., Series A/B, No. 77*, p. 76). The availability of one method is not necessarily inconsistent with the concurrent availability of the other. It may with even greater justice be held that it cannot be right to use a theoretical but unavailable possibility of recourse to one method to limit the exercise of an existing right of recourse to the other. That this is the substance of the issue arising may be seen from Norway's submission that —

"Delimitation is inherently unsuitable for cases brought by unilateral application unless there is some form of agreement on the part of the respondent as to the role and powers of the Court." (CR 93/9, p. 81, 21 January 1993, Mr. Keith Highet.)

série B n° 3, p. 28). Mais l'absence de coopération ne place pas nécessairement la Cour dans l'impossibilité de statuer. Lorsqu'elle a devant elle les éléments pertinents, il me semble qu'un plaideur, en tant que partie au Statut de la Cour, est en droit d'attendre, et en vérité d'exiger, que la Cour exerce la compétence qui résulte de son Statut. L'existence de ce devoir a été relevée par la Cour elle-même. En 1984, elle a observé que, en l'absence de circonstances qui ne s'appliquent pas dans le cas présent, « la Cour doit avoir la faculté, et elle a en fait l'obligation, de se prononcer aussi complètement que possible dans les circonstances de chaque espèce » (*Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, requête à fin d'intervention, C.I.J. Recueil 1984, p. 25, par. 40). En 1985, elle a ajouté que « la Cour ne doit pas excéder la compétence que lui ont reconnue les Parties, mais elle doit exercer toute cette compétence » (*Libye/Malte*, C.I.J. Recueil 1985, p. 23, par. 19; voir aussi *Différend frontalier*, C.I.J. Recueil 1986, p. 577, par. 45). Ainsi que l'a succinctement exprimé M. Moreno Quintana: « La Cour ne peut se refuser à accomplir la tâche judiciaire qui lui revient » (*Temple de Préah Vihear*, C.I.J. Recueil 1962, p. 68, opinion dissidente).

Je ne pense pas que la portée de ces déclarations mûrement réfléchies puisse être éclipsée par l'accent que le conseil de la Norvège a voulu placer sur le rôle assigné au consentement en matière de délimitation (CR 93/9, p. 50, 21 janvier 1993, M. Highet). Ce rôle est certainement important, mais il est tout aussi clair qu'en l'absence d'accord tout différend quant à ce qu'est la ligne de délimitation est un différend dont la Cour peut connaître en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut et, s'agissant d'une instance introduite dans les règles comme c'est le cas ici, sur lequel elle doit en vertu de ces mêmes dispositions statuer complètement.

Il ne faut pas oublier qu'il existe deux moyens de saisir la Cour. L'un est celui d'une instance introduite en application d'un accord (d'un type ou d'un autre) en vertu des dispositions du paragraphe 1 de l'article 36 du Statut de la Cour. L'autre est celui d'une instance introduite conformément aux dispositions de la clause facultative du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. Il peut arriver que chacune de ces méthodes soit applicable entre les mêmes parties (*Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, C.P.J.I. série A/B n° 77, p. 76). La possibilité de recourir à l'une de ces méthodes n'exclut pas nécessairement la possibilité simultanée de recourir à l'autre. On peut même soutenir, à plus juste titre encore, qu'il ne saurait être correct de se servir de la possibilité théorique mais inaccessible de recours à une méthode pour limiter l'exercice d'un droit existant de recourir à l'autre. Que ce soit là le fond de la question ressort de l'affirmation de la Norvège suivant laquelle :

« La délimitation est par essence un sujet qui ne prête pas à une procédure engagée par voie de requête unilatérale, à moins qu'il n'existe une quelconque forme d'accord de la part du défendeur quant au rôle et aux pouvoirs de la Cour. » (CR 93/9, p. 81, 21 janvier 1993, M. Keith Highet.)

Norway admits that jurisdiction exists under Article 36, paragraph 2, of the Statute. Yet it seems to be saying that the case could only be brought under that provision if “there is some form of agreement on the part of the respondent as to the role and powers of the Court”. But, if there is such agreement, the case might as well be brought under Article 36, paragraph 1, of the Statute. Norway’s submission, if correct, would represent a restriction on the exercise of the Court’s compulsory jurisdiction; it would operate to impose a hidden proviso to Article 36, paragraph 2, of the Statute, the effect of which would in practice be to exclude some cases from this provision and to limit the right to bring proceedings in respect of them to Article 36, paragraph 1, only. The gravity of this consequence is not mitigated by the fact that the argument has been made on the basis of judicial propriety and restraint.

The Court is always mindful of the consensual basis of its jurisdiction. But there is a limit to contentions based explicitly or implicitly on voluntarism. The Statute and the Rules prescribe a number of conditions for the exercise of the Court’s power to decide disputes on a consensual basis. But once the power comes into play, I cannot see that any further consent is required for its effectual exercise. There is a conceivable exception where a case is brought pursuant to an agreement by the very terms of which some further consent is required before a particular issue is considered by the Court (see *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, P.C.I.J., Series A/B, No. 46, p. 165). But that is not the situation here.

In this case, Counsel for Norway himself expected that it would have been open to Denmark to say that “Norway cannot both be in the litigation and out of the case . . .” (CR 93/9, p. 78, 21 January 1993, Mr. Keith Highet). More particularly, as he also correctly remarked, “After all, it is a *litigation* that we are conducting, not a conciliation, or mediation procedure” (*ibid.*, p. 79). But precisely because it is a litigation — a litigation duly instituted — the Court cannot act on extraneous considerations. Jurisdiction having been admitted, the fact that the case was not brought with the agreement of the Respondent is, by itself, not relevant to the manner in which the Court should approach the issue which it presents and express its decision thereon. Accordingly, had the Court judged that the available material was sufficient to enable it to draw a line, it could, in my opinion, properly have done so notwithstanding the non-consent of Norway to that particular step being taken.

(Signed) Mohamed SHAHABUDEEN.

La Norvège admet que la Cour est compétente en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. Cependant, elle semble dire que l'instance ne pouvait être introduite en vertu de cette disposition que s'«il existe une quelconque forme d'accord de la part du défendeur quant au rôle et aux pouvoirs de la Cour». Cependant, s'il existait un tel accord, l'instance pourrait aussi bien être introduite en vertu du paragraphe 1 de l'article 36 du Statut. La thèse de la Norvège, si elle devait être admise, représenterait une restriction à l'exercice de la juridiction obligatoire de la Cour; elle aurait pour effet de soumettre les dispositions du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut à une réserve cachée, qui reviendrait en pratique à exclusion de l'application de ces dispositions certaines affaires pour lesquelles une instance ne pourrait être introduite qu'en vertu du paragraphe 1 de l'article 36. La gravité de cette conséquence n'est pas atténuée par le fait que cet argument a été avancé au titre de la prudence et de la réserve judiciaires.

La Cour ne perd jamais de vue le fondement consensuel de sa compétence. Mais il existe une limite aux assertions fondées explicitement ou implicitement sur le volontarisme. Le Statut et le Règlement fixent un certain nombre de conditions pour l'exercice du pouvoir qu'a la Cour de statuer sur des différends sur une base consensuelle. Mais dès que ce pouvoir entre en action, je ne conçois pas qu'un consentement supplémentaire soit requis pour qu'il puisse s'exercer effectivement. On peut imaginer l'exception d'une instance qui serait introduite par un compromis dont les termes mêmes subordonneraient à un assentiment supplémentaire la possibilité pour la Cour d'examiner une question particulière (voir *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, C.P.J.I. série A/B n° 46*, p. 165). Mais ce n'est pas le cas dans la présente affaire.

Le conseil de la Norvège lui-même a pensé que le Danemark aurait pu dire que la Norvège «ne peut être à la fois partie au litige et hors de la cause...» (CR 93/9, p. 78, 21 janvier 1993, M. Keith Highet). Plus particulièrement, ainsi qu'il l'a aussi à juste titre observé: «Après tout, nous avons affaire à un *contentieux*, non à une conciliation ou à une procédure de médiation.» (*Ibid.*, p. 79.) Mais précisément parce qu'il s'agit d'une instance contentieuse qui a été introduite dans les règles, la Cour ne peut pas prendre en compte des considérations étrangères. Sa compétence ayant été admise, le fait que l'instance n'a pas été introduite avec l'assentiment du défendeur est, en soi, dénué de pertinence quant à la manière dont la Cour doit aborder la question posée et exprimer sa décision. Par conséquent, si la Cour avait jugé que les éléments dont elle disposait étaient suffisants pour qu'elle puisse tracer une ligne, elle pouvait, selon moi, légitimement le faire malgré l'absence d'assentiment de la Norvège pour qu'elle procède à cette opération particulière.

(Signé) Mohamed SHAHABUDEEN.