

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. WEERAMANTRY

[Traduction]

## TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-11
Rôle particulier de l'équité dans la présente affaire	5-11
PARTIE A. COMPÉTENCE GÉNÉRALE DE LA COUR EN MATIÈRE D'ÉQUITÉ	12-165
Problèmes conceptuels que soulève le recours à l'équité	12-19
Questions que soulève l'emploi de la notion d'équité par la Cour	20
Analyse de l'équité par rapport à la délimitation maritime	21-165
I. L'application de l'équité	21-42
a) Les principes équitables	22-24
b) Les procédures équitables	25-27
c) Les méthodes équitables	28-30
d) Les résultats équitables	31-42
II. L'inapplicabilité de l'équité comme système extérieur au droit	43-51
a) L'équité en <i>common law</i>	47-48
b) L'équité dans les systèmes de tradition romaniste	49-51
III. Les catégories d'équité	52-73
a) L'équité <i>ex aequo et bono</i>	53-61
b) L'équité absolue	62-64
c) L'équité <i>praeter legem</i>	65-68
d) L'équité <i>infra legem</i> (également qualifiée équité <i>intra legem</i> ou équité <i>secundum legem</i> )	69-72
e) L'équité <i>contra legem</i>	73
IV. Comment l'équité s'introduit dans le droit international	74-102
a) L'équité à laquelle les traités obligent à recourir	75-77
b) L'équité reflétée dans le droit international coutumier	78-80
c) L'équité en tant que principe général du droit	81-86
d) L'équité dans la jurisprudence	87-90
e) L'équité dans la doctrine	91-93
f) L'équité en tant que justice	94-98
g) L'équité introduite par la Charte des Nations Unies	99-101
h) L'équité dans la pratique des Etats	102
V. Recours à l'équité à priori et à posteriori	103-109
a) Le recours positif ou à priori à l'équité en vue de parvenir à un résultat	103
b) Le recours négatif ou à posteriori à l'équité pour vérifier un résultat	104-109

VI. Les utilisations de l'équité	110-121
a) L'équité comme base d'une justice « individualisée »	113-115
b) L'équité comme introduisant dans le processus des considérations d'impartialité, de raison et de bonne foi	116
c) L'équité comme base de certains principes spécifiques de raisonnement juridique	117
d) L'équité comme fournissant des normes pour l'allocation et le partage de ressources et d'avantages	118-120
e) L'équité comme moyen de parvenir à une justice distributive	121
VII. Comment intervient l'équité	122-146
a) Mise en balance des intérêts des Parties	122-128
b) Interprétation équitable d'une règle de droit ou d'un traité ou d'un ensemble de faits	129-132
c) Modération de l'application de règles strictes	133-135
d) Choix d'un principe équitable	136-139
e) Exercice du pouvoir discrétionnaire du juge	140-142
f) Suppléance des lacunes et des interstices du droit	143
g) Application de procédures équitables	144
h) Application de principes équitables faisant déjà partie du droit	145
i) Utilisation <i>a contrario</i> pour vérifier un résultat	146
VIII. Les stades de l'élaboration d'une décision en équité	147-155
a) Définition de la zone en litige	148
b) La phase préparatoire de la réunion des circonstances pertinentes	149-150
c) La phase de décision	151-153
d) La phase de confirmation	154-155
Incertitudes dans l'utilisation de l'équité	156-165
a) Absence de mécanisme de quantification précise	157-158
b) Manque de précision de la portée de l'équité	159
c) Absence de cristallisation des résultats équitables	160
d) Caractère évolutif du droit de la mer	161-162
e) Le recours à des procédures axées sur les faits plutôt que sur les règles	163-165
<b>PARTIE B. MENTIONS PARTICULIÈRES DE L'ÉQUITÉ EN MATIÈRE DE DÉLIMITATION MARITIME</b>	166-232
Reconnaissance de longue date de l'équité en droit de la mer	166-170
L'équité dans la convention de Genève de 1958	171-177
L'équité dans la convention de Montego Bay de 1982	178-180
La liste des catégories des facteurs pertinents n'est pas close	181-189
Le principe de l'équidistance	190-203
i) Est-ce une règle obligatoire ?	192-196
ii) A-t-elle priorité sur les autres facteurs ?	197-199
iii) Est-elle sur un plan d'égalité avec les autres facteurs ?	200-203
Le principe des « circonstances spéciales »	204-207

DÉLIMITATION MARITIME (OP. IND. WEERAMANTRY) 213

Le principe des « circonstances pertinentes » 208-232

*a)* La population 213-218

*b)* Les facteurs économiques 219

*c)* la pratique des Etats 220-224

*d)* Le facteur des glaces 225-227

*e)* La sécurité nationale 228

*f)* La conduite des parties 229-230

*g)* La disproportion des longueurs de côtes 231-232

PARTIE C. L'ÉQUITÉ CONSIDÉRÉE SELON UNE PERSPECTIVE UNIVERSELLE 233-248



## INTRODUCTION

1. Les observations qui suivent indiquent les raisons pour lesquelles je suis en accord avec l'arrêt de la Cour. Comme celui-ci fait souvent appel à la notion d'équité, je consacrerai quelques développements au contenu jurisprudentiel de ce concept et à son application pratique en m'efforçant de rester dans le cadre d'une opinion individuelle.

2. Cela étant, il n'y a pas lieu de récapituler ici les diverses circonstances de fait qui sont exposées dans l'arrêt. Je tenterai plutôt d'examiner l'application de l'équité à ces faits en expliquant pourquoi j'approuve les méthodes employées par la Cour et les conclusions auxquelles elle est parvenue.

3. L'analyse qui suit s'inscrit dans la perspective de l'importante œuvre de création que la Cour a accomplie en posant les fondements d'une jurisprudence en matière d'équité pour un droit de la mer en pleine évolution. Il est fort possible que ce qui « apparaît à première vue comme un fouillis d'éléments différents et disparates »<sup>1</sup> nous donne, à y regarder de plus près, quelques orientations utiles pour statuer sur des affaires analogues à celle-ci.

4. Cette opinion porte principalement sur la délimitation maritime, mais sans s'interdire, à l'occasion, des aperçus plus larges sur l'équité en général. Cela est d'autant plus nécessaire que l'application de l'équité dans le domaine de la délimitation maritime soulève de vastes problèmes de droit<sup>2</sup> et passe actuellement par une phase critique<sup>3</sup>.

*Rôle particulier de l'équité dans la présente affaire*

5. L'arrêt de la Cour fait apparaître le recours à l'équité de différentes manières, et à différents stades du processus de jugement.

<sup>1</sup> R. Y. Jennings, « Equity and Equitable Principles », dans *Annuaire suisse de droit international*, vol. XLII (1986), p. 38. Voir aussi, du même auteur, « The Principles Governing Marine Boundaries », dans *Staat und Völkerrechtsordnung. Festschrift für Karl Doehring*, 1989, p. 408.

<sup>2</sup> Voir Mark W. Janis, « Equity in International Law », *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7, p. 76-77 :

« L'application des principes d'équité dans ces affaires de délimitation maritime a soulevé concernant le rôle de l'équité un débat qui ressemble assez à celui qui avait marqué des manifestations précédentes de la pratique de l'équité. Certains observateurs — souvent de tradition positiviste — ont reproché aux tribunaux d'excéder leurs pouvoirs. »

<sup>3</sup> M. Jennings évoque, au sujet de la délimitation maritime, de « sérieux problèmes — on pourrait presque parler d'un malaise — qui affectent ce domaine du droit international aujourd'hui » (« The Principles Governing Marine Boundaries », *op. cit.*, p. 398) ; voir aussi les critiques du recours à l'équité réunies par M. Bedjaoui dans « L'« énigme » des « principes équitables » dans le droit des délimitations maritimes », *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLII (1990), p. 376.

6. L'arrêt définit la règle équidistance-circonstances spéciales de la convention de 1958 comme une norme générale fondée sur des principes équitables (par. 46) et examine la règle « principes équitables-circonstances pertinentes » relative à la délimitation d'un plateau continental ou d'une zone de pêche, ou au tracé d'une ligne unique de délimitation à toutes fins (par. 56). Il examine également l'effet de la règle coutumière qui exige une délimitation fondée sur des principes équitables (par. 46 et 71).

7. La Cour accorde son attention à l'application de procédures équitables (par. 92), à la réalisation d'une division équitable (par. 64), à la nécessité de parvenir à un résultat équitable (par. 54 et 90), à la réalisation d'une solution équitable (par. 65) et à l'opération qui consiste à dégager cette solution (par. 63). Elle note le caractère équitable *prima facie* des raisons sous-jacentes à la méthode de l'équidistance et la nécessité d'une délimitation équitable pour tenir compte de la disparité des longueurs des côtes (par. 65). Elle souligne qu'un résultat qui soit équitable en lui-même constitue le but de toute délimitation maritime fondée sur le droit (par. 70), et évoque l'équité de la ligne de délimitation (par. 62).

8. L'arrêt examine si une ligne donnée est « équitable dans son résultat » (par. 62), et il y est dit que la ligne tracée par le Danemark à 200 milles marins à partir des lignes de base du Groenland oriental produirait « des effets inéquitables » (par. 87). Il prend note de l'argument de la Norvège selon lequel la proportionnalité est le critère du caractère équitable d'un résultat obtenu par d'autres moyens (par. 63) et des déclarations du Danemark concernant « une méthode permettant d'aboutir à une ligne de délimitation équitable » (par. 62). Il examine les résultats manifestement inéquitables découlant de l'application de la ligne médiane (par. 68).

9. Il est fait expressément mention du pouvoir discrétionnaire que confère à la Cour la nécessité de parvenir à un résultat équitable (par. 90). Reconnaissant qu'il faut prendre des dispositions appropriées pour assurer un accès équitable aux ressources halieutiques (par. 75, 91 et 92), la Cour opère un partage selon lequel elle considère qu'elle pourrait ainsi « répondre aux exigences de l'équité » (par. 92).

10. L'équité a donc joué un rôle tout à fait déterminant dans la décision de la Cour, s'agissant de l'application de principes équitables, de procédures équitables et de méthodes équitables. L'arrêt traduit un effort intensif en vue de parvenir à une solution équitable et de vérifier le caractère équitable de cette solution. La mise en œuvre de l'équité pour résoudre le problème se fait par de multiples voies : droit conventionnel, droit international coutumier et jurisprudence, pour n'en citer que quelques-unes. Parmi les méthodes employées figurent à la fois l'utilisation à priori de l'équité à la recherche d'un résultat possible et son utilisation à posteriori pour vérifier un résultat ainsi obtenu.

11. Puisque, dans cette affaire, on a invoqué à la fois la jurisprudence de la Cour concernant l'équité en général et ses applications particulières dans le contexte du droit de la mer, ces deux aspects seront abordés dans la présente opinion. Les applications spéciales qui accentuent l'import-

tance de l'équité dans le droit de la mer tendent parfois à placer au second plan l'applicabilité des principes généraux d'équité, qui jouent encore un rôle décisif dans ce domaine. En minimisant l'importance des considérations générales en matière d'équité, surtout à cette phase initiale du développement du droit de la mer, on risque d'entraver cette évolution à un stade qui est peut-être le plus important pour sa formation. Nous accorderons donc une certaine attention à l'examen des moyens par lesquels l'équité, tant dans son acception générale que dans son application particulière au droit de la mer, peut contribuer à la solution des divers problèmes rencontrés en l'espèce.

#### PARTIE A. COMPÉTENCE GÉNÉRALE DE LA COUR EN MATIÈRE D'ÉQUITÉ

##### *Problèmes conceptuels que soulève le recours à l'équité*

12. La question de savoir si l'équité doit jouer un rôle en matière de délimitation maritime a suscité des doutes de la part d'éminentes autorités, tant judiciaires qu'académiques, et doit être étudiée sérieusement si l'on veut pouvoir se fier à cette notion. Sur un plan plus général on peut même se demander si, bien que l'équité soit manifestement une composante du droit international public, son utilisation est vraiment nécessaire ou utile, compte tenu de ses incertitudes, de la difficulté qu'il y a à la définir et du manque de méthodes pour mesurer exactement ses effets.

13. Telders, par exemple, a exprimé l'avis que, mise à part l'application du principe de la bonne foi, l'équité n'a pas de signification juridique spéciale<sup>1</sup>. Dans le cours qu'il a fait en 1933 à l'Académie de La Haye, Ripert est même allé plus loin en déclarant : « L'équité est principe, mais principe de morale et non principe du droit. »<sup>2</sup>

14. Certains membres de la Cour internationale de Justice ont même exprimé ce point de vue avec force dans leurs opinions. Par exemple, M. Koretsky, Vice-Président, a affirmé à propos des affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* que l'équité, ayant « un caractère non pas juridique, mais éthique », ne devrait pas être appliquée par la Cour :

« Il me semble qu'en introduisant une notion aussi vague dans la jurisprudence de la Cour internationale, on risque d'ouvrir la voie à des évaluations subjectives et donc parfois arbitraires, et que le règlement des différends soumis à la Cour ne s'inspirerait plus alors des règles et des principes généraux du droit international établi. »  
(*C.I.J. Recueil 1969*, p. 166, opinion dissidente.)

<sup>1</sup> « Opzet van een boek over het internationale recht » (« Esquisse d'un livre sur le droit international »), dans *Verzamelde Geschriften* (Recueil d'articles), La Haye, 1948, p. 338.

<sup>2</sup> Georges Ripert, « Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 44 (1933-II), p. 575.

Dans la même affaire, M. Tanaka s'est exprimé avec plus de vigueur encore en disant que : « Renvoyer à l'équité n'est rien d'autre qu'une pétition de principe. » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 196, opinion dissidente.) D'autres critiques<sup>1</sup> parlent de l'équité comme d'une doctrine « déroutée et déroutante » ou d'« un paradoxe entortillé dans un mystère à l'intérieur d'une énigme » ou l'ont qualifiée de paradoxale, circulaire, floue et dépourvue de définition précise.

15. Ces critiques de la notion d'équité peuvent se situer à trois niveaux : celui du droit en général, celui du droit international et celui du droit de la mer.

16. Au plan le plus général, l'équité a été considérée comme la source du dynamisme qui est nécessaire au développement du droit. Ainsi, pour reprendre la formule de l'éminent comparatiste Puig Brutau : « l'équité est un des noms sous lesquels se cache la force créatrice qui anime la vie du droit »<sup>2</sup>.

17. Au plan du droit international, cette créativité est claire si l'on considère que l'équité a été la source qui a donné au droit international le concept de mandat et de régime de tutelle internationaux, de bonne foi, de *pacta sunt servanda*, de *jus cogens*, d'enrichissement sans cause, de *rebus sic stantibus* et d'abus de droit. Et l'avenir lui réserve, nul doute, un rôle vital tout aussi créateur.

18. Dans un contexte plus particulier, celui du droit de la mer, l'équité semble pouvoir contribuer si largement au développement de cette branche relativement nouvelle du droit international qu'on a pu dire que

« les principes équitables se présentent en définitive comme un arsenal juridique dans lequel le juge puise les outils permettant d'identifier, d'évaluer, de comprendre et de satisfaire des circonstances reconnues juridiquement pertinentes dans une espèce déterminée »<sup>3</sup>.

19. Ce qui suit est une analyse des outils grâce auxquels l'équité aide à identifier, évaluer et comprendre les circonstances de telle ou telle affaire et à leur donner effet. Nous verrons ensuite si, dans la pratique, les incertitudes liées à l'équité empêchent d'en faire un outil pour régler des affaires comme celle-ci.

#### *Questions que soulève l'emploi de la notion d'équité par la Cour*

20. Cette analyse est axée sur les aspects suivants du recours à l'équité dans l'arrêt :

<sup>1</sup> Citées par M. Bedjaoui dans « L'« énigme » des « principes équitables » dans le droit des délimitations maritimes », *op. cit.*, p. 376.

<sup>2</sup> « Juridical Evolution and Equity », dans *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, 1962, p. 84.

<sup>3</sup> Bedjaoui, *op. cit.*, p. 384.

- Comme la plupart des autres décisions en matière de délimitation maritime, l'arrêt de la Cour tire de l'équité non seulement des principes mais aussi des procédures et des méthodes, et des critères pour apprécier les solutions auxquelles on est arrivé à titre provisoire. Le même mot «équité» couvre toutes ces applications, dont certaines sont très différentes des autres.
- Le terme «équité», tel qu'il est employé par la Cour et, de façon générale, en droit international et en matière de délimitations maritimes, n'a pas le même sens que quand il sert à désigner un système correctif distinct du droit. Ce dernier sens n'est pas celui du mot «équité» lorsqu'il apparaît, à maintes reprises, dans l'arrêt et il faut garder cette distinction à l'esprit si l'on veut comprendre le rôle de l'équité dans la présente affaire.
- Il n'y a pas eu de recours à l'équité *ex aequo et bono*. Presque toutes les décisions appliquant l'équité à la délimitation maritime ont souligné que l'équité en question n'est pas du type *ex aequo et bono*. De ce fait il est nécessaire d'examiner les distinctions entre ce concept et le concept d'équité effectivement employé. Les diverses catégories d'équité et leur pertinence en la présente affaire devront être examinées dans ce contexte.
- L'équité intervient dans l'arrêt par la voie de traités, de dispositions du droit international coutumier et de décisions judiciaires, et aussi sous la forme de conceptions plus larges de l'équité dont les sources sont nombreuses. L'examen de ces différentes sources permettra de mieux comprendre les diverses modalités selon lesquelles le problème porté devant la Cour ne pouvait manquer de susciter le recours à ce concept.
- L'arrêt recourt à l'équité a priori en vue de parvenir à un résultat, et a posteriori pour vérifier un résultat ainsi obtenu. Cela soulève des questions juridiques importantes.
- L'équité a été mise à contribution à la recherche de différents buts ou fins. Ils sont nombreux et certains d'entre eux ont un rapport avec cet arrêt en particulier et avec la délimitation maritime en général. Or, tous les buts et fins possibles de l'équité ne conviennent pas tous à la délimitation maritime.
- L'équité opère de bien des façons, dont plus d'une a servi dans l'arrêt. Elles ne sont pas toujours énoncées explicitement, mais une ou plusieurs d'entre elles sont d'usage constant chaque fois que ce pouvoir discrétionnaire est exercé, comme cela a effectivement été le cas en l'espèce. Les limites du pouvoir discrétionnaire du juge — problème mentionné expressément dans l'arrêt — ont prêté à controverse. En souscrivant à la décision de la Cour, j'ai admis la légitimité de cet usage du pouvoir discrétionnaire du juge et je crois devoir expliquer pourquoi je considère cet exercice comme légitime.
- La démarche suivie pour parvenir à une décision équitable, par exemple en matière de délimitation maritime, n'est pas monolithique mais peut être décomposée en plusieurs étapes. En l'espèce, cette dé-

marche a comporté plusieurs étapes, qui seront indiquées. Si l'on saisit ces différentes étapes, l'on peut mieux comprendre la mise en œuvre effective du principe d'équité dans cette affaire.

Dans les paragraphes qui suivent, ces divers aspects seront examinés dans l'ordre où ils ont été évoqués.

#### ANALYSE DE L'ÉQUITÉ DANS LE CONTEXTE DE LA DÉLIMITATION MARITIME

##### *I. L'application de l'équité*

21. L'application de l'équité à une affaire donnée peut comprendre l'application d'un principe ou de principes équitables, l'adoption d'une procédure ou de procédures équitables, l'emploi d'une méthode équitable ou l'obtention d'un résultat équitable. Tous ces aspects sont pertinents en l'espèce.

##### a) *Les principes équitables*

22. L'expression « principes équitables » est ici entendue comme englobant les concepts, les règles proprement dites et les normes ou principes au sens le plus large, car l'affinement de ces distinctions serait hors de propos. L'importante distinction établie par les juristes<sup>1</sup> entre les règles proprement dites et les normes ou les principes n'est donc pas reprise ici et l'expression « principes équitables » s'applique à l'ensemble.

23. Dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, la Chambre de la Cour avait à l'esprit une classification générale de ce genre quand elle a noté la distinction à faire :

« entre ce qui constitue des principes et règles du droit international régissant la matière et ce qui serait plutôt des critères équitables et des méthodes pratiques susceptibles les uns et les autres d'être utilisés pour faire en sorte qu'une situation déterminée soit concrètement réglée en conformité avec les principes et règles en question » (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 290. par. 80).

Dans l'analyse qui suit, on a retenu la distinction générale entre concepts et principes sans ériger les « critères » en catégorie particulière.

24. Les principes équitables de caractère général qui sont pertinents en l'espèce comprendraient ceux qui s'appliquent à l'appréciation des expressions de la politique d'un Etat en matière de délimitation maritime sur lesquelles d'autres Etats se sont fondés à leur détriment; les principes équitables d'interprétation des traités pertinents; et les principes de

<sup>1</sup> Voir, par exemple, R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, p. 46.

justice à respecter pour déterminer si de vastes étendues des eaux qui doivent faire l'objet de la délimitation sont inutilisables parce qu'elles sont recouvertes de glace pendant de longues périodes.

b) *Les procédures équitables*

25. Comme c'est le cas pour la plupart des domaines du droit, l'équité concerne à la fois le fond et la procédure. L'application de procédures équitables dans la recherche d'une solution est nécessairement une composante importante de l'équité. L'équité en matière de procédure, au sens le plus large du terme, est celle qui garantit que, dans le processus d'enquête et d'examen qui conduit à une décision, les parties ont la possibilité de faire valoir, en pleine justice, leurs moyens respectifs devant la cour ou le tribunal. L'aspect procédural de l'équité a une origine ancienne et trouve sa racine dans les notions populaires de franc-jeu<sup>1</sup>.

26. Le souci d'équité en matière de procédure est à l'origine du principe applicable dans cette affaire, selon lequel toutes les circonstances pertinentes seront prises en considération pour déterminer comment l'espace maritime en litige doit être délimité entre les Parties, à moins que cela ne soit interdit par une règle de droit. Aussi, dans son arrêt, la Cour a-t-elle pris en considération de nombreux facteurs — la pratique des Etats, la conduite des Parties, la proportionnalité des façades maritimes, la population, les facteurs économiques, le principe d'équidistance et le fait qu'une partie de l'espace maritime en litige était inutilisable du fait des glaces dérivantes. Quelle que soit, en fin de compte, la conclusion quant à l'importance à accorder à chacun d'eux, les Parties sont en droit de s'attendre que la Cour prenne ces facteurs en considération et, en l'absence d'un principe juridique privant de pertinence un facteur particulier, qu'elle apprécie leur impact sur l'affaire dont il s'agit.

27. Cela est d'autant plus vrai que chaque cas particulier est unique et que les circonstances spéciales qui l'entourent peuvent amener à tenir compte d'un fait ou d'un facteur n'ayant jamais été pris en considération jusqu'alors dans la jurisprudence pertinente, par exemple lorsqu'un vaste secteur de la zone pertinente est bloqué par les glaces pendant la plus grande partie de l'année. Comme la Chambre de la Cour l'a souligné dans l'affaire du *Golfe du Maine*:

« La pratique, d'ailleurs, bien qu'encore peu abondante à cause de la nouveauté relative de la matière, est là pour démontrer que chaque

<sup>1</sup> Par exemple, la règle *audi alteram partem* a été énoncée dès l'Antiquité même dans la littérature populaire :

« Qui statuit aliquid parte inaudita altera,  
Aequum licet statuerit, haud aequus fuit. »

(Sénèque, *Médée*, 199-200, cité dans une série de décisions judiciaires de *common law* telles que *Re Hammersmith Rent-Charge*, 4 Ex 87, 97; *Smith v. Rex*, 3 App. Cas. 614, 624. Voir aussi Broom, *Legal Maxims*, 10<sup>e</sup> éd., 1939, p. 66.)

cas concret est finalement différent des autres, qu'il est un *unicum*, et que les critères les plus appropriés et la méthode ou la combinaison de méthodes la plus apte à assurer un résultat conforme aux indications données par le droit, ne peuvent le plus souvent être déterminés que par rapport au cas d'espèce et aux caractéristiques spécifiques qu'il présente.» (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 290, par. 81.)»

Il n'y a donc «pas de limites juridiques aux considérations que les Etats peuvent examiner afin de s'assurer qu'ils vont appliquer des procédés équitables» (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 50).

### c) *Les méthodes équitables*

28. Parmi les *méthodes* pratiques — par opposition aux critères et règles ou principes — dont la Chambre a dit, dans l'affaire du *Golfe du Maine*, qu'elles devaient être appliquées pour parvenir à un résultat équitable, figurent le tracé d'une ligne d'équidistance ou ligne médiane, le partage de la zone en divers secteurs, des méthodes différentes étant appliquées pour chaque secteur, et le tracé d'une ligne perpendiculaire à la côte ou à la direction générale de la côte<sup>1</sup>.

29. La doctrine contient bien d'autres suggestions qui peuvent être considérées comme des méthodes procédant de considérations d'équité<sup>2</sup>. Avec le développement de la jurisprudence en matière de délimitation maritime, il est fort possible que l'on observe un affinement des méthodes convenant à tel ou tel type de différend<sup>3</sup>.

30. En l'espèce, la Cour a adopté comme méthode celle consistant à adopter provisoirement la ligne médiane comme ligne de départ puis, selon sa propre appréciation des diverses considérations dont elle était saisie, elle a déplacé cette ligne vers l'est, en partageant soigneusement

<sup>1</sup> *C.I.J. Recueil 1984*, p. 313, par. 159.

<sup>2</sup> J. I. Charney, par exemple, distingue les cinq tâches qui incombent à la Cour, dont les trois dernières peuvent être qualifiées de méthodes :

«3) Autant que possible, chaque élément d'information recueilli conformément au paragraphe précédent devrait être utilisé pour tracer une ligne ou une série de lignes convenant le mieux à la fonction à laquelle il correspond.

4) Ces lignes possibles et les facteurs identifiés auparavant devraient être étudiés et pesés en fonction de leur importance. Par un processus qui pourrait même se rapprocher de l'analyse vectorielle, il conviendrait de chercher à déterminer la ligne qui reflète le mieux tous les facteurs pertinents, compte tenu de leur importance par rapport à la zone en question.

5) On choisirait une méthode cartographique pour décrire la ligne de façon précise et fiable.» (J. I. Charney, «*Ocean Boundaries between Nations: A Theory for Progress*», *American Journal of International Law* (1984), vol. 78, p. 597.)

<sup>3</sup> Il n'est pas impossible d'opérer une distinction entre une norme purement géographique et une norme juridique, comme M. Tanaka l'a fait dans son opinion dissidente dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 183). Cependant, si la norme géographique procède de considérations d'équité, nous la classerons ici parmi les méthodes équitables. M. Tanaka faisait allusion à la distinction entre la règle de l'équidistance comme simple technique et comme norme de droit.

l'espace pertinent en secteurs qui eux-mêmes ont été partagés différemment selon les facteurs pris en considération, tels que le mouvement saisonnier du poisson et l'accès équitable aux ressources halieutiques (par. 92). Ces méthodes reposent toutes sur des considérations d'équité et, pour les besoins de la présente étude, elles seront traitées comme des méthodes équitables.

d) *Les résultats équitables*

31. Les trois premiers aspects qui viennent d'être évoqués ne sont que les moyens de parvenir au dernier, lequel, étant l'objet et la pierre de touche de toute détermination fondée sur des principes équitables, doit être examiné avec attention. Comme la Cour l'a noté dans l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*:

«C'est cependant le but — le résultat équitable — et non le moyen utilisé pour l'atteindre, qui doit constituer l'élément principal...»  
(*C.I.J. Recueil 1985*, p. 38-39, par. 45.)

32. La Cour s'est référée dans de nombreux passages de son arrêt à l'importance qu'il y a à parvenir à un résultat équitable. Certains de ces passages sont évoqués en détail aux paragraphes 7 et 8 de la présente opinion. Au paragraphe 54 de l'arrêt, elle déclare que : « Le but, dans toute situation, quelle qu'elle soit, doit être d'aboutir à «un résultat équitable», et, au paragraphe 56, elle conclut :

«il y a inévitablement une tendance à l'assimilation des circonstances spéciales de l'article 6 de la convention de 1958 et des circonstances pertinentes en droit coutumier, ne serait-ce que parce que toutes deux doivent permettre d'atteindre un résultat équitable.»

33. Dans ses articles 74, paragraphe 1, et 83, paragraphe 1, la convention de 1982 souligne elle aussi qu'il importe d'aboutir à une solution équitable. L'arrêt, après avoir évoqué la « correction » d'une délimitation opérée selon la ligne médiane dans l'affaire du *Golfe du Maine*<sup>1</sup>, rejette de la même façon l'application de la ligne médiane dans la présente affaire comme aboutissant à des « résultats manifestement inéquitables » (par. 68) étant donné la grande disparité des longueurs des côtes.

34. Ce souci de l'équité des résultats, quels que soient ceux donnés par l'application de principes, de procédures et de méthodes équitables, est bien établi dans la jurisprudence de la Cour. L'objet des principes équitables est d'obtenir un résultat équitable. Aussi équitable que puisse apparaître chaque principe isolément, il se peut qu'il ne conduise pas nécessairement à un résultat équitable, comme cela ressort de l'application du principe d'équidistance à deux côtes qui se font face mais sont de longueurs très différentes. Comme la Cour l'a déjà noté, « l'expression

<sup>1</sup> *C.I.J. Recueil 1984*, p. 336, par. 221-222.

« principes équitables » ne saurait être interprétée dans l'abstrait; elle renvoie aux principes et règles permettant d'aboutir à un *résultat* équitable » (*Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, C.I.J. Recueil 1982, p. 59, par. 70; les italiques sont de moi.)

35. Bien que, dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour ait paru s'attacher particulièrement aux méthodes utilisées, elle a aussi souligné l'importance d'un résultat équitable, car, tout en disant que l'on pouvait avoir « recours à divers principes ou méthodes, selon le cas, ainsi qu'à leur combinaison », elle a assorti cette déclaration d'une condition: « pourvu qu'on aboutisse par application de principes équitables à un résultat raisonnable » (C.I.J. Recueil 1969, p. 49, par. 90). La Cour a dit aussi: « on doit rechercher non pas une méthode unique de délimitation mais un but unique » (*ibid.*, p. 50, par. 92).

36. Cet aspect a été mis en lumière aussi par la Cour dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*:

« L'application de principes équitables doit aboutir à un résultat équitable. Cette façon de s'exprimer, bien que courante, n'est pas entièrement satisfaisante, puisque l'adjectif *équitable* qualifie à la fois le résultat à atteindre et les moyens à employer pour y parvenir. C'est néanmoins le résultat qui importe: les principes sont subordonnés à l'objectif à atteindre. » (C.I.J. Recueil 1982, p. 59, par. 70.)

37. La différence entre l'utilisation d'une méthode équitable et l'obtention d'un résultat équitable a été bien mise en lumière dans l'opinion conjointe de MM. Ruda, Bedjaoui et Jiménez de Aréchaga dans l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*:

« Prétendre, comme l'a fait Malte, que la méthode de l'équidistance doit être appliquée même si elle a pour résultat une délimitation complètement disproportionnée à la longueur des côtes pertinentes revient à vouloir subordonner le résultat équitable recherché à la méthode adoptée. C'est là précisément le contraire de la règle fondamentale de la délimitation, qui veut que la méthode à adopter soit justifiée par l'équité du résultat. » (C.I.J. Recueil 1985, p. 82-83, par. 20.)

38. Dans l'affaire du *Golfe du Maine*, une distinction a clairement été faite entre l'application de critères équitables et l'obtention d'un résultat équitable. La démarche par laquelle la Chambre a fixé la ligne de délimitation a été analysée comme comprenant trois phases:

- 1) la détermination de la ligne de délimitation par le recours à des critères équitables — principalement l'utilisation de configurations géographiques pour définir la zone en cause, suivie du partage de ladite zone par parts égales;
- 2) l'ajustement de cette ligne pour tenir compte des circonstances pertinentes, y compris les « anomalies » géographiques et la proportionnalité des espaces en cause par rapport aux façades maritimes;

3) la vérification de l'équité du résultat ainsi obtenu au regard d'autres facteurs tels que les effets économiques et les utilisations faites des ressources<sup>1</sup>.

39. L'arrêt a eu le mérite particulier d'isoler certains des éléments inclus dans le processus équitable et de montrer comment l'on pouvait appliquer ensemble plus d'un élément<sup>2</sup>.

40. Il est intéressant aussi de lire dans l'opinion de M. Oda dans l'affaire *Tunisie/Libye* que, dès la convention de 1958,

« l'idée d'une *solution équitable*, bien que l'article 6 de la convention de 1958 ne s'y réfère pas expressément, n'en constitue pas moins la base de cette disposition... » (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 246, par. 144; les italiques sont de moi).

On observera aussi que la convention sur le droit de la mer emploie l'expression « solution équitable », mettant ainsi l'accent sur l'équité du résultat (voir les articles 74 et 83).

41. Compte tenu de l'importance générale du résultat équitable, il n'est pas sans intérêt que la philosophie du droit corrobore la méthode qui consiste à apprécier la valeur d'une solution d'après ses résultats. Cet appui juridique supplémentaire à la thèse selon laquelle un résultat doit être évalué en fonction de son caractère équitable ou inéquitable procède du « sens de l'injustice » qui est fort ancien dans la philosophie du droit. Ce point sera examiné brièvement dans la section V ci-après (par. 104-109).

42. Ce qui précède montre que les quatre aspects de l'équité dont il a été question ici sont tous en jeu en l'espèce, et qu'en abordant sous cet angle l'application de l'équité on peut mieux appréhender l'aspect particulier dont il s'agit.

## II. *L'inapplicabilité de l'équité comme système extérieur au droit*

43. Il est à peine besoin de dire que l'expression « équité », telle qu'elle est employée dans l'arrêt de la Cour ou dans le contexte du droit international, n'a pas du tout le même sens que lorsqu'elle désigne les régimes d'administration de la justice distincts tels qu'il en a existé dans certains systèmes juridiques où ils servaient à corriger les insuffisances du droit et ses rigidités.

44. L'*equity* du système de *common law* et l'*aequitas* du droit romain, exercées respectivement par le *Chancellor* et par le *praetor*, ont été par excellence les modèles qui ont donné au mot « équité » cette connotation d'immixtion dans le droit. Ces connotations sont évidemment absentes lorsqu'il s'agit du droit de la mer.

<sup>1</sup> Voir T. L. McDorman, P. M. Saunders et D. L. VanderZwaag, « The Gulf of Maine Boundary: Dropping Anchor or Setting a Course? », 1985, *Marine Policy*, vol. 9, p. 100.

<sup>2</sup> *Ibid.*

45. Etant donné la forte influence que ces systèmes ont exercée sur le développement du droit international, cette idée de correction du droit a tendance à pénétrer dans le droit international, et il faut donc veiller constamment à écarter cette tendance. Cela importe particulièrement dans le domaine de la délimitation maritime, où l'on se demande constamment si, en recourant à l'équité, la Cour n'excède pas sa compétence. Comme la Cour l'a noté dans l'affaire *Tunisie/Libye*:

« Dans l'histoire des systèmes juridiques, le terme *équité* a servi à désigner diverses notions juridiques. On a souvent opposé l'équité aux règles rigides du droit positif, dont la rigueur doit être tempérée pour que justice soit rendue. Cette opposition est généralement sans équivalent dans l'évolution du droit international; la notion juridique d'équité est un principe général directement applicable en tant que droit. » (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 60, par. 71.)

46. Etant donné l'importance de l'équité dans ces deux systèmes, quelques brèves indications à leur sujet s'imposent :

a) *L'équité en common law*

47. Dans l'affaire des *Armateurs norvégiens*, la Cour permanente d'arbitrage a dit :

« Les mots « droit et équité » qui figurent dans le compromis de 1921 ne peuvent pas s'entendre ici dans le sens traditionnel qui est le leur dans la pratique juridique anglo-saxonne.

Il semble que la majorité des spécialistes du droit international soient d'accord pour considérer que ces mots doivent être compris comme désignant des principes de justice généraux, distincts de tout système juridique particulier du droit interne d'un Etat quelconque. »<sup>1</sup>

48. Il se peut toutefois que certains des principes d'équité élaborés par la Court of Chancery anglaise soient pertinents dans le contexte du droit de la mer, non parce qu'ils font partie de l'*equity* au sens institutionnel anglais, mais parce que ces principes sont en accord avec l'idée d'équité au sens général du terme. Il pourrait s'agir, par exemple, de l'idée que l'équité se soucie de l'intention plus que de la forme, ou que nul ne doit agir contrairement à ses propres affirmations dès lors que celles-ci ont induit d'autres personnes à agir comme elles l'ont fait. Des principes généraux d'équité tels que ceux-ci peuvent s'appliquer, par exemple, à certaines conduites des Etats.

b) *L'équité dans les systèmes de tradition romaniste*

49. Le *jus honorarium* élaboré par le *praetor* romain, par la voie de son édît prétorien, servait, d'après Papinien, à soutenir, compléter ou corriger

<sup>1</sup> *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. I, 1922, p. 331.

le *jus civile*<sup>1</sup> — formule qui résume assez bien trois fonctions différentes de l'équité en droit romain. Celle-ci était donc un système différent du *jus civile*, du moins jusqu'à ce que Hadrien, en l'an 125 de notre ère, fixe la forme de l'édit, après quoi il cessa d'être directement une source de droit nouveau. Jusqu'alors, la fonction correctrice de l'*aequitas* permettait d'aller *contra legem*.

50. Bien que l'équité ait continué d'inspirer le droit romain par la suite, ce fut surtout par l'œuvre des juristes qui interprétaient et adaptaient le droit plutôt que de s'y opposer<sup>2</sup>.

51. Compte tenu de l'influence immense qu'a eue le droit de tradition romaniste international, il est permis de répéter que l'*aequitas* de l'époque de l'équité prétorienne — équité correctrice distincte du droit — ne doit pas être considérée comme étant analogue à l'équité en droit international. La tradition plus tardive du droit de tradition romaniste, selon laquelle le droit et l'équité se complètent pour former un ensemble harmonieux, offrirait une analogie plus juste.

### III. Les catégories d'équité

52. Nous avons vu que dans son arrêt la Cour n'a pas utilisé l'équité *ex aequo et bono*. Elle n'a pas eu recours non plus à l'équité absolue ni à l'équité *contra legem*.

#### a) L'équité *ex aequo et bono*

53. S'agissant de délimitation maritime, on s'est souvent demandé si la Cour ne recourait pas à un concept de l'équité plus large que celui qu'elle est habilitée à appliquer. On peut même considérer qu'un point d'interrogation plane sur le recours à l'équité dans des affaires de ce genre et la jurisprudence de la délimitation maritime est jalonnée de prises de position écartant l'équité *ex aequo et bono*<sup>3</sup>.

54. L'ampleur de cette préoccupation apparaît dans la doctrine qui pose expressément la question de savoir s'il y a ou non une différence entre l'équité administrée par la Cour et l'équité *ex aequo et bono*. M. Jennings nous met en garde contre le risque de voir des parties à un différend obtenir une décision *ex aequo et bono* qu'elles l'aient voulu ou non, et il fait observer :

<sup>1</sup> « Adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis » (D.I.1.7.1).

<sup>2</sup> L'œuvre des juristes en matière d'équité a été féconde, et d'importantes doctrines telles que la subrogation, l'*estoppel* et l'avis implicite résultent de leurs efforts. Voir W. W. Cook, dans *Encyclopedia of the Social Sciences*, dir. publ. Seligman, 1931, vol. 5, p. 584. On ne peut attendre moins de l'équité en droit international.

<sup>3</sup> Voir *C.I.J. Recueil 1974*, p. 33, par. 78, et p. 202, par. 69; *C.I.J. Recueil 1982*, p. 60, par. 71, et p. 92, par. 133 A 1; *C.I.J. Recueil 1984*, p. 278, par. 59, et p. 299, par. 112; *C.I.J. Recueil 1985*, p. 38-39, par. 45, et p. 56-57.

« A tout le moins, la très sérieuse question se pose de savoir quelle est exactement la différence entre une décision conforme à des principes équitables et une décision *ex aequo et bono*? »<sup>1</sup>

La question est en effet très sérieuse car, si tel est bien le cas, la Cour s'aventure dans un domaine où elle ne peut pénétrer que moyennant le consentement des parties<sup>2</sup>. De telles incertitudes nécessitent un examen approfondi de la disposition du Statut de la Cour relatif à la faculté de statuer *ex aequo et bono* (paragraphe 2 de l'article 38).

55. Cette expression, qui vient du droit romain<sup>3</sup>, est définie dans les ouvrages de référence classiques en des termes qui évoquent la justice et la conscience. C'est ainsi que le *Black's Law Dictionary* (5<sup>e</sup> éd., 1979, p. 500) la définit dans les termes suivants : « expression dérivée du droit de tradition romaniste signifiant : conformément à la justice et à l'impartialité; selon ce qui est juste et bon; conforme à l'équité et à la conscience ». L'on voit que l'équité *ex aequo et bono* n'est donc pas enfermée dans les limites des règles de droit existantes mais qu'elle s'étend plus largement, indépendamment de ce que peut être le droit, à l'égard de l'objet dont il s'agit. Elle entre dans le domaine de l'équité *contra legem*, comme on le verra plus loin.

56. Pour saisir le sens de l'équité *ex aequo et bono* dans le cadre de la jurisprudence de la Cour, le mieux est peut-être d'évoquer l'histoire de la rédaction de la disposition du Statut de la Cour qui s'y rapporte.

57. Trois étapes peuvent sans doute être distinguées dans les travaux préparatoires qui ont abouti à l'adoption du paragraphe 2 de l'article 38 du Statut :

1) Les premières versions de l'article 38 du Statut de la Cour permanente<sup>4</sup> ne contenaient pas de paragraphe traitant des décisions *ex aequo et bono*. Le projet d'article était rédigé comme suit :

« Dans les limites de sa compétence, telle qu'elle est déterminée par l'article 34, la Cour applique en ordre successif :

1. Les conventions internationales soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige;
2. La coutume internationale, attestation d'une pratique commune acceptée comme loi;

<sup>1</sup> R. Y. Jennings, « The Principles Governing Marine Boundaries », *op. cit.*, p. 401.

<sup>2</sup> Voir *Encyclopedia of Public International Law*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>3</sup> L'expression voisine *bonum et aequum* veut dire « right and equitable, fair(ness) and just(ice) » (bien et équitable, impartial(ité) et just(ice)) (Adolf Berger, *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*, 1952, p. 377), et elle apparaît, dans la célèbre définition que Celse a donnée du *jus*, comme « *ars aequi et boni* », expression citée tout au début du *Digeste* de Justinien (D.1.1.pr.). Elle apparaît aussi dans la formule *actiones in aequum et bonum conceptae* (Berger, *ibid.*).

<sup>4</sup> Avant-projet pour l'établissement de la Cour permanente de Justice internationale présenté au Conseil de la Société des Nations par le comité consultatif de juristes, art. 35 (devenu plus tard l'article 38).

3. Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées;

4. Les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit.»<sup>1</sup>

2) Le débat entre les éminents internationalistes qui ont participé à la réunion que le comité de rédaction a tenue le 1<sup>er</sup> décembre 1920<sup>2</sup> est très intéressant. M. Fromageot (France) voulait que la rédaction de ce qui était alors l'article 35 fût un peu plus souple afin de rendre possible un jugement de la Cour confirmant un accord intervenu auparavant entre les parties, ce qui n'était pas possible aux termes de l'article tel qu'il était alors rédigé. Au cours de la discussion qui suivit, de graves préoccupations furent exprimées quant à l'effet d'un tel amendement. Le président (M. Hagerup) fit valoir que l'idée exprimée par M. Fromageot rentrerait plutôt dans le domaine de la juridiction arbitrale et que son application compromettrait l'autorité de la Cour de Justice. M. Fernandes (Brésil) exprima la crainte que cet amendement n'eût pour résultat des décisions arbitraires. M. Loder (Pays-Bas) fit observer toutefois que la Cour ne confirmerait évidemment pas des propositions qui ne seraient pas bien fondées. Au cours du débat, M. Fromageot apporta à sa propre proposition une modification tendant à ajouter au paragraphe 3 de l'article 35 les mots « les principes généraux du droit et de la justice ». Il expliqua que son amendement aurait pour effet de permettre à la Cour d'indiquer comme seul motif de son jugement ce qui lui paraissait juste. Il expliqua aussi que cela ne signifiait aucunement que la Cour pût ne pas tenir compte des règles existantes. L'amendement de M. Fromageot fut adopté<sup>3</sup>.

3) Cependant, l'article 35 tel que modifié continuait de préoccuper les membres de la Sous-Commission. Lors de la séance du 10 décembre 1920, au cours de laquelle fut adopté le texte final à soumettre à la Troisième Commission, seul cet article donna lieu à une nouvelle discussion, dont il est rendu compte dans les termes suivants :

« Au cours de la discussion du rapport du Président, M. POLITIS (Grèce) demande si le texte de l'article 35, n° 3, adopté par la Sous-Commission, est l'expression absolument exacte de l'opinion de la Sous-Commission sur cette question. La Sous-Commission était, croit-il, d'opinion que la Cour n'aurait la faculté d'appliquer les principes généraux de la justice qu'en vertu d'un accord entre les parties. Le texte en question est plus large, puisqu'il donne à la Cour le droit

<sup>1</sup> Documents au sujet de mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte et de l'adoption par l'Assemblée du Statut de la Cour permanente, Genève, 1921, p. 41, annexe.

<sup>2</sup> Septième séance de la Sous-Commission de la Troisième Commission de la première Assemblée — 1<sup>er</sup> décembre 1920.

<sup>3</sup> Documents au sujet des mesures prises..., *op. cit.*, p. 145.

de décider quand ces principes seront applicables. M. Politis propose que le paragraphe visé soit modifié de la manière suivante :

*Les principes généraux du droit et, si les parties sont d'accord, les principes généraux de la justice reconnus par les nations civilisées.*

Une discussion s'engage, à la suite de laquelle M. FROMAGEOT (France) propose de donner satisfaction à l'opinion exprimée par M. Politis en ajoutant à la fin de l'article 35, n° 3, la phrase suivante :

*La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer ex aequo et bono.*

*L'article ainsi amendé est adopté.*»<sup>1</sup>

58. Dans le rapport présenté à la Troisième Commission, la Sous-Commission déclara au sujet de cet article (devenu l'article 38) :

« la Sous-Commission a apporté les modifications suivantes à l'article :

. . . . .

2) La Sous-Commission a ajouté à l'article un nouvel alinéa pour donner à la Cour la faculté de rendre, avec l'agrément des parties, une décision *ex aequo et bono*. »<sup>2</sup>

Telle fut la genèse de la disposition de l'article 38 relative à la faculté pour la Cour de statuer *ex aequo et bono*, qui a donné lieu à tant de commentaires dans les affaires concernant l'application de l'équité en matière de délimitations maritimes.

59. Il ressort clairement de ce rappel historique que les premiers projets de cet article ont été amendés de telle sorte que les parties puissent se mettre d'accord entre elles et demander à la Cour de consacrer leurs arrangements par un arrêt, ce que ferait la Cour si les principes généraux du droit et de la justice étaient respectés. Par la suite, le texte a été rendu encore plus souple<sup>3</sup> par l'introduction d'une disposition distincte prévoyant la possibilité pour la Cour de statuer *ex aequo et bono* sans que sa décision soit nécessairement liée aux « principes généraux du droit et de la justice », et en donnant à la Cour le pouvoir de rendre une ordonnance selon ce qu'elle estimait être juste si les parties y consentaient. Une disposition distincte sur la faculté de statuer *ex aequo et bono* donnait manifestement à la Cour plus de latitude qu'une clause qui l'aurait

<sup>1</sup> *Documents au sujet des mesures prises...*, op. cit., p. 157.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 211.

<sup>3</sup> « La notion *ex aequo et bono* n'avait été que rarement évoquée avant qu'elle ne soit ajoutée au Statut de la Cour permanente de Justice internationale, et on pourrait soutenir qu'elle a été incorporée au Statut, sans qu'il en soit longuement débattu, pour faire bénéficier la Cour d'un peu plus de souplesse. » (Janis, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7, p. 75.)

simplement autorisée à statuer selon les principes généraux du droit et de la justice. Cependant, à cause de cette portée plus large, il fallut stipuler que l'application de cette disposition devait reposer sur l'accord des parties.

60. Ce rappel des travaux préparatoires montre très clairement que le concept de décision *ex aequo et bono* va bien au-delà de l'équité *intra legem* ou *praeter legem* dont nous parlerons plus loin<sup>1</sup>. L'expression désigne une décision qui n'est pas entravée par les règles du droit mais qui dépend seulement du sens de la justice du tribunal. Lorsque, comme dans la présente affaire, la Cour utilise des concepts et des procédures équitables qui entrent dans le champ de sa compétence par des voies autres que l'article 38, paragraphe 2, et dans la mesure où elle n'agit pas *contra legem*, elle se place dans un domaine qui est très éloigné du vaste champ de l'équité *ex aequo et bono*. Dans son propre secteur, beaucoup plus limité, elle est cependant tout à fait en droit de recourir à toute la gamme des principes, procédures et méthodes équitables appropriés sans craindre d'outrepasser sa compétence.

61. Une fois écarté l'obstacle conceptuel que représente la notion *ex aequo et bono*, il devient plus facile de recourir plus largement et avec moins d'appréhension à l'équité dans le développement du droit de la mer. Cette idée a été bien résumée dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*. L'arrêt de la Cour contient le passage suivant, qui est sans équivoque :

« lorsqu'on parle du juge qui rend la justice ou qui dit le droit, il s'agit de justification objective de ses décisions non pas au-delà des textes mais selon les textes et dans ce domaine c'est précisément une règle de droit qui appelle l'application de principes équitables. Il n'est par conséquent pas question en l'espèce d'une décision *ex aequo et bono*, ce qui ne serait possible que dans les conditions prescrites à l'article 38, paragraphe 2, du Statut de la Cour. » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 48, par. 88.)<sup>2</sup>

#### b) *L'équité absolue*

62. Cette expression, qui ne s'applique pas non plus à la présente affaire, évoque l'application d'une solution juste et impartiale, qu'elle

<sup>1</sup> Chaim Perelman, dans son étude sur les lacunes du droit, fait observer, dans le contexte des arbitrages et des décisions judiciaires en droit international public, qu'une demande visant à obtenir une décision *ex aequo et bono* pourrait être interprétée « dans le sens *contra legem* » (*Le problème des lacunes en droit*, 1968, p. 327).

<sup>2</sup> D'autres tribunaux ont pris des positions analogues. Voir par exemple la sentence du tribunal dans l'affaire de l'arbitrage franco-britannique relatif au plateau continental (RSA, vol. XVIII, par. 70 et 245); voir aussi la sentence arbitrale en l'affaire Guinée/Guinée-Bissau (*Revue générale de droit international public*, t. 89, 1985, par. 88 et 90) faisant référence à l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans les affaires de la *Mer du Nord* et déclarant que, de même, le tribunal arbitral n'était pas habilité à statuer *ex aequo et bono*.

prévale ou non sur des règles ou principes existants du droit positif, aussi solidement établis soient-ils. C'est préférer l'esprit de la loi à sa lettre, faire passer la justice avant les considérations techniques<sup>1</sup>. On serait alors assez près du sens de l'équité *ex aequo et bono* dont nous avons parlé dans la section précédente.

63. On trouve dans l'affaire de l'*Orinoco Steamship Co.* (1910) un exemple marquant et familier de la jurisprudence de droit international concernant l'utilisation de l'expression «équité absolue». Dans cette affaire, pour reprendre les termes de la Cour permanente d'arbitrage, le compromis obligeait la commission mixte chargée d'examiner les réclamations opposant les Etats-Unis au Venezuela à «rendre sa sentence sur la base de l'équité absolue sans tenir compte d'objections de nature technique ou de dispositions de la législation locale...» Considérant que l'arbitre avait pris en considération la législation locale en écartant les réclamations au motif que les voies de recours internes n'avaient pas été épuisées et que le débiteur n'avait pas notifié la cession de la dette conformément à la législation locale, il a été décidé que la décision n'était pas en accord avec l'équité absolue et qu'elle était par conséquent contraire au compromis<sup>2</sup>.

64. Ni les méthodes de l'équité *ex aequo et bono* ni celles de l'équité absolue ne sont les méthodes du droit international. «Surtout, il faut cesser de considérer l'équité comme quelque chose qui s'oppose au droit ou lui apporte un correctif.»<sup>3</sup>

### c) *L'équité praeter legem*

65. Il s'agit, dans cette acception, de combler les lacunes et en quelque sorte les interstices du droit. Même là où il n'existe aucune règle juridique sur un point donné, il faut néanmoins prendre une décision, car la fonction judiciaire ne permet pas au tribunal d'abdiquer, du fait que le droit est muet, la responsabilité de juger qui est la sienne<sup>4</sup>. Il faut donc que la lacune<sup>5</sup> soit comblée d'une manière ou d'une autre. Certains diront que le

<sup>1</sup> Voir aussi Bin Cheng, «Justice and Equity in International Law», *Current Legal Problems*, 1955, p. 203.

<sup>2</sup> Scott, *Les travaux de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye*, vol. 1, 1921, p. 245.

<sup>3</sup> Shabtai Rosenne, «The Position of the International Court of Justice on the Foundations of the Principle of Equity in International Law», dans A. Bloed et P. van Dijk (dir. publ.), *Forty Years International Court of Justice: Jurisdiction, Equity and Equality*, 1988, p. 108.

<sup>4</sup> Voir O. Schachter, «International Law in Theory and Practice», *Recueil des cours*, t. 178 (1982-V), chap. IV, «General Principles and Equity», p. 85.

<sup>5</sup> La question de savoir s'il y a une «lacune» du droit ou si l'on peut toujours trouver une règle ou un principe de droit susceptible d'être étendu et appliqué à l'espèce considérée est un point délicat de théorie en droit sur lequel il n'est pas nécessaire de s'étendre ici. Cette question est très finement analysée dans Vaughan Lowe, «The Role of Equity in International Law», *Australian Yearbook of International Law*, 1988-1989, vol. 12, p. 58-63.

juge est libre d'agir comme il l'entend. D'autres estimeront qu'alors le juge se retrouve avec l'équité comme guide. C'est dans ce dernier sens que l'expression équité *praeter legem* est généralement employée.

66. A l'appui de l'opinion selon laquelle l'équité doit guider le juge dans ces cas-là, on pourrait dire qu'alors le pouvoir discrétionnaire du juge ne s'exerce pas de façon débridée et en toute liberté mais au contraire qu'il l'utilise de manière disciplinée en s'inspirant des concepts et des principes de l'équité. A l'intérieur des paramètres de cette ligne directrice, ce pouvoir discrétionnaire pourra alors s'exercer, bien qu'aucune règle juridique n'ait été formulée jusqu'ici pour s'appliquer à ce genre d'éventualité.

67. L'équité *praeter legem* tire aussi une justification juridique du fait — signalé ailleurs dans la présente opinion — que le *corpus* des principes généraux d'équité, en tant que partie intégrante des « principes généraux du droit », fait lui-même partie du droit international. En fait, considérée strictement de ce point de vue, elle cesse de constituer une catégorie distincte mais est simplement une application du droit lui-même.

68. Dans le contexte de la délimitation maritime, il y a dans la jurisprudence de la Cour des *dicta* qui autorisent tout à fait à considérer le processus suivi comme un cas d'application de l'équité *praeter legem*:

« N'est-on pas en droit de conclure, au terme de l'énumération des actes internationaux se référant à l'équité, que ces actes constituent des applications du principe général de droit qui autorise le recours à l'équité *praeter legem* pour une meilleure mise en œuvre des principes et des règles de droit ? Et il ne serait pas prématuré de dire que l'application du principe d'équité pour la délimitation des zones du plateau continental en la présente affaire resterait ainsi dans la ligne de cette pratique. » (*Plateau continental de la mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 141, opinion individuelle de M. Ammoun<sup>1</sup>.)

Cet aspect de la question est également considéré dans le cadre de l'analyse des méthodes qui figure ci-après (voir VII *f*)).

#### d) *L'équité infra legem*

69. C'est là la catégorie la plus pertinente pour l'arrêt de la Cour, car c'est à l'intérieur de ses limites que l'équité mise en œuvre par la Cour a été appliquée. Comme la Cour l'a fait observer dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*:

« lorsqu'on parle du juge qui rend la justice ou qui dit le droit, il

<sup>1</sup> Voir également l'opinion individuelle du même juge dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase (C.I.J. Recueil 1970, p. 332-333)*, en ce qui concerne l'équité *praeter legem* et le sens que Papinien, l'auteur de cette locution, donnait à celle-ci.

s'agit de justification objective de ses décisions non pas au-delà des textes mais selon les textes » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 48, par. 88).

C'était là manifestement une allusion à l'équité *infra legem*<sup>1</sup>.

70. En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour dans son ensemble, la mise en œuvre de l'équité *infra legem* a été fort bien résumée par Shabtai Rosenne comme suit :

« La Cour a permis que soient effectués les premiers pas dans le sens de la mise en place d'une conception de l'équité internationale qui est non pas *contra legem*, au sens où l'on dit parfois qu'une décision *ex aequo et bono* peut être une décision *contra legem*, mais *infra legem*, car c'est le droit positif, et non pas l'accord des parties, qui appelle le recours à cette conception. »<sup>2</sup>

71. M. Ammoun a lancé une importante mise en garde au sujet du risque de dépasser les limites de l'équité *infra legem*; il a en effet déclaré, en parlant de son contraire, l'équité *contra legem* :

« Cette conception de l'*equity* consistant en somme en une possible dérogation au droit commun n'a jamais reçu application en droit international. Le juge international qui s'accorderait cette compétence s'érigerait en législateur. » (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, C.I.J. Recueil 1970*, p. 333, par. 42.)

72. Pour ce qui est en particulier de la délimitation maritime, une étude doctrinale de portée générale contient l'observation suivante :

« la doctrine des principes équitables applicable à la délimitation maritime a déjà atteint, en ce qui concerne à la fois la procédure et le fond, un degré de clarté et de prévisibilité qui est suffisant pour la faire reconnaître comme une norme fondamentale opérant à l'intérieur et non pas à l'extérieur du droit »<sup>3</sup>.

#### e) *L'équité contra legem*

73. Il va sans dire que l'équité appliquée dans l'arrêt ne relève pas de cette catégorie. La notion d'équité par opposition au droit et rivalisant avec celui-ci d'une certaine manière en proposant une série de principes

<sup>1</sup> Le fait que le juge est tenu d'agir *infra legem*, alors que l'arbitre échappe à ces contraintes, est mentionné par Aristote dans un passage que cite Grotius : « [Car] l'arbitre regarde ce qui est juste, le juge regarde la loi » (*De jure belli ac pacis*, liv. III, chap. XX, sect. XLVII, traduction de Pradier-Fodéré, librairie Guillaumin et C<sup>ie</sup>, 1967).

<sup>2</sup> Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1965, vol. II, p. 605.

<sup>3</sup> Barbara Kwiatkowska, « The International Court of Justice Doctrine of Equitable Principles Applicable to Maritime Delimitation and Its Impact on the International Law of the Sea », dans A. Bloed et P. van Dijk (dir. publ.), *Forty Years International Court of Justice: Jurisdiction, Equity and Equality*, p. 158.

autres que ceux du droit n'est pas l'image de l'équité qui a véritablement place en droit international. Cet aspect de la question a déjà été examiné dans la section II. En droit international, l'équité est plutôt une force qui complète le droit et qui l'aide à avancer dans sa démarche visant à produire des résultats justes dans le cadre des différends entre les parties :

« La Cour internationale a pris grand soin — et à cet égard on peut peut-être parler d'une « position » car des questions fondamentales de politique judiciaire sont en jeu — de présenter son recours à l'« équité » non pas comme une « opposition » au « droit », mais comme une façon de donner pleinement effet au droit et, si besoin est, de le compléter. »<sup>1</sup>

Dans l'affaire concernant les *Prises d'eau à la Meuse*, Manley O. Hudson a de son côté insisté sur cet aspect de la question lorsqu'il a déclaré :

« Une démarcation nette entre le droit et l'équité, telle que la prévoient certains Etats dans l'administration de la justice, ne doit pas trouver place dans la jurisprudence internationale. » (*C.P.J.I. série A/B n° 70*, p. 76, opinion individuelle.)

#### IV. Comment l'équité s'introduit dans le droit international

74. Les voies par lesquelles l'équité s'introduit dans le droit international sont nombreuses et, dans la présente affaire, c'est par plusieurs d'entre elles qu'elle s'est introduite dans le processus qui a abouti à l'arrêt de la Cour. Centrer son attention uniquement sur l'un ou l'autre de ces cheminements peut empêcher l'équité d'opérer pleinement dans une affaire donnée.

##### a) L'équité à laquelle les traités obligent à recourir

75. En ce qui concerne la question soumise à la Cour, il y a évidemment l'exemple prééminent constitué par le fait que les articles 74 et 83 de la convention de 1982 sur le droit de la mer rendent expressément l'équité applicable en matière de délimitation maritime.

76. Invoquer l'équité dans un traité est souvent un moyen d'aligner sur la pensée contemporaine une branche en développement du droit, de sorte que des perspectives qui ne sont pas encore cristallisées en règles juridiques puissent néanmoins s'ouvrir dans le champ du droit en question. La convention sur le droit de la mer illustre ce processus, qui apparaît également dans des traités consacrés à des sujets contemporains tels que ceux qui ont trait aux ressources de la planète, par exemple l'alimentation et l'espace, ou concernant des questions économiques, ou encore le règlement des différends. Ainsi, le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 traite de la « répartition équitable » des ressources alimentaires mondiales (art. 11); et la convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets

<sup>1</sup> Shabtai Rosenne, « The Position of the International Court of Justice on the Foundations of the Principle of Equity in International Law », *op. cit.*, p. 88-89.

lancés dans l'espace prévoit des réparations qui doivent être déterminées conformément « au droit international et aux principes de la justice et de l'équité ». De même, la charte des droits et devoirs économiques des Etats de 1974 emploie des termes comme « équité », « équitable », « juste », « partage équitable », « prix équitables », « termes de l'échange équitables » (voir art. 10, 14, 26, 28 et 29), et le protocole de la commission de médiation, de conciliation et d'arbitrage de l'Organisation de l'unité africaine fait expressément appel à l'équité pour le règlement des différends (art. 29 et 30)<sup>1</sup>.

77. Ainsi, en invoquant expressément l'équité, la convention de Montego Bay ne fait que suivre une pratique vénérable du droit international, dont on peut suivre les cheminements à travers les siècles<sup>2</sup>.

b) *L'équité reflétée dans le droit international coutumier*

78. Le droit international coutumier a été invoqué dans l'arrêt comme source d'équité, en particulier dans le contexte de l'argumentation visant à préciser le sens de l'expression « circonstances pertinentes » en droit international (arrêt, par. 56). On a montré que ces circonstances pertinentes sont assimilables aux circonstances spéciales de l'article 6 de la convention de 1958 étant donné que, dans les deux cas, il s'agit de rendre possible un résultat équitable (*ibid.*).

79. La Cour, en vertu de l'article 38, paragraphe 1, de son Statut, est tenue de régler « conformément au droit international » les différends qui lui sont soumis. Il existe un imposant corpus d'opinions autorisées selon lesquelles l'équité fait partie du droit international coutumier. Friedmann, traitant de l'évolution des structures du droit international, a fait observer ce qui suit :

« Il existe donc une majorité écrasante d'opinions qui corroborent le point de vue développé par Lauterpacht, Manley Hudson, De Visscher et Dahm selon lequel l'équité fait partie intégrante du système moderne d'administration de la justice. »<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Voir aussi Monique Chemillier-Gendreau, « L'équité », dans Bedjaoui (dir. publ.), *Droit international: Bilan et perspective*, 1991, p. 283-294.

<sup>2</sup> Voir le traité Jay de 1794, qui stipulait à son article 7 que les commissaires nommés en vertu du traité pour décider des questions en litige entre l'Angleterre et les États-Unis devaient prendre une décision sur les diverses prétentions « en prenant en considération le bien-fondé des différentes thèses ainsi que la justice, l'équité et le droit des gens ». M. Hudson a dressé une liste où figurent de nombreux traités bilatéraux, conclus au cours des deux siècles qui ont suivi, qui prévoient le recours à l'équité — tels que le traité de 1795 entre les États-Unis et l'Espagne, le traité de 1840 entre la Grande-Bretagne et le Portugal, et les traités conclus par le Danemark en 1926 et en 1930 avec la Finlande et l'Islande respectivement. Voir M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, 1943 (réimpression, 1972), p. 616 (notes).

<sup>3</sup> Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, 1964, p. 197, citant Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, par. 28; Manley Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, édition de 1972, p. 617; Charles De Visscher, « Contribution à l'étude des sources du droit international », *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 60, 1933, p. 325, 414 et suiv.; Dahm, *Völkerrechts*, vol. 1, 1958, p. 40 et suiv.

M. Hudson également a fait observer dans son opinion individuelle concernant l'affaire des *Prises d'eaux à la Meuse*: « Les règles bien connues sous le nom de principes d'équité sont depuis longtemps considérées comme faisant partie du droit international... »<sup>1</sup> — manière de voir à laquelle a souscrit Philip C. Jessup dans le cadre des affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*<sup>2</sup>. Dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*<sup>3</sup>, M. Dillard a cité cette opinion avec approbation. Hudson, dans une publication privée, a fait la remarque suivante : « l'équité est un élément du droit international lui-même »<sup>4</sup>.

80. En ce qui concerne le droit de la mer et la délimitation du plateau continental et de la zone économique exclusive, l'équité a été reconnue par la Cour internationale de Justice comme faisant partie du droit international, par exemple dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*<sup>5</sup> et dans l'affaire *Tunisie/Libye*<sup>6</sup>. Ainsi, dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour a jugé inéquitable qu'en raison de la convexité ou de la concavité d'une ligne côtière on refuse l'égalité de traitement à des Etats dont les lignes côtières sont de longueur comparable<sup>7</sup>. L'exigence d'une certaine proportionnalité entre le plateau accordé à un Etat et la longueur de ses côtes a également été considérée comme un principe d'équité. Ainsi, également, l'équité n'exigeait pas que l'on « refasse » la géographie<sup>8</sup>.

c) *L'équité en tant que principe général du droit*<sup>9</sup>

81. Les principes généraux de droit appliqués en droit international peuvent être classés en plusieurs catégories et les principes, concepts et procédures équitables, tels que ceux qui ont été appliqués dans l'arrêt, trouvent place dans plus d'une d'entre elles.

82. M. Bin Cheng, invoquant l'affaire *Gentini*, relative à la reconnaissance par le droit international, par le truchement de l'équité, du principe de prescription, reconnaissance qui ne comportait pas l'acceptation du droit local de la prescription, déclare ce qui suit :

« La démarche suivie dans l'affaire *Gentini*<sup>[10]</sup>, consistant à énoncer un principe général à partir de règles de droit positif universelle-

<sup>1</sup> *Loc. cit.*

<sup>2</sup> *C.I.J. Recueil 1969*, p. 84.

<sup>3</sup> *C.I.J. Recueil 1974*, p. 63, note 1.

<sup>4</sup> *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, édition de 1972, p. 617.

<sup>5</sup> *C.I.J. Recueil 1969*, p. 48, par. 88.

<sup>6</sup> *C.I.J. Recueil 1982*, p. 60, par. 71.

<sup>7</sup> *C.I.J. Recueil 1969*, p. 49-50, par. 91.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> L'expression est employée sous cette forme et non selon la formule maintenant inappropriée de « nations civilisées ». Sir Humphrey Waldock préférait l'expression « principes généraux de droit reconnus dans les systèmes juridiques nationaux », et l'expression abrégée « les principes généraux du droit » est peut-être adéquate pour ce qui nous intéresse ici (voir *Plateau continental de la mer du Nord*, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 136, opinion individuelle de M. Ammoun).

<sup>10</sup> *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 720.

ment appliquées *in foro domestico* en raison du sentiment général qu'éprouve l'humanité à l'égard des exigences de l'équité et de l'équité elle-même, rappelle de manière frappante la proposition de Descamps en faveur de l'application, en droit international, d'une « justice objective » ou de l'« équité » telles qu'elles ressortent de la « conscience juridique des peuples civilisés », et elle confirme le sentiment que l'on a en consultant les travaux préparatoires du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, qui est que cette proposition n'est pas très différente de la formule, adoptée en définitive, des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », formule de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut de la Cour. »<sup>1</sup>

De nombreuses classifications de ces principes généraux sont possibles, et les trois premières rubriques d'une classification en cinq points faite par Schachter<sup>2</sup> montrent, encore une fois, de combien de rubriques de cette classification auraient pu être tirés les principes d'équité retenus par la Cour :

- « 1) Les principes de droit interne « reconnus par les nations civilisées. »
- 2) Des principes généraux de droit « tirés de la nature spécifique de la communauté internationale. »
- 3) Des principes « inhérents à l'idée de droit et ayant un caractère fondamental pour tous les systèmes juridiques... »

83. L'équité au sens général, qui est celui qu'a retenu la Cour, trouve place dans toutes ces catégories. En ce qui concerne la première rubrique, dont la terminologie est évidemment celle de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut de la Cour internationale de Justice et de la Cour permanente de Justice internationale, Schachter fait observer que certains de ceux qui ont participé à l'élaboration de cette clause avaient à l'esprit l'équité et les principes reconnus par la « conscience juridique des nations civilisées »<sup>3</sup>. Toutefois, Elihu Root, qui a établi le projet finalement adopté, entendait se référer aux principes effectivement reconnus et appliqués dans les systèmes nationaux<sup>4</sup>. Il serait exact de dire également que le droit international, tel qu'il a été analysé par d'éminents commentateurs<sup>5</sup> et par la Cour internationale de Justice, a recherché l'acceptation universelle de la part des systèmes juridiques et non des principes adoptés sur un plan purement interne à cette fin. L'équité se range manifestement sous cette rubrique. La partie C de la présente opinion traitera de façon plus détaillée de l'aspect universel de l'équité.

<sup>1</sup> *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1987, p. 377-378.

<sup>2</sup> *Op. cit.*, p. 75.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>5</sup> Voir Wilfred Jenks, *Common Law of Mankind*, 1958, p. 106; Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, 1964, p. 188-210; et Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1987, p. 377.

84. La deuxième catégorie comprendrait des principes tels que *pacta sunt servanda*<sup>1</sup>, qui sont entrés dans le droit international à partir de la tradition du droit naturel, elle-même inextricablement liée à l'équité au sens large. Quant à la troisième catégorie, elle englobe des idées telles que la réciprocité et l'égalité des parties devant le juge, qui sont fondamentales pour tout droit quel qu'il soit.

85. L'influence particulière de l'équité au sens général est évidente dans toutes ces catégories et, à mesure que la notion d'un droit commun à l'humanité se renforce et que la nécessité de définir des principes pour assurer un partage équitable des ressources devient plus urgente, cette modalité d'introduction de l'équité dans le droit international prendra peut-être une importance croissante dans le développement du droit de la mer.

86. Schwarzenberger, commentant les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » évoqués dans le Statut de la Cour, énumère sept réalisations qui sont à inscrire à l'actif de ceux qui ont rédigé cette disposition. L'une d'elles, qui résume fort bien la présente analyse, est que « [les rédacteurs] de cette disposition ont ouvert un nouveau canal par lequel les concepts du droit naturel ont pu être accueillis dans le droit international »<sup>2</sup>. L'équité représenterait un élément important de la circulation des idées à travers ce canal.

#### d) *L'équité dans la jurisprudence*

87. Il est dit à l'article 38, paragraphe 1 *d*), du Statut de la Cour que, sous réserve de cette considération que les décisions de la Cour ne sont obligatoires que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé, les décisions judiciaires sont un moyen auxiliaire de détermination du droit.

88. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice en est maintenant arrivée à un point où elle reflète un *corpus* considérable de principes équitables et où la Cour s'appuie fréquemment sur l'équité pour parvenir à une décision<sup>3</sup>. Ayant été adoptés par la Cour, ces principes sont ainsi entrés dans le courant général du droit international.

89. L'affaire des *Pêcheries* (C.I.J. Recueil 1951, p. 116) fournit à cet

<sup>1</sup> Schachter, *op. cit.*, p. 79-80.

<sup>2</sup> Formule employée dans l'avant-propos de Schwarzenberger à l'ouvrage de Bin Cheng intitulé *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1987, p. xi.

<sup>3</sup> Voir par exemple *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase*, C.I.J. Recueil 1970, p. 48, par. 94 :

« Il y a lieu tout d'abord de constater qu'en matière d'équité il serait difficile d'établir des distinctions d'après des critères quantitatifs... Certes, l'Etat protecteur peut ne pas se montrer disposé à prendre fait et cause pour le petit actionnaire isolé, mais il paraît difficile de lui dénier le droit de le faire au nom de considérations d'équité. »

égard, bien que l'un des premiers, un exemple remarquable<sup>1</sup>, mais, depuis lors, ce concept s'est considérablement développé dans le contexte de la délimitation maritime à travers une série de décisions dans lesquelles la Cour internationale de Justice s'est référée de façon explicite à l'application de principes équitables.

90. Ainsi, du fait que l'arrêt fait largement appel à la jurisprudence, l'équité s'y trouve introduite à partir d'une autre source encore. En se fondant sur des affaires telles que celles du *Plateau continental de la mer du Nord*, l'affaire *Libye/Malte* et l'affaire du *Golfe du Maine*, on a ouvert des voies non seulement à l'introduction de l'équité dans la délimitation maritime, mais aussi à l'édification, à partir de ces principes équitables, d'un corpus cohérent de jurisprudence maritime fondée sur l'équité. Par conséquent, tout examen des problèmes relatifs au droit de la mer doit, comme c'est le cas dans la présente affaire, tenir compte de ce vaste ensemble jurisprudentiel qui, parce qu'il comporte l'adoption de principes équitables, fait que l'influence fécondante de l'équité devient partie intégrante du droit de la mer.

e) *L'équité dans la doctrine*

91. Aux sources mêmes du droit international, Grotius incorporait à ce dernier l'idée que l'équité pouvait compléter l'administration de la justice internationale, car il cite Aristote parlant de « la perception de ce qui est équitable », de « la qualité d'équité » et de la « justice »<sup>2</sup>. La définition que donne Aristote de la justice, à savoir « corriger ce en quoi la loi, vu son caractère général, est défailante », est également citée. En fait, Grotius, dans ses commentaires, va jusqu'à évoquer le recours à l'équité « indépendamment des règles de justice proprement dites ». Et il emploie ici sans aucun doute l'expression « règles de justice » au sens où nous parlerions nous-mêmes de « règles de droit ».

92. On ne peut manquer de noter, à cet égard, à quel point Grotius s'appuie sur le droit naturel dans les travaux qu'en véritable pionnier il a consacrés à l'édification des principes fondamentaux du droit de la mer. On pourrait peut-être dire du droit de la mer qu'il est un domaine du droit international particulièrement sensible aux influences de l'équité.

93. Le processus lancé par Grotius se poursuit à ce jour et, à chaque génération, les grands publicistes ont, dans leurs propres écrits, incorporé des considérations et des principes équitables à leurs apports, qui ont été assimilés dans le corpus du droit international public<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Voir S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1965, vol. II, p. 605.

<sup>2</sup> Grotius, *De jure belli ac pacis*, 1646, liv. II, chap. XVI, sect. XXVI; voir également liv. III, chap. XX, sect. XLVII, traduction de Pradier-Fodéré, librairie Guillaumin et Cie, 1967.

<sup>3</sup> Pour ce qui concerne en particulier le droit de la mer, un certain nombre de publicistes modernes éminents, dont certains ont été cités dans la présente opinion, perpétuent cette tradition et se distinguent par ce qu'ils apportent à ce domaine en plein développement.

f) *L'équité en tant que justice*

94. Dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour a déclaré : « Quel que soit le raisonnement juridique du juge, ses décisions doivent par définition être justes, donc en ce sens équitables. » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 48, par. 88.) L'équité en tant que partie de la justice que la Cour est tenue d'administrer devient donc une partie de sa jurisprudence générale. L'équité au sens d'une recherche de la solution juste offre un substrat solide à une partie considérable du raisonnement de la Cour.

95. Dans son opinion individuelle dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase*, M. Fitzmaurice, citant un ouvrage de base sur l'équité (*Snell's Principles of Equity*, 26<sup>e</sup> éd., 1966, p. 5-6), a déclaré :

« comme l'auteur du passage cité le dit ... l'*equity* ne se distingue pas du droit « en ce qu'elle vise une fin différente, car l'une et l'autre ont pour but la justice ». Mais, peut-on ajouter, le droit et l'équité ne peuvent réaliser la justice que si on les laisse se compléter mutuellement. » (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 86, par. 36.)

96. Dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, la Cour internationale de Justice a fait l'observation suivante :

« L'équité en tant que notion juridique procède directement de l'idée de justice. La Cour, dont la tâche est par définition d'administrer la justice, ne saurait manquer d'en faire application. » (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 60, par. 71.)

La Cour, comme sa devancière, a pris soin, comme il va de soi, de noter que le fait qu'elle dispense la justice ne l'habilite pas à méconnaître les règles du droit. La nécessité d'administrer la justice ne l'habilite pas, pour reprendre les paroles de la Cour permanente, à « se déterminer seulement par des considérations de pure opportunité » (*Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, C.P.J.I. série A n° 24*, p. 15).

97. Kelsen et quelques autres autorités<sup>1</sup> ont émis l'avis que la mission de la Cour est de statuer conformément au droit international, à l'exclusion de toute autre base. Kelsen déclare, par exemple, que le Statut de la Cour fait obligation à celle-ci de régler les différends conformément au droit international et qu'il ne mentionne pas la justice, ce qui conduit à penser que la Cour n'est pas habilitée à régler les différends conformément à la justice<sup>2</sup>.

98. De telles opinions, malgré tout le respect qu'elles méritent, ne tiennent pas compte du fait qu'une bonne partie du droit international englobe déjà l'équité et que l'équité a été l'une des principales voies par

<sup>1</sup> Par exemple M. Koretsky dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 165.

<sup>2</sup> Kelsen, *The Law of the United Nations*, 1950, p. 366.

lesquelles de nombreux concepts de base se sont introduits dans le corpus du droit international et en sont devenus partie intégrante. Elles ne tiennent pas compte non plus du fait qu'en interdisant à ce courant d'influence de s'introduire dans le corpus du droit international, on entrave le développement de ce dernier.

g) *L'équité introduite par la Charte des Nations Unies*

99. La Charte des Nations Unies, en son article 1, stipule que l'un des buts des Nations Unies est de « maintenir la paix et la sécurité internationales », et à cette fin « réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ... de caractère international... » La Cour a été créée dans ce cadre comme l'un des organes principaux de l'Organisation des Nations Unies, et elle est donc tenue d'agir, pour l'ajustement et le règlement des différends internationaux, « conformément aux principes de la justice et du droit international ». L'équité comme élément inhérent de la justice, sinon du droit international lui-même, s'introduit donc dans la jurisprudence de la Cour. Son importance à cet égard peut se mesurer au fait qu'étant donné que le maintien de la paix et de la sécurité internationales est l'un des objectifs primordiaux de l'Organisation des Nations Unies et de toutes ses institutions, un moyen primordial d'atteindre cet objectif, à savoir les principes de la justice et du droit international, doit lui-même avoir une importance primordiale. En fait, justice et équité sont des aspects indissociables de la paix elle-même, qui figure au premier rang des objectifs que le droit international vise à atteindre<sup>1</sup>. Le caractère contraignant de cet élément apparaît plus clairement quand on considère aussi que le projet initial de la Charte comportait les mots « *en tenant dûment compte* » de la justice et du droit international, qui ont été remplacés par le mot « *conformément* », car la formule précédente n'a pas été considérée comme suffisamment accentuée<sup>2</sup>.

100. Le préambule de la Charte, également, énonce comme l'une des sources de l'idée même des Nations Unies la résolution des peuples des Nations Unies « à créer les conditions nécessaires au maintien de la justice et du respect des obligations nées des traités et autres sources du droit international ». Shabtai Rosenne invoque à juste titre cet aspect de la question pour faire observer que l'union de l'équité avec le droit et la justice doit en conséquence être considérée comme une « monade » équité-droit-justice (ce qui implique l'absence d'opposition entre ces

<sup>1</sup> Voir *Annuaire de l'AAA*, 1972/1973, vol. 42/43, éditorial de Boutros Boutros-Ghali, p. 4, sur la nécessité pour les juristes internationaux de l'avenir « [d']affronter les problèmes complexes d'un monde nouveau, où le droit international devrait établir une paix durable, juste et équitable ».

<sup>2</sup> *Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, vol. VI, San Francisco, 1945, p. 472.

termes), et non comme la « triade » du droit, de la justice et de l'équité envisagée par Sohn<sup>1</sup>.

101. Il est à peine besoin d'insister sur le fait que toutes les différentes parties de la Charte ont, pour le fonctionnement de la Cour, un caractère tout aussi fondamental que son Statut même, car la Charte et le Statut forment un seul document constituant un tout. Les raisons qu'a la Cour de recourir à l'équité dans la présente affaire comme dans toutes les autres ont donc un caractère impérieux, et elles lui viennent directement de sa source statutaire fondamentale. Il y a lieu de noter en outre que le lien intime qui existe entre la justice et l'équité telles qu'elles ressortent de la Charte des Nations Unies et le droit de la mer a été éloquemment mis en relief par le président de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, H. S. Amerasinghe, lequel, au début même de la conférence, dans son discours d'ouverture en tant que président, a déclaré ce qui suit :

« Si la conférence décide de s'inspirer des principes de la justice et de l'équité et si elle fait preuve d'un esprit d'entente réciproque, de bonne volonté et de compromis, elle se montrera digne des idéaux élevés de la Charte des Nations Unies et transmettra à la postérité ce qui sera peut-être l'un des accomplissements suprêmes de l'Organisation. »<sup>2</sup>

#### h) *L'équité dans la pratique des Etats*

102. Un certain nombre d'exemples de la pratique des Etats ont été fournis à la Cour à l'appui de propositions concernant les positions respectives que les Parties cherchent à en déduire. La pratique des Etats constituerait, dans certaines limites, un élément de preuve du droit international coutumier. Dans la mesure où la pratique des Etats sur laquelle on s'appuie a trait à la délimitation maritime, il importe de noter que des considérations d'équité, telles que le principe de l'équidistance, fournissent souvent l'arrière-plan des négociations entre les Etats en ces matières. Les dispositions auxquelles on aboutit peuvent donc englober des principes équitables. Dans la mesure où la pratique des Etats contribue à l'édification du droit international, celui-ci renfermerait donc, incorporés à sa substance à partir de cette source, certains des principes de l'équité. Il se peut que, ces principes s'étant concrétisés de cette façon, le fait qu'ils ont leur origine dans l'équité soit obscurci, mais nous pouvons néanmoins parfois les reconnaître dans la pratique des Etats qu'ils ont contribué à créer.

<sup>1</sup> S. Rosenne, « The Position of the International Court of Justice on the Foundations of the Principle of Equity in International Law », *op. cit.*, p. 88-89. L'opinion de Sohn est exprimée dans « The Role of Equity in the Jurisprudence of the International Court of Justice », dans *Mélanges Georges Perrin*, 1984, p. 303.

<sup>2</sup> Nations Unies *Documents officiels de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, première session*, 1<sup>re</sup> séance, vol. I, par. 16.

V. *Recours à l'équité à priori et à posteriori*

a) *Le recours positif ou à priori à l'équité en vue de parvenir à un résultat*

103. Le recours positif à l'équité serait évidemment illustré, dans l'arrêt de la Cour, par l'application de concepts d'équité et le recours à des procédures et méthodes équitables en vue de l'obtention d'un résultat équitable.

b) *Le recours négatif ou à posteriori à l'équité pour vérifier un résultat*

104. On a déjà dit un mot de cela dans les paragraphes 31 à 42. On a fait observer alors que l'application du principe de l'équidistance, lui-même principe d'équité, peut à l'occasion produire un résultat qui n'est pas équitable, comme la Cour l'a fait observer plus d'une fois. Dans les cas où il existe une large disproportion entre les côtes, comme dans l'affaire *Libye/Malte*, ce serait là un moyen de recourir à l'équité en ce sens que l'on vérifierait si le résultat est inéquitable. C'est ainsi également que, dans la présente affaire, la très grande disproportion de longueurs des côtes du Groenland et de Jan Mayen a été invoquée pour s'assurer que le résultat obtenu par l'application de principes et méthodes équitables n'est pas en fait inéquitable. On peut en réalité considérer que ce rôle de l'équité « consiste moins à assurer positivement un résultat équitable qu'à éviter négativement une solution inéquitable »<sup>1</sup>, mais il a à la fois une valeur pratique et une justification théorique.

105. Le recours à l'équité ainsi entendu est analogue au recours à l'injustice comme critère de la justice, qui a un long passé dans l'histoire de la pensée philosophique. La justice, par sa nature même, ne se prête pas à une formulation complète, mais l'injustice, par sa nature même, peut souvent être décelée immédiatement. De même, alors que ce qui est équitable peut être impossible à formuler d'avance au moyen d'une série complète de règles<sup>2</sup>, ce qui est inéquitable peut être aisément reconnu comme tel quand on se trouve devant une situation donnée ou quand une proposition doit être pesée.

106. Cette façon de considérer la justice a de lointains ancêtres<sup>3</sup>. Dans l'*Ethique à Nicomaque*, Aristote a écrit, au sujet du sentiment de l'injustice, que : « Les nombreuses formes de l'injustice font apparaître en pleine

<sup>1</sup> Prosper Weil, *Perspectives du droit de la délimitation maritime*, 1988, p. 180.

<sup>2</sup> Cf. Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?* 2<sup>e</sup> éd., Vienne, 1975, p. 43 — « Ich weiss nicht und kann nicht sagen was Gerechtigkeit ist ... und kann nur sagen was Gerechtigkeit für mich ist ». (« Je ne sais pas et je ne peux pas dire ce qu'est la justice ... et peux seulement dire ce que la justice est pour moi. »)

<sup>3</sup> Voir Julius Stone, *Human Law and Human Justice*, 1965, p. 316.

clarté les formes de la justice»<sup>1</sup>, thème également étudié par les juristes modernes<sup>2</sup>. Tandis que la réaction à l'égard du concept de justice est purement contemplative, la façon dont on réagit devant une situation que l'on ressent comme injuste est plus positive<sup>3</sup>. Mettre le sentiment de l'injustice au service de la justice est donc une démarche qui bénéficie d'une puissante justification philosophique. Le «sentiment de l'injustice» est «de caractère en grande partie rétrospectif et correctif», tandis que «les déficiences qu'il permet de percevoir ne peuvent finalement être réparées que par un corps de doctrine dont la nature est prospective et créatrice»<sup>4</sup>. C'est là une illustration du fait que «les théories relatives à la justice, dans toute leur diversité de contenu et de mode de présentation, ne peuvent sans risque être écartées même des préoccupations les plus pratiques»<sup>5</sup>.

107. Pour abréger :

« Nous avons ici devant nous la différence entre, d'une part, la question de la définition de l'équité *in abstracto* et, d'autre part, la question de savoir si une situation, une mesure ou une décision *concrètes* sont équitables. »<sup>6</sup>

108. Cela toutefois ne revient pas à dire qu'il n'est jamais possible de formuler à l'avance des règles d'équité pertinentes applicables à un objet donné. Jusqu'à un certain point, ces règles peuvent être formulées à mesure que mûrit la connaissance juridique du sujet en question, mais elles ne peuvent jamais être formulées totalement, et le sentiment de l'injustice ou le sentiment de l'inéquitable demeureront toujours une aide dans la recherche de la solution équitable.

109. En ce qui concerne la délimitation des frontières, aucun code de justice ou d'équité, aussi précisément formulé soit-il, ne peut envisager à l'avance toutes les possibilités. Toutefois, lorsqu'une solution est présentée, elle peut immédiatement susciter un sentiment d'injustice qui aboutira à la faire rejeter et à rechercher une autre solution qui ne provoque pas la même réaction. Insister sur la nécessité d'une solution équitable et rejeter toute solution qui, bien qu'élaborée conformément à l'équité, est cependant inéquitable, c'est donc une démarche qui trouve un soutien du côté de la philosophie.

<sup>1</sup> *Ethique à Nicomaque*, V.i.5. Voir également le *Commentaire de Thomas d'Aquin sur l'Ethique à Nicomaque*, 5.1, n° 893. Cf. la *République* de Platon, 440C-D.

<sup>2</sup> Voir E. N. Cahn, *The Sense of Injustice*, 1949; Julius Stone, *op. cit.*, p. 316.

<sup>3</sup> Cahn, *op. cit.*, p. 13.

<sup>4</sup> I. Jenkins, «Justice as Ideal and Ideology», dans *Nomos, Justice*, 191, cité dans Stone, *op. cit.*, p. 317.

<sup>5</sup> Stone, *op. cit.*, p. 321.

<sup>6</sup> P. van Dijk, *Nature and Function of Equity in International Economic Law*, Grotiana New Series, 1986, vol. 7, p. 5.

### VI. Les utilisations de l'équité

110. Les utilisations de l'équité sont multiples, et il se peut que plusieurs soient présentes à la fois dans une affaire donnée, telle que celle dont la Cour est saisie. Le meilleur moyen de comprendre cet aspect de l'équité est d'employer les classifications connues du recours à l'équité. Par exemple, l'analyse faite par Oscar Schachter dans le cours de droit international général qu'il a professé à l'Académie de La Haye en 1982 dénombrait cinq utilisations<sup>1</sup>:

- a) équité comme base d'une justice « individualisée » tempérant les rigueurs du droit strict;
- b) l'équité comme introduisant dans le processus des considérations d'impartialité, de raison et de bonne foi;
- c) l'équité comme apportant certains principes spécifiques de raisonnement juridique associés à l'impartialité et à la raison, à savoir l'*estoppel*, l'enrichissement sans cause et l'abus du droit;
- d) l'équité comme fournissant des normes équitables pour l'allocation et le partage de ressources et d'avantages;
- e) l'équité comme approximativement synonyme de justice distributive et visant à satisfaire certaines exigences concernant des dispositions d'ordre économique et social et la redistribution des richesses.

111. A cette liste peuvent être ajoutées quelques autres utilisations telles que celles qui sont énumérées plus loin comme méthodes de mise en œuvre de l'équité. Il peut y avoir un certain chevauchement entre les deux catégories, car certaines de ces utilisations de l'équité peuvent également être considérées comme des méthodes et vice versa.

112. Des cinq catégories énumérées ci-dessus, il est évident qu'au moins les quatre premières sont pertinentes dans la présente affaire :

113. a) Quoique Schachter parle de la « justice individualisée » comme d'une démarche visant à tempérer les rigueurs du droit strict, on peut recourir à l'équité pour parvenir à une « justice individualisée » sans pour autant opérer contrairement à une règle de droit. L'utilisation de l'équité considérée dans ce sens pour la délimitation maritime a été fort bien caractérisée par M. Jiménez de Aréchaga dans l'affaire *Tunisie/Libye*:

« appliquer judiciairement les principes équitables signifie que le tribunal doit rendre la justice, dans le cas concret dont il est saisi, par une décision conçue en fonction de l'ensemble des faits propres à cette affaire et adaptée à ces faits. L'équité n'est ici rien d'autre que le fait de tenir compte de tout un ensemble de circonstances historiques et géographiques dont l'intervention n'affaiblit pas la justice, mais au contraire l'enrichit. » (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 106, par. 24, opinion individuelle.)

<sup>1</sup> Schachter, *op. cit.*, p. 82.

114. Dans de nombreuses affaires de différends maritimes, y compris celle-ci, cet aspect de la question est d'une grande importance, car chaque affaire appelle un traitement individualisé dans le contexte des règles de droit coutumier ou de droit conventionnel qui peuvent être pertinentes. Cela n'implique nullement un conflit avec ces règles, mais une démarche à l'intérieur de celles-ci, comme on le verra plus en détail dans la section de la présente opinion qui concerne l'équité *intra legem*. Ce recours à l'équité pour faciliter l'adaptation de la décision aux « faits propres » à une affaire donnée est très apparent en l'espèce, comme le prouve la diversité des facteurs considérés par la Cour, dont l'un au moins — le facteur concernant les glaces — n'a peut-être jamais été pris en considération auparavant dans la jurisprudence de la Cour.

115. La raison d'être de l'approche individualisée a également été bien formulée par M. Jiménez de Aréchaga dans les termes suivants :

« Le fait que la Cour a autorité pour appliquer des principes équitables ne l'autorise pas à adopter une décision capricieuse dans chaque cas d'espèce, mais à adopter la décision qui, à la lumière des circonstances spécifiques, est juste et équitable pour cette espèce. Ainsi, l'équité est réalisée, non pas simplement par une décision de justice singulière, mais par la justice de cette décision singulière. »<sup>1</sup>

116. *b)* L'équité comme introduisant dans le processus des considérations d'impartialité et de raison intervient elle aussi manifestement dans la présente affaire.

117. *c)* L'équité comme apportant des principes spécifiques de raisonnement juridique a été utilisée aussi, par exemple lorsque la Cour s'interroge sur le point de savoir si le comportement des parties a été tel qu'il donne lieu à un *estoppel*. Cela devient pertinent dans la présente affaire lorsqu'il s'agit de déterminer, par exemple, l'effet de la conduite passée des Parties en ce qui concerne l'équidistance dans la démarcation.

118. *d)* Les normes équitables pour l'allocation et le partage des ressources et des avantages se situent évidemment au cœur même du présent différend et, dans le contexte du partage des ressources naturelles, on a montré par ailleurs dans la présente opinion que l'équité joue un rôle de plus en plus important au plan international.

119. On trouve dans le droit de l'espace et le droit des cours d'eau des analogies qui sont utiles pour analyser le rôle de l'équité en ce qui concerne le partage d'espaces maritimes. Le droit spatial admet cette notion dans le traité sur la Lune de 1979 (accord régissant les activités des Etats sur la Lune et les autres corps célestes), qui prescrit la « répartition *équitable*, entre tous les Etats parties », des avantages résultant des ressources en question, ainsi que dans l'attribution dans l'espace extra-atmosphérique de « fenêtres » ou de « créneaux » pour les satellites

---

<sup>1</sup> E. Jiménez de Aréchaga, « The Conception of Equity in Maritime Delimitation », dans *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, 1987, vol. II, p. 232.

de communication à orbite géostationnaire. Les traités pertinents où il est question de la répartition de ces créneaux, tels que la convention de l'Union internationale des télécommunications, invoquent à cette fin l'équité en faisant référence à l'« accès équitable »<sup>1</sup> en tant qu'objectif à atteindre.

120. Un exemple plus proche, relatif au partage d'une ressource entre deux Etats, se trouve dans les droits des Etats riverains de lacs et de cours d'eau. L'arbitrage intervenu en 1957 entre la France et l'Espagne au sujet du lac Lanoux<sup>2</sup> est une illustration du recours aux principes équitables de bonne foi et d'un juste équilibre entre les intérêts des parties pour déterminer les droits respectifs de deux Etats. Les règles d'Helsinki, adoptées en 1966 par l'International Law Association pour les utilisations des eaux des fleuves internationaux, ainsi que la résolution sur la pollution des fleuves et des lacs (adoptée par l'Institut de droit international en 1979), montrent à quel point l'on a recours à l'équité en matière de partage de ressources.

121. e) L'équité dans le sens de justice distributive et de redistribution des richesses n'entre pas en jeu dans la présente affaire. En ce qui concerne la délimitation maritime, la Cour a eu l'occasion de faire l'observation suivante :

« Certes il n'existe pas de règles rigides quant au poids exact à attribuer à chaque élément de l'espèce; on est cependant fort loin de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ou de la conciliation. Il ne s'agit pas non plus d'un recours à la justice distributive. » (*Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, C.I.J. Recueil 1982, p. 60, par. 71.)

### VII. Comment intervient l'équité

#### a) Mise en balance des intérêts des parties

122. La véritable équité, a-t-on dit, consiste « à tenir en équilibre, autant que possible, les considérations d'équité invoquées par les deux parties »<sup>3</sup>. Dans cette affaire, l'arrêt a tenu compte d'un certain nombre de circonstances et en a apprécié l'incidence d'une manière que l'on peut décrire ainsi. Non seulement cette méthode de faire intervenir l'équité est-elle bien acceptée, mais elle bénéficie amplement de l'appui de la jurisprudence de la Cour et de tribunaux arbitraux dans des affaires de délimitation maritime.

123. Dans l'affaire *Tunisie/Libye*, la Cour a défini sa tâche comme une

<sup>1</sup> M. A. Rothblatt, « Satellite Communication and Spectrum Allocation », *American Journal of International Law*, vol. 76, 1982, p. 56.

<sup>2</sup> *RSA*, vol. XII, p. 281.

<sup>3</sup> Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1987, p. 48-49, citant l'affaire *Pinson* (1928), publiée dans *Jurisprudence de la commission franco-mexicaine des réclamations* (1924-1932), p. 133.

obligation de « peser soigneusement les diverses considérations qu'elle juge pertinentes, de manière à aboutir à un résultat équitable » (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 60, par. 71).

124. M. Jiménez de Aréchaga, dans son opinion individuelle dans la même affaire, a fait observer que :

« Appliquer l'équité signifie donc en fait considérer et mettre en balance les circonstances particulières à l'espèce, de façon à statuer, non pas en appliquant rigidement un certain nombre de règles et principes généraux et de notions juridiques formelles, mais en adaptant et en ajustant ces principes, règles et notions aux faits, aux réalités et aux circonstances de l'espèce. » (*Ibid.*, p. 106, par. 24; voir aussi *ibid.*, arrêt, par. 71 et 107, au sujet de la « mise en balance ».)

La démarche que décrit M. Jiménez de Aréchaga correspond de très près à celle qui a été suivie dans l'arrêt de la Cour.

125. Cette idée de peser les considérations en présence pour parvenir à un résultat équitable remonte très loin en droit international. Les décisions des commissions constituées en application du traité Jay de 1794<sup>1</sup>, et autorisées à recourir à l'équité dans leurs déterminations, ont été analysées comme l'aboutissement du « processus nécessaire d'ajustement, de la mise en balance d'une considération par rapport à une autre »<sup>2</sup>.

126. La mise en balance de toutes les considérations pertinentes est également évoquée dans les affaires de la *Mer du Nord*, où la Cour a observé :

« En réalité 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 et c'est le plus souvent la balance entre toutes ces considérations qui créera l'équitable plutôt que l'adoption d'une seule considération en excluant toutes les autres. » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 50, par. 93.)

127. Le tribunal saisi de l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France*<sup>3</sup> s'est lui aussi donné expressément pour tâche de mettre en balance les facteurs présentés par les deux parties pour déterminer la ligne de délimitation dans la région des îles Anglo-Normandes.

128. Dans un domaine juridique connexe, il est intéressant de comparer aussi l'article V, paragraphe 3, des règles d'Helsinki relatives aux utilisations des eaux des fleuves internationaux, qui contient la méthode suivante :

<sup>1</sup> Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne prévoyant la création de trois commissions mixtes de ressortissants américains et britanniques pour régler un certain nombre de questions faisant l'objet d'un contentieux entre les deux pays.

<sup>2</sup> Analyse de Moore, citée par H. Lauterpacht dans *The Function of Law in the International Community*, 1933, p. 121, note 4; voir aussi p. 132.

<sup>3</sup> Décision du 30 juin 1977, *RSA*, vol. XVIII, p. 223-231, par. 180-202.

« Le poids à accorder à chaque facteur doit être déterminé selon son importance, comparée à celle des autres facteurs pertinents. Pour établir ce qui est une part raisonnable et équitable, tous les facteurs pertinents doivent être considérés ensemble et la conclusion doit se déterminer en fonction du tout. » [Traduction du Greffe.]

b) *Interprétation équitable d'une règle de droit ou d'un traité ou d'un ensemble de faits*

129. L'une des fonctions importantes de l'équité, dans tout processus judiciaire, consiste à offrir un mode d'interprétation. Il peut s'agir d'interpréter une règle de droit, ou un document, voire un ensemble de faits. L'interprétation littérale, attachée à la lettre du droit et au formalisme, s'oppose à l'interprétation libérale, qui s'inscrit dans une optique d'équité. Que ce qui est à interpréter soit une règle de droit, un traité ou une situation de fait, cette double lecture, avec des conséquences fort différentes, est possible.

130. Schwarzenberger énonce cet aspect de l'équité en ces termes :

« La règle de l'équité, telle qu'elle s'est développée, exige que l'on soit raisonnable et de bonne foi dans l'interprétation et l'application des traités. »<sup>1</sup>

131. On pourrait considérer plus précisément qu'il s'agit d'un choix non pas entre deux, mais entre plusieurs interprétations possibles. Ainsi que le dit De Visscher :

« L'équité peut n'être pas une base de décision indépendante : tel est le cas lorsque, dans une sentence qui, par ailleurs, reste fondée sur le droit positif (*infra legem*), le juge choisit entre plusieurs interprétations possibles de la règle celle qui lui paraît la plus conforme aux exigences de la justice, eu égard aux circonstances de l'espèce. »<sup>2</sup>

132. Dans la présente affaire, l'une des principales questions examinées par la Cour a été l'interprétation selon l'équité des « circonstances spéciales » mentionnées dans la convention de 1958.

c) *Moderation de l'application de règles strictes*

133. C'est l'idée aristotélicienne classique de l'équité, décrite par Aristote dans l'*Ethique à Nicomaque* :

« La raison en est que la loi est toujours un énoncé général, et pourtant il existe des cas qu'il n'est pas possible de couvrir dans un énoncé

<sup>1</sup> Scharzenberger, « Equity in International Law », *Yearbook of World Affairs*, 1972, p. 346, 357.

<sup>2</sup> Charles De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, Pedone, 1955, p. 416.

général... Voici la nature essentielle de l'équité : elle corrige la loi lorsque la loi est imparfaite à cause de sa généralité.»<sup>1</sup>

134. L'équité pourrait donc adopter une attitude impérieuse et corriger une règle de droit imparfaite, ou bien en donner une interprétation plus souple ou plus accommodante, en tempérant ainsi sa rigueur sans la contredire. La première attitude est, je l'ai déjà indiqué, impropre au droit international.

135. Mais cet aspect de souplesse, qui est pertinent, est bien illustré par Aristote dans le même ouvrage lorsqu'il compare le caractère indéfini de l'équité à la «règle de plomb utilisée par les maçons de Lesbos», qui «n'est pas rigide, mais peut se plier suivant la forme de la pierre»<sup>2</sup>. Dans le contexte de la délimitation maritime, chaque affaire présente des faits d'une forme différente de toutes les autres, et l'équité s'ajuste en suivant cette forme, comme il l'indique, parce qu'elle est souple, alors qu'une règle rigide ne lui rendrait guère justice. C'est ce que fait l'arrêt dans la présente affaire.

#### d) *Choix d'un principe équitable*

136. Cet aspect touche aux processus judiciaires qui interviennent dans la présente affaire, car les principes (ainsi que les procédures et méthodes) équitables qui peuvent être employés sont nombreux. La Cour, pour les raisons indiquées, a fait son choix entre eux en décidant de la ligne de délimitation qu'elle a arrêtée.

137. Par sa nature même, la fonction judiciaire consiste à choisir entre des principes concurrents qui tous, d'une manière ou d'une autre, sont pertinents dans l'affaire en cause. Les principes que le juge adopte parmi tous ceux qui s'offrent à lui dépendent du poids qu'il accorde à des considérations telles que la pertinence, le rapport direct avec le problème, l'intérêt pratique dans les circonstances de l'espèce, et le degré d'autorité du principe. Voilà des domaines où l'expérience et le discernement du juge lui serviront de guide. En pareils cas, celui-ci trouve une gouverne supplémentaire et importante dans les limites de choix qu'offre le droit, en son sens de la justice, de l'impartialité et de l'équité.

138. En matière de délimitation maritime, abstraction faite de quelques principes spécifiques tels que la règle de l'équidistance-circonstances spéciales (qui sont déjà apparus), il appartient au juge de faire son choix parmi la gamme des principes généraux (et des procédures et méthodes) utilisables, conformément au droit et à son sens de la justice.

139. Voilà encore une illustration de ce que Julius Stone appelle l'«élément de choix évaluateur» qui fait partie intégrante du processus judiciaire<sup>3</sup>. Pour reprendre une autre expression de cet éminent juriste, le juge

<sup>1</sup> Aristote, *Ethique à Nicomaque*, V.x.4 et 6, édition de Loeb, 1934.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Voir Julius Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, 1964, p. 305.

a «des marges de choix»<sup>1</sup> dans le concept d'équité, comme d'ailleurs dans la plupart des domaines du droit. Le fait qu'il s'agisse de droit international plutôt que de droit interne ne modifie pas la nature de ce processus. L'équité n'a jamais été ni ne sera jamais un domaine entièrement objectif de connaissance du droit. Dans les termes d'un ouvrage bien connu : «L'équité peut jouer un rôle spectaculaire de complément au droit ou bien se fondre discrètement dans le raisonnement juridique.»<sup>2</sup>

e) *Exercice du pouvoir discrétionnaire du juge*

140. Certains aspects de cet exercice ont déjà été étudiés dans la mesure où le pouvoir discrétionnaire du juge est lié au choix d'un principe approprié à appliquer. Le pouvoir discrétionnaire du juge intervient également lorsqu'il choisit une solution appropriée à partir d'une gamme de possibilités, qui se présentent toutes également sur la base du raisonnement de la Cour. En fait, cet aspect est particulièrement pertinent en l'espèce car, en théorie, il y aurait un nombre infini de lignes de délimitation possibles dans le cadre des principes que la Cour a décidé de suivre.

141. Cet aspect est encore plus pertinent si l'on considère l'affirmation expresse faite par la Cour au paragraphe 90 de l'arrêt à l'effet que l'ajustement de la ligne médiane «resterait dans les limites du pouvoir discrétionnaire que lui confère la nécessité de parvenir à un résultat équitable». Je m'associe à cette affirmation du pouvoir discrétionnaire de la Cour, car il s'agit d'une énonciation explicite de ce qui est souvent un postulat implicite. Il est indispensable de souligner, si l'on peut emprunter à la fois à la sagesse d'un juge et à celle d'un universitaire en la personne de O. W. Holmes et de Julius Stone, que, dans des affaires comme celle-ci, il n'y a pas de réponse unique qui soit «juste» de manière absolue, comme si le jugement consistait à faire «une addition correcte»<sup>3</sup>. Le juge, à la différence d'un arbitre ou d'un conciliateur, opère à l'intérieur de certains paramètres fixés par le droit<sup>4</sup>. Il exerce son pouvoir discrétionnaire dans les limites de ces paramètres et, lorsqu'il emploie les instruments souples de l'équité, il le fait *infra legem*. Mais, comme dans tout exercice du pouvoir discrétionnaire du juge, il y a une gamme de choix dans un cadre large de limites autorisées. Où se situe son choix dans cette gamme dépend du juge, et comment il le fait dépend des principes directeurs auxquels il a recours. Il ne s'agit pas ici de lacunes du droit, car si le droit peut offrir des principes directeurs, il ne saurait, par sa nature même, couvrir entièrement les innombrables permutations et combinaisons de faits qui se présentent dans une affaire donnée.

<sup>1</sup> Julius Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, 1964, p. 304.

<sup>2</sup> Ian Brownlie, *Principles of International Law*, 4<sup>e</sup> éd., 1990, p. 26.

<sup>3</sup> Julius Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, 1964, p. 305, et O. W. Holmes Jr., «Path of the Law», *Harvard Law Review*, vol. 10, 1987, p. 465-466.

<sup>4</sup> Cette distinction entre la démarche du juge et celle de l'arbitre a été notée par Aristote dans un passage relevé par Grotius (voir ci-dessus p. 233, note 1).

142. L'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge n'est peut-être pas l'un des domaines du droit où règne la plus grande lumière mais, à cet égard, l'équité est par excellence l'un des principaux guides<sup>1</sup> dont un juge peut se servir pour arrêter sa préférence à l'intérieur des marges de choix dont il dispose<sup>2</sup>. L'équité peut ici consister en des principes spécifiques issus d'elle-même, ou s'entendre au sens large et général que j'ai déjà analysé. Dans l'un ou l'autre cas, l'équité peut entrer dans le droit international et contribuer de manière vitale à son développement ultérieur. L'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge à l'intérieur des paramètres prescrits faisant ainsi nécessairement et intrinsèquement partie du processus judiciaire, une juridiction exerçant son pouvoir discrétionnaire dans une affaire comme celle-ci n'outrepasse donc pas sa fonction judiciaire en opérant un choix réfléchi, dans ces limites, selon son sens de ce qui est juste et équitable. Elle n'a pas lieu non plus de s'estimer retenue, dans l'exercice de cette fonction tout à fait légitime, par la crainte de transgresser les limites de la fonction judiciaire. Sous cet angle, tout le spectre des applications, utilisations et méthodes équitables s'étend devant la Cour, lui permettant de faire le meilleur choix, dans la gamme dont elle dispose, dans les limites de son autorité.

f) *Suppléance des lacunes et des interstices du droit*

143. Ce point a déjà été traité dans le contexte de l'équité *praeter legem*.

g) *Application de procédures équitables*

144. J'en ai déjà parlé dans la section I b) ci-dessus.

h) *Application de principes équitables faisant déjà partie du droit*

145. Bien des principes d'équité, tels que l'enrichissement sans cause, la bonne foi, la loyauté contractuelle et l'exercice du droit de propriété de manière à ne pas causer de dommage à autrui, font déjà partie du droit positif. En droit international, la situation est la même. Lorsque l'on

<sup>1</sup> Il pourrait évidemment y en avoir plusieurs autres, surtout dans une instance de droit interne, où un juge peut consciemment ou inconsciemment pencher, par exemple, pour une attitude utilitaire, positiviste analytique ou réaliste ou pour toute autre préférence philosophique, pour prendre sa décision. Voir C. G. Weeramantry, « The Importance of Philosophical Perspectives in the Judicial Process », *Connecticut Journal of International Law*, vol. 6, 1991, p. 599.

<sup>2</sup> Au sujet des marges de choix dans le pouvoir discrétionnaire du juge, voir, de manière générale, Julius Stone, *Human Law and Human Justice*, 1965, p. 304-312. Voir aussi Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, édition révisée de 1969, pour un aperçu des choix existants, qui vont de ce que Fuller appelle la moralité d'aspiration, tout en haut de l'échelle, jusqu'à la moralité du devoir, plus bas. Le juge le plus idéaliste porte son choix plus près du haut de l'échelle que le plus pragmatique. Les sommets de l'échelle ne se prêteraient pas à une utilisation pratique.

applique une telle règle de droit positif, on met donc en œuvre en même temps un principe d'équité. Le moment exact où une règle donnée d'équité est promue règle de droit est souvent difficile à déterminer. Les résultats sont souvent les mêmes, et une recherche plus poussée risque donc d'être un simple exercice théorique.

i) *Utilisation a contrario pour vérifier un résultat*

146. J'en ai déjà traité dans la section V b) ci-dessus.

*VIII. Les stades de l'élaboration d'une décision en équité<sup>1</sup>*

147. Il est peut-être utile, en étudiant un arrêt qui fait intervenir l'équité, d'observer que celle-ci n'a pas été appliquée en bloc, mais selon une démarche prudente et ordonnée comportant une série de stades successifs qui peuvent s'analyser séparément. L'arrêt de la Cour dans la présente affaire recourt à l'équité de cette manière ordonnée et je m'associe à la décision qu'elle a prise à chaque stade. Il est naturellement possible de les analyser différemment, mais les étapes ci-après reflètent peut-être l'approche que la Cour a appliquée au problème.

a) *Définition de la zone en litige*

148. Le début de l'arrêt traite soigneusement de cet aspect assez en détail (par. 21), en précisant les trois zones en cause. L'étendue de la zone pertinente est également indiquée.

b) *La phase préparatoire de la réunion des circonstances pertinentes*

149. Comme dans la présente affaire, la tâche suivante consiste à réunir les circonstances pertinentes. Ce faisant, la Cour apprécie de manière indépendante la pertinence de chacune d'elles. L'arrêt précise celles qu'elle a jugées pertinentes. Les circonstances concrètes dont il s'agit ici sont évoquées dans la partie B de la présente opinion.

150. Lors de cette phase préparatoire, la Cour s'inspire de la procédure équitable qui consiste à étudier chaque élément pertinent pour l'affaire. La détermination de la pertinence ou de l'absence de pertinence d'un fait dépend aussi, naturellement, des règles de droit applicables, car l'équité dont use ici la Cour n'est pas l'équité *contra legem*. Cet aspect est d'une

---

<sup>1</sup> Voir sur cet aspect Michel Virally (« L'équité dans le droit. A propos des problèmes de délimitation maritime », dans *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. II, 1987, p. 526-530), qui établit une division tripartite. Pour une analyse plus développée en cinq parties, voir J. Charney, « Ocean Boundaries between Nations: A Theory for Progress », *op. cit.* Voir aussi, pour une classification en quatre parties: définition de la zone, définition de la méthode, application d'une méthode pratique et évaluation du caractère équitable, M. D. Evans, *Relevant Circumstances and Maritime Delimitation*, 1989, p. 87-88.

importance cruciale pour déterminer par exemple si des circonstances telles que la population ou les facteurs économiques devraient être prises en compte.

c) *La phase de décision*

151. Cette phase a un triple aspect — décisions portant sur les règles appropriées, qu'elles soient de droit ou d'équité, à utiliser; décisions portant sur l'appréciation des faits jugés pertinents visés en *b*); et application des règles de droit ou d'équité à ces faits pour aboutir à un résultat pratique.

152. Une fois déterminées les circonstances pertinentes, il convient d'en apprécier le poids. Par exemple, quel poids faut-il accorder au facteur qui constitue la présence de glaces en l'espèce pour élaborer un principe de partage juste? Quel est son poids, tant intrinsèque que par rapport aux autres facteurs pertinents? Quel poids accorder à la proportionnalité, compte tenu de la disproportion des longueurs de côtes en cause?

153. Ainsi, chaque élément doit être apprécié pour son importance intrinsèque et pour le poids qui lui revient sur la totalité des facteurs pertinents.

d) *La phase de confirmation*

154. La Cour parvient alors à un résultat, mais celui-ci doit être vérifié, car des principes ou des procédures équitables ne se traduisent pas automatiquement par un résultat équitable. Comme on l'a déjà observé, même si l'équidistance peut représenter un principe ou une méthode équitable, elle pourrait conduire à un résultat qui ne le serait pas. Or, un résultat ne doit pas être injuste. Les bases philosophiques de ce concept ont déjà été étudiées à propos du recours à l'équité à posteriori sous la rubrique V ci-dessus.

155. Ce bref aperçu de l'usage de l'équité dans l'arrêt et des différentes démarches possibles pour appliquer l'équité montre la multitude de rubriques et la diversité des modes selon lesquels la Cour peut recourir à l'équité. J'espère aussi que cette analyse aura montré que l'équité ne pouvait manquer d'intervenir dans un problème comme celui dont la Cour est saisie, qu'elle peut jouer un rôle productif, par la décision judiciaire et aussi autrement, pour construire le droit de l'avenir, et enfin que l'équité est une partie intégrante et vitale du droit positif, que l'on ne saurait négliger qu'au détriment du développement du droit.

INCERTITUDES DANS L'UTILISATION DE L'ÉQUITÉ

156. Il est inhérent au fonctionnement de l'équité qu'il existe des incertitudes quant à la portée et au résultat de son application. Je l'ai déjà signalé dans cette opinion. J'étudierai séparément ci-après quelques-

unes des causes de ces incertitudes, plus particulièrement en matière de délimitation maritime, en vue de répondre à la question de savoir si, comme on le dit parfois, l'équité comporte un élément d'incertitude qui en fait un instrument impropre au règlement des revendications des parties dans une affaire comme celle-ci.

a) *Absence de mécanisme de quantification précise*

157. En attendre une plus grande précision, c'est méconnaître la nature même de l'équité<sup>1</sup>. Il nous revient ici l'aphorisme d'Aristote que l'on ne peut pas atteindre plus de précision que le sujet ne le permet. Les éléments de fait qui relèvent de l'équité ne sont, dans la plupart des cas, que rarement quantifiables. L'équité ne dispose d'aucune balance de précision pour peser la conduite humaine, d'aucune unité étalonnée pour mesurer le dosage particulier de facteurs divers que peut présenter une affaire donnée. Le plus souvent, elle procède à une détermination d'ensemble en fonction des principes du droit et de l'expérience humaine et elle n'est pas en mesure de produire, de manière mathématique, un résultat calibré exactement pour répondre aux circonstances, à supposer d'ailleurs qu'un tel résultat soit même possible, compte tenu de la nature du sujet.

158. Aussi, lorsqu'une juridiction traduit, comme dans cette affaire, une conclusion d'équité en une délimitation, ce n'est qu'en fonction d'une appréciation des éléments d'équité, faite d'aussi près qu'elle le peut, et sans prétendre que la délimitation cartographique qui en résulte reflète le rapport exact des éléments d'équité. Des certitudes telles que celles dont on voudrait se prévaloir ici n'existent pas, même dans le domaine du droit, et moins encore dans celui de l'équité<sup>2</sup>.

b) *Manque de précision de la portée de l'équité*

159. La faiblesse apparente de l'équité, en ne se prêtant pas à une définition complète<sup>3</sup> ou à une quantification précise, est en même temps l'une

<sup>1</sup> Selon M. Manley Hudson :

« Les conceptions introduites dans le droit en tant que principes d'équité ne sauraient être énumérées avec précision ; mais il ne faut pas les écarter parce qu'elles sont vagues, car c'est là une qualité que présente le droit international lui-même. » (*The Permanent Court of International Justice, 1920-1942* (réimpression de 1972, introduction de L. B. Sohn), p. 617).

<sup>2</sup> Au sujet de la croyance à la certitude juridique même en droit, par opposition à l'équité, voir Julius Stone, *The Province and Function of Law*, 1946, p. 204-205 :

« La défense de la « certitude » juridique, dans la mesure où elle suppose que l'on peut atteindre la certitude en continuant de suivre de près le développement logique des « principes de droit », revient à défendre ce qui n'a jamais existé. L'apparence de certitude et de stabilité des règles et principes du droit en dissimule l'incertitude réelle. »

<sup>3</sup> O. Schachter, *op. cit.*, p. 82 : « Aucun concept de droit international ne résiste davantage à une définition précise que la notion d'équité. »

de ses forces, en lui donnant la souplesse nécessaire pour apporter une contribution de premier plan à l'évolution du droit. Quoi que nous fassions pour atteindre cet objectif louable qu'est la certitude, celui-ci se dérobe, car

« les plus belles dissertations juridiques sur l'équité ne parviendront pas à éliminer une part peut-être irréductible de ce subjectivisme prétorien... » (*Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, C.I.J. Recueil 1985, p. 90, par. 37, opinion conjointe de MM. Ruda, Bedjaoui et Jiménez de Aréchaga).

Nous avons déjà évoqué dans cette opinion la série de principes féconds que l'équité a apportés au droit international. Ils sont les fruits de sa qualité de souplesse, de son aptitude à répondre à des situations nouvelles, où les précédents juridiques ne sont d'aucun secours, et de sa conformité à la justice et à l'impartialité. De même, ces qualités ne manqueront pas de l'aider à façonner le droit de la délimitation maritime de manière équitable, et chaque décision individuelle fondée sur l'équité, comme dans la présente affaire, peut y contribuer. Le jour où l'équité sera complètement capturée dans une définition ou une formule, sa créativité sera épuisée.

#### c) *Absence de cristallisation des résultats équitables*

160. Dans le domaine spécial du droit de la mer, les concepts d'équité restent en grande partie imprécis, et leurs fondements théoriques peu clairs. Ce n'est que naturel, surtout dans un domaine qui se développe aussi activement, car comme De Visscher l'a noté,

« envisagées du point de vue de la formation historique de leur contenu, les règles de droit ont de tout temps été largement tributaires de l'équité avant de se cristalliser dans l'ordre juridique positif »<sup>1</sup>.

Le danger d'une conceptualisation excessive des principes équitables a d'ailleurs été signalé par cette Cour dans le contexte du droit de la mer<sup>2</sup>, si grand que soit le besoin apparent de concrétiser l'application de l'équité dans ce domaine.

#### d) *Caractère évolutif du droit de la mer*

161. Il convient aussi de noter une autre circonstance qui contribue au manque de sécurité dans ce domaine: les incertitudes de l'équité sont

<sup>1</sup> Charles De Visscher, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, 1972, p. 8-9. Voir également M. D. Blecher, « Equitable Delimitation of Continental Shelf », *American Journal of International Law*, vol. 73, 1979, p. 83-88.

<sup>2</sup> *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, C.I.J. Recueil 1982, p. 92.

aggravées, en ce qui concerne le droit de la mer, par le fait que celui-ci a connu des transformations spectaculaires. Certaines affaires, telles que celles du *Plateau continental de la mer du Nord* de 1969 et celle du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)* de 1982 sont antérieures à la signature de la convention du droit de la mer, alors que d'autres, par exemple l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)* de 1985 et celles de la *Guinée/Guinée-Bissau* de la même année, lui sont postérieures. Des délimitations maritimes comme celles de la présente affaire ressortissent à la fois à la convention de Genève de 1958 et à celle de Montego Bay de 1982, avec tous les changements conceptuels intervenus de 1958 à nos jours.

162. Non seulement cette convention a-t-elle donné une nouvelle dimension à l'applicabilité de l'équité, mais les concepts mêmes auxquels elle s'appliquait — comme celui de la zone économique exclusive — se trouvaient en état d'évolution dynamique. Des concepts nouveaux, inconnus dans les années cinquante, tel celui de la zone économique exclusive, ont pris de l'importance pendant que d'autres, plus anciens, comme celui qui fondait le plateau continental sur un prolongement naturel, en ont perdu. Il n'y a pas lieu de s'étonner que des principes souples, superposés à un sujet aussi mouvant, n'aient pas réussi à produire une plus grande prévisibilité des résultats juridiques.

e) *Le recours à des procédures axées sur les faits plutôt que sur les règles*

163. Il est un aspect important que la Cour doit examiner dans des affaires de délimitation maritime : la mesure dans laquelle elle devrait s'attacher aux faits, variables, de chaque cas d'espèce plutôt qu'à la recherche de règles prépondérantes, communes à toutes les affaires<sup>1</sup>. La doctrine qualifie le premier cas de procédure axée sur les faits plutôt que sur les règles et observe que l'attachement aux procédures du premier type est une cause supplémentaire d'incertitude dans ce domaine du droit. Toutefois, le genre de recherches que demande la présente affaire exige nécessairement que l'on fasse largement appel aux procédures axées sur les faits. Au surplus, la cristallisation des règles équitables relatives à la délimitation n'a pas encore atteint une maturité suffisante pour être un guide fiable en toutes circonstances<sup>2</sup>. Les procédures axées sur les faits doivent donc continuer à jouer un rôle significatif dans les délimitations maritimes.

164. L'histoire de la délimitation maritime a effectivement vu des tentatives de réduire la solution de ce problème à des procédures axées sur des règles énoncées avec une précision quasi mathématique<sup>3</sup>. Les efforts

<sup>1</sup> Schachter, *op. cit.*, p. 87.

<sup>2</sup> Voir, de manière générale, Schachter, *ibid.*

<sup>3</sup> La meilleure illustration en est peut-être fournie par les suggestions de J. L. Azcárraga, trois pages de formules mathématiques intitulées « Nuestra Fórmula Matemática », dans *La Plataforma Submarina y el Derecho Internacional*, 1952, p. 82-84. Ces formules attribuent différentes étendues de plateau selon trois facteurs fixes : nombre d'habitants, longueur de côte et superficie du territoire.

déployés à un moment pour ériger le concept d'équidistance en règle rigide ont représenté une autre tentative de recours à des solutions axées sur les règles en vue d'obtenir une certitude prévisible du résultat.

165. Le caractère intrinsèquement limité de ces formules est clair, surtout compte tenu de l'évolution ultérieure, qui a révélé la pertinence de nombreux facteurs, dont certains n'avaient peut-être pas été prévus, et dont quelques-uns — comme la conduite des États — ne sauraient absolument pas faire l'objet d'évaluations préétablies. Les concepts juridiques ne peuvent donc pas être ainsi enfermés dans la rigueur de méthodes mathématiques.

PARTIE B. MENTIONS PARTICULIÈRES DE L'ÉQUITÉ  
EN MATIÈRE DE DÉLIMITATION MARITIME

*Reconnaissance de longue date de l'équité en droit de la mer*

166. En dehors de son applicabilité générale en droit international, qui la ferait intervenir de toute manière dans des différends relevant du droit de la mer, l'équité a aussi été expressément incorporée au droit de la mer par voie de traités, de proclamations et de décisions judiciaires et arbitrales et par la pratique des États. Elle a été ainsi incorporée depuis longtemps au droit de la mer. Cet aspect est traité dans l'arrêt de la Cour et je me contenterai de l'aborder dans ses grandes lignes. Il suffit ici de rappeler que sa mention dans la proclamation Truman (du 28 septembre 1945) a coïncidé avec la naissance de la doctrine du plateau continental. En déclarant que, lorsque le plateau continental s'étendait vers les côtes d'un autre État ou était partagé avec un autre État, la délimitation devait être *conforme à des principes équitables*, cette proclamation a donné une première indication importante que le droit de la mer, dans sa phase de formation, serait lourdement tributaire de l'équité.

167. La convention de Genève de 1958, dont je parlerai plus loin, a fait date. Mais avant même celle-ci, le régime de l'équité dans ce domaine était bien établi :

« Il est généralement admis que, dans la pratique des États antérieure à la conférence de Genève de 1958, on avait tendance à parler, en termes très généraux, de délimiter les plateaux continentaux selon des « principes équitables »... » (affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J. Recueil 1969, p. 91, opinion individuelle de M. Padilla Nervo.)

168. Dans la jurisprudence de cette Cour en matière de différends maritimes, l'approche basée sur l'équité a été reconnue en 1951 dans l'affaire des *Pêcheries* anglo-norvégiennes<sup>1</sup>. Le développement de cette

<sup>1</sup> C.I.J. Recueil 1951, p. 142; voir aussi S. Rosenne, *The International Court of Justice*, 1957, p. 427-428.

tendance, par une série d'affaires<sup>1</sup> qui s'est prolongée jusqu'aux décisions les plus récentes de la Cour, a consacré l'équité en tant que facteur fondamental de droit dans ce domaine. Cette tendance ressort également des décisions arbitrales<sup>2</sup>.

169. Au cours des délibérations qui ont eu lieu à la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, le rôle de l'équité dans le contexte du droit de la mer s'est peu à peu fait admettre, jusqu'à s'y implanter comme principe cardinal dans le projet final de la convention, aux articles 74 et 83. En acquérant ce statut, l'équité a supplanté d'autres critères qui avaient été suggérés, comme celui de l'équidistance, qui faisait figure, dans des projets antérieurs, de considération principale en matière de délimitation. En fait, un profond souci pour les considérations d'équité imprègne toute la convention (voir art. 160, par. 2, al. *d*); 161, par. 1, al. *e*); 162, par. 2, al. *d*); 163, par. 4; 274, al. *a*)).

170. L'équité a pris tant d'importance à cet égard qu'on l'a présentée comme « gagnant actuellement du terrain en tant que principe central de la délimitation maritime au détriment de la règle de l'équidistance-circonstances spéciales de 1958 »<sup>3</sup>.

#### *L'équité dans la convention de Genève de 1958*

171. La convention de Genève de 1958 sur le plateau continental prévoit à l'article 6 que dans le cas où un même plateau continental est adjacent aux territoires de deux États dont les côtes se font face, la délimitation du plateau continental entre ces États est déterminée par accord entre ces États :

« A défaut d'accord, et à moins que des circonstances spéciales ne justifient une autre délimitation, celle-ci est constituée par la ligne médiane dont tous les points sont équidistants des points les plus proches des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale de chacun de ces États. »

172. M. Oda a fait observer que, même si elle n'est pas expressément mentionnée à l'article 6, l'idée d'une solution équitable est à la base de cette disposition<sup>4</sup>, qui peut être considérée comme ayant peut-être indirectement fait entrer l'équité dans la délimitation.

<sup>1</sup> Affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J. Recueil 1969, p. 3; affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, C.I.J. Recueil 1982, p. 18; affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, C.I.J. Recueil 1984, p. 246; et affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, C.I.J. Recueil 1985, p. 13.

<sup>2</sup> Voir en particulier les décisions du tribunal arbitral dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France*, RSA, vol. XVIII, p. 130 et suiv.; et *Arbitrage entre l'Argentine et le Chili concernant le canal de Beagle*, *International Legal Materials*, 1978, p. 36 et suiv.

<sup>3</sup> H. W. Jayewardene, *Regime of Islands in International Law*, 1990, p. 316.

<sup>4</sup> *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, C.I.J. Recueil 1982, p. 246, par. 144, opinion dissidente de M. Oda.

173. Cet article donne deux indications quant au domaine sur lequel la Cour doit s'interroger :

- i) existence d'un accord éventuel entre les parties, et
- ii) à défaut d'accord, justification d'une ligne autre que la ligne médiane en raison de circonstances spéciales.

174. Il se pose sous chacune de ces rubriques des questions qui méritent réflexion.

175. Au titre du premier point, il y a l'accord de 1965 entre la Norvège et le Danemark, qui est examiné dans l'arrêt de la Cour. Je partage respectueusement la conclusion de la Cour, à savoir que cet accord ne se rapporte pas à la zone maritime en litige dans la présente affaire.

176. Quant au second point, la Cour a entendu des arguments portant sur plusieurs facteurs : effectifs relatifs des populations, proportionnalité des côtes, masses terrestres respectives et importance économique de la zone pour la côte correspondante, pour n'en citer que quelques-uns. Je traiterai de ces questions plus loin dans la présente opinion. Aucun de ces facteurs, selon moi, ne peut être exclu *in limine* au nom d'un principe général de non-pertinence d'une quelconque catégorie de facteurs.

177. Ainsi que l'a observé le tribunal arbitral dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France*, en 1977 :

« le rôle de la condition relative aux « circonstances spéciales », posée à l'article 6, est d'assurer une délimitation équitable ; en fait, la règle combinant « équidistance-circonstances spéciales » constitue l'expression particulière d'une norme générale suivant laquelle la limite entre des Etats qui donnent sur le même plateau continental doit, en l'absence d'accord, être déterminée selon des principes équitables »<sup>1</sup>.

#### *L'équité dans la convention de Montego Bay de 1982*

178. La formule de la « solution équitable » qui figure dans la convention (art. 71, par. 1, et 83, par. 1) — compromis entre celle que préconisaient les tenants de l'équidistance<sup>2</sup> et celle que proposaient ceux des principes équitables<sup>3</sup> — a constitué une autre reconnaissance encore du rôle de l'équité.

<sup>1</sup> RSA, vol. XVIII, p. 175, par. 70.

<sup>2</sup> « La délimitation de la zone économique exclusive/du plateau continental entre Etats limitrophes ou qui se font face se fait par voie d'accord en utilisant, comme principe général, la ligne médiane ou la ligne d'équidistance compte tenu, quand cela est justifié, de tous les facteurs particuliers. » (Doc. NG7/2/Rev.2, 28 mars 1980, cité par Brown, « Delimitations of Offshore Areas: Hard Labour and Bitter Fruits at UNCLOS III », *Marine Policy*, 1981, p. 180.)

<sup>3</sup> « La délimitation de la zone économique exclusive entre Etats limitrophes et/ou se faisant face se fait par voie d'accord, conformément à des principes équitables, compte tenu de tous les facteurs pertinents et en utilisant, le cas échéant, toutes méthodes permettant d'aboutir à une solution équitable. » (Doc. NG7/10/Rev.2, 28 mars 1980, cité par Brown, *op. cit.*)

179. Comme le note un ouvrage contemporain sur le régime des îles en droit international :

« L'aspect le plus frappant de cette disposition [sur la zone économique et le plateau continental dans le texte unique de négociation officieux] était l'abandon du modèle équidistance-circonstances spéciales de 1958 en faveur d'une formule fondée sur le principe de la délimitation équitable. »<sup>1</sup>

180. Le fait que les deux groupes aient accepté<sup>2</sup> un libellé comportant l'expression « une solution équitable » malgré les grandes disparités de leurs positions respectives donne à l'équité une place spécialement importante dans ce domaine délicat et controversé du droit international, ce qui rend particulièrement nécessaire une étude plus approfondie de toutes les incidences du libellé ainsi adopté<sup>3</sup>.

*La liste des catégories des facteurs pertinents n'est pas close*

181. Aux paragraphes 122 à 128 ci-dessus, consacrés à l'emploi de l'équité sous forme d'une mise en balance des intérêts des parties, j'ai analysé la manière dont les différentes circonstances pertinentes sont pesées les unes par rapport aux autres. J'y ai évoqué les affaires de la *Mer du Nord*, où l'on a dit qu'il n'y avait pas de limites juridiques aux considérations que les Etats prennent en compte à cette fin<sup>4</sup>. Et de même, dans l'affaire *Libye/Malte*, la Cour a observé :

« En effet, bien qu'il n'y ait certes pas de liste limitative des considérations auxquelles le juge peut faire appel, de toute évidence seules pourront intervenir celles qui se rapportent à l'institution du plateau continental telle qu'elle s'est constituée en droit, et à l'application de principes équitables à sa délimitation. » (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 40, par. 48.)

182. Il n'est pas possible d'en dresser une liste complète, ne serait-ce que parce que chaque affaire est unique et que l'on ne peut jamais prédire quelles circonstances peuvent survenir ou prendre de l'importance dans

<sup>1</sup> H. W. Jayewardene, *The Regime of Islands in International Law*, 1990, p. 320.

<sup>2</sup> Voir Nations Unies, *Documents officiels de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. XV, p. 42-46, pour la discussion du texte de compromis établi par le président, et pour son acceptation par les deux groupes concernés.

<sup>3</sup> Il n'y a pas lieu de débattre ici la question de savoir si les dispositions de la convention ont acquis force de droit international coutumier. Cette question n'est pas sans prêter à controverse (voir Jennings, « Law Making and Package Deal », dans *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, 1981, p. 347-355 ; L. A. Howard, « The Third UN Conference on the Law of the Sea and the Treaty/Custom Dichotomy », *Texas International Law Journal*, 1981, vol. 16, p. 321-345 ; H. Caminos et M. R. Molitor, « Progressive Development of International Law and the Package Deal », *American Journal of International Law*, 1985, vol. 79, p. 871-890 ; et M. C. W. Pinto, « Maritime Security and the 1982 UN Conference on the Law of the Sea », *Maritime Security, The Building of Confidence*, UNIDIR, 1993, p. 40-46.

<sup>4</sup> *C.I.J. Recueil 1969*, p. 50, par. 93.

les litiges inconnus de l'avenir. De plus, chaque circonstance, comme la conduite des Etats ou la sécurité nationale, peut varier de manière infinie et, le plus souvent, représente un amalgame de facteurs qui doivent eux-mêmes être appréciés et évalués. En disant que chaque cas concret est un « *unicum* »<sup>1</sup>, la Cour a bien exprimé cette individualité.

183. Il est à noter que si les règles d'Helsinki de 1961 sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux comportaient à l'article V, paragraphe 2, une liste de facteurs pertinents, celle-ci est expressément présentée comme non limitative.

184. A partir de ces observations préliminaires, dans quelle mesure peut-on progresser sur la voie de l'élaboration de principes équitables en matière de délimitation maritime ?

185. Puisqu'« il n'y a pas de limites juridiques aux considérations que les Etats peuvent examiner »<sup>2</sup>, il semblerait, par exemple, qu'elles ne peuvent se restreindre à ce qui est purement géographique. Des facteurs géographiques peuvent peut-être servir de point de départ pour une recherche de cette nature, et il est légitime d'en souligner l'importance. Toutefois, la solution équitable que donne le recours aux principes de l'équité ne s'obtient pas en appliquant simplement des principes fondés sur la géographie, comme celui de l'équidistance. Dans notre empressement à concrétiser des principes équitables en les reliant à des données démontrables et quantifiables, comme les données géographiques, nous risquons peut-être d'exclure des considérations importantes qui touchent à l'équité. La précision d'un principe est à n'en pas douter une valeur importante à rechercher<sup>3</sup>, mais elle risque de coûter trop cher aux débuts du développement d'un concept juridique.

186. Parmi les facteurs pris en considération dans l'affaire *Tunisie/Libye* se trouvaient non seulement des facteurs géographiques mais aussi des éléments historiques et politiques. Il s'agissait notamment de l'histoire de l'adoption des législations pétrolières des parties et de l'octroi de concessions pétrolières successives<sup>4</sup>, ainsi que des indices existant au sujet de la ligne ou des lignes que les parties elles-mêmes avaient pu considérer ou traiter en pratique comme équitables<sup>5</sup>.

187. Lorsque l'on s'aventure en dehors des domaines de la géographie et de la géologie pures, on rencontre des considérations d'une importance capitale dans le monde réel, par exemple la population, la sécurité, l'histoire, l'utilité pratique, le statut politique et la dépendance économique.

<sup>1</sup> C.I.J. Recueil 1984, p. 290, par. 81.

<sup>2</sup> Affaires du Plateau continental de la mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969, p. 50, par. 93.

<sup>3</sup> Voir Shigeru Oda, « Delimitation of a Single Maritime Boundary », dans *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. II, 1987, p. 349.

<sup>4</sup> Voir Plateau continental (*Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne*), C.I.J. Recueil 1982, p. 83, par. 117.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 84, par. 118. Voir aussi Jiménez de Aréchaga, « The Conception of Equity in Maritime Delimitation », dans *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. II, 1987, p. 232.

Ces facteurs auront indubitablement une valeur différente selon chaque affaire, leur influence variant du minime à l'extrême, et il conviendra d'en tenir compte et de les apprécier.

188. Dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France*, le Royaume-Uni a tiré argument de la démographie et de l'économie<sup>1</sup> et, bien que le tribunal n'ait pas considéré que ces aspects exerçassent une influence décisive sur la délimitation, il a estimé qu'ils pouvaient étayer et renforcer, mais non contredire, les conclusions déjà déduites des éléments géographiques, politiques et juridiques<sup>2</sup>. Pour citer encore une fois M. Jiménez de Aréchaga :

« Toutes les circonstances pertinentes doivent être envisagées et mises en balance; chacune d'entre elles doit jouer son rôle et c'est l'effet réciproque qu'elles peuvent avoir l'une sur l'autre qui fournit la solution équitable correcte dans chaque cas. » (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 109, par. 35.)

189. L'équité était par définition même le processus qui permettait de prendre en considération des situations qui ne pouvaient être couvertes expressément par une règle de droit lorsque l'application purement mécanique de cette règle les aurait exclues. Ce serait nier cette souplesse qui est une caractéristique de l'équité que d'y introduire, à ce stade précoce du développement de la démarcation maritime, l'élément de rigidité que la doctrine de l'équité visait justement à éviter. Ainsi que la Cour l'a observé dans l'affaire *Tunisie/Libye*, il faut se garder d'une conceptualisation excessive de l'application des principes et règles relatifs au plateau continental (*ibid.*, p. 92, par. 132).

### *Le principe de l'équidistance*

190. Il faut examiner quel est le statut à accorder à la méthode de l'équidistance étant donné que la Norvège y fait une large place, non seulement en tant que telle, mais aussi dans le contexte de l'accord conclu en 1965 entre les Parties.

191. D'une manière générale, cette règle peut être située à trois niveaux différents :

- i) celui d'une règle qui est obligatoire soit en droit international coutumier, soit si les parties sont liées par la convention, à défaut d'accord ou si d'autres circonstances ne justifient pas l'application d'une règle différente;
- ii) celui d'une règle qui a priorité par rapport aux autres facteurs équitables dont on doit tenir compte;
- iii) et celui d'une règle qui est sur un plan d'égalité avec les autres facteurs équitables.

<sup>1</sup> *RSA*, vol. XVIII, p. 219-220, par. 171-173.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 226, par. 188.

i) *Est-ce une règle obligatoire ?*

192. Dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour, tout en considérant que la règle de l'équidistance était une méthode extrêmement pratique dont l'emploi était indiqué dans un grand nombre de cas, a conclu qu'elle n'était pas une règle obligatoire de droit international coutumier (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 46, par. 83, p. 53, par. 101) et qu'elle n'était pas non plus liée de façon inhérente et nécessaire à la doctrine du plateau continental (*ibid.*, p. 35-36). Plaçant la règle dans le contexte de ses origines, qui était celui de l'équité, la Cour a observé :

« [L'opinion des juristes] a procédé, et elle n'a cessé de procéder, de deux convictions : en premier lieu il était peu probable qu'une méthode de délimitation unique donne satisfaction dans toutes les circonstances et la délimitation devait donc s'opérer par voie d'accord ou d'arbitrage ; en second lieu la délimitation devait s'effectuer selon des principes équitables. C'est en raison de la première conviction que la Commission a donné priorité à la délimitation par voie d'accord dans le projet qui est devenu l'article 6 de la convention de Genève et c'est en raison de la seconde conviction qu'elle a introduit l'exception des « circonstances spéciales ». Les documents montrent cependant que, même avec ces atténuations, les doutes ont persisté, en particulier sur le point de savoir si le principe de l'équidistance se révélerait équitable dans tous les cas. » (*Ibid.*, p. 36, par. 55.)

193. Ce point a également été précisé dans l'affaire du *Golfe du Maine* :

« La Chambre ne peut donc que conclure, sous cet angle, que les dispositions de l'article 6 de la convention de 1958 sur le plateau continental, tout en étant en vigueur entre les Parties, ne comportent pas pour ces dernières, ni pour la Chambre, une obligation juridique de les appliquer à la délimitation maritime unique qui fait l'objet du présent procès. » (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 303, par. 125.)

194. La Cour a, en quelques mots, résumé la jurisprudence à cet égard en observant dans l'affaire *Libye/Malte* :

« La Cour ne saurait admettre que, même comme étape préliminaire et provisoire du tracé d'une ligne de délimitation, la méthode de l'équidistance *doive* forcément être utilisée... » (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 37, par. 43.)

195. Si la règle doit être obligatoire en vertu de la convention, c'est seulement à défaut d'accord, et si des circonstances spéciales ne justifient pas l'application d'une règle différente. Quand il existe des circonstances spéciales, comme dans la présente affaire, la règle de l'équidistance ne peut en tout cas pas être obligatoire.

196. S'il se peut que la règle de l'équidistance soit fondamentalement équitable dans sa conception et dans son origine, elle est par nature et par définition d'une rigidité qui va à l'encontre de la souplesse de l'équité, qui

permet à celle-ci de s'adapter aux circonstances variables et imprévisibles qui sont le propre de chaque affaire particulière.

ii) *A-t-elle priorité sur les autres facteurs ?*

197. La Cour s'est également exprimée sur ce point dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, lorsqu'elle a déclaré que cette règle n'avait pas un statut privilégié par rapport aux autres méthodes<sup>1</sup>. La pratique des Etats, ainsi que l'a observé la Cour, montrait que cette règle était fréquemment employée mais aussi que, dans bon nombre de cas, d'autres critères avaient été retenus quand il s'avérait qu'ils offraient un meilleur moyen de parvenir à un accord.

198. Comme l'a observé la Chambre dans l'affaire du *Golfe du Maine* : « Il n'y a pas non plus une méthode dont l'on puisse dire absolument qu'elle doit être prise en considération en priorité » (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 315, par. 163).

199. Dans l'affaire *Libye/Malte*, la Cour a observé 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 » (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 48, par. 65).

iii) *Est-elle sur un plan d'égalité avec les autres facteurs ?*

200. L'examen qui précède montre que la règle de l'équidistance, pour importante qu'elle soit, est l'un des multiples facteurs à prendre en considération dans une affaire de délimitation. On dira de ces facteurs qu'ils peuvent prendre une importance différente suivant le contexte de chaque affaire, mais qu'il n'existe entre eux aucune hiérarchie. Tel était le cas sous le régime de la convention de 1958 mais, après la convention de 1982, ce point est devenu encore plus clair.

201. Il est peut-être significatif que la règle de l'équidistance ne figure pas à l'article 74 ni à l'article 83 de la convention de 1982 sur le droit de la mer, alors que le texte unique de négociation révisé de 1976<sup>2</sup> et le texte de négociation composite officieux de 1977<sup>3</sup> ainsi que les deux versions révisées de ce dernier mentionnaient l'emploi, « le cas échéant »<sup>4</sup>, de la ligne médiane ou de la ligne d'équidistance.

202. Le tribunal arbitral qui a statué en 1977 dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France* a situé la règle de l'équidistance dans son contexte en observant que :

<sup>1</sup> *C.I.J. Recueil 1969*, p. 45-46, par. 82.

<sup>2</sup> Voir Nations Unies, *Documents officiels de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. V, p. 176 et 178. Les articles 74 et 83 étaient alors numérotés 62 et 71, respectivement.

<sup>3</sup> *Ibid.*, vol. VIII, p. 17-19.

<sup>4</sup> *Ibid.*, vol. XIII, p. 86.

« même sous l'angle de l'article 6 [de la convention de 1958], ce sont les circonstances géographiques et autres qui, dans chaque espèce, indiquent et justifient le recours à la méthode de l'équidistance comme étant le moyen de parvenir à une solution équitable, plutôt que la vertu propre de cette méthode qui ferait d'elle une règle juridique de délimitation »<sup>1</sup>.

Le tribunal a poursuivi en observant que l'application de la méthode d'équidistance, comme de toute autre méthode, « dépend des circonstances pertinentes, géographiques et autres, du cas d'espèce »<sup>2</sup>.

203. La position d'égalité où se trouve la méthode de l'équidistance par rapport aux autres a été bien exprimée en 1985 par le tribunal arbitral dans le différend entre la Guinée et la Guinée-Bissau :

« Le tribunal estime pour sa part que l'équidistance n'est qu'une méthode comme les autres et qu'elle n'est ni obligatoire ni prioritaire, même s'il doit lui être reconnu une certaine qualité intrinsèque en raison de son caractère scientifique et de la facilité relative avec laquelle elle peut être appliquée. »<sup>3</sup>

#### *Le principe des « circonstances spéciales »*

204. « Toutes les propositions faites à la conférence de Genève sur le droit de la mer en vue d'éliminer la référence aux « circonstances spéciales » et de faire de la méthode de l'équidistance la règle unique ont été rejetées à une grande majorité. » (*Plateau continental de la mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 93, opinion individuelle de M. Padilla Nervo.) Il est facile de le comprendre si l'on considère

« que, malgré ses avantages reconnus, la méthode de l'équidistance aboutit dans certaines conditions géographiques assez fréquentes à créer une incontestable inéquité... » (*ibid.*, arrêt, p. 49, par. 89).

205. Ce principe est l'expression de la règle d'équité procédurale qui veut que toutes les circonstances matérielles pertinentes pour la question dont il s'agit soient prises en considération pour parvenir à un résultat équitable et qu'aucune circonstance juridiquement pertinente ne soit omise en l'absence de motifs contraignants à cet effet.

206. Ainsi que l'a observé le tribunal arbitral dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France* en 1977 :

« le rôle de la condition relative aux « circonstances spéciales », posée à l'article 6, est d'assurer une délimitation équitable ; en fait, la règle combinant « équidistance-circonstances spéciales » constitue

<sup>1</sup> *RSA*, vol. XVIII, p. 175-176, par. 70.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 188, par. 97.

<sup>3</sup> *Revue générale de droit international public*, t. 89, 1985, p. 525, par. 102.

l'expression particulière d'une norme générale suivant laquelle la limite entre des Etats qui donnent sur le même plateau continental doit, en l'absence d'accord, être déterminée selon des principes équitables»<sup>1</sup>.

207. Chaque affaire est différente et, s'il existe des principes directeurs généraux comme l'application du principe de l'équidistance en l'absence d'autres facteurs ou de facteurs concurrents, il appartient à la Cour de déterminer dans chaque cas les facteurs appropriés à prendre en compte et le poids à leur accorder. L'histoire de la délimitation maritime est trop récente pour que la Cour puisse définir des principes déterminants en ce qui concerne l'importance relative d'un facteur par rapport à un autre. En procédant ainsi au cas par cas, il est tout à fait possible qu'avec le temps se dégagent certains principes directeurs.

*Le principe des « circonstances pertinentes »*

208. Comme l'a observé en 1977 le tribunal arbitral dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France*:

« Qu'on se place sous l'angle de la convention de 1958 ou sous celui du droit coutumier, le choix de la méthode ou des méthodes de délimitation doit donc être fait dans chaque cas à la lumière de ces circonstances [c'est-à-dire, les circonstances géographiques et autres circonstances pertinentes de chaque espèce particulière] et sur la base de la règle fondamentale qui veut que la délimitation soit conforme à des principes équitables. »<sup>2</sup>

209. Il convient aussi de souligner, avant d'aborder l'examen de chacun de ces facteurs, que ceux-ci ne devront pas être envisagés du point de vue de la Norvège ou du Danemark, mais de celui des deux territoires en question — Jan Mayen et le Groenland — comme si ceux-ci étaient des territoires indépendants en concurrence pour des droits sur des espaces maritimes, car il est clair que les droits dont peuvent à cet égard bénéficier ces territoires sont engendrés par leurs côtes pertinentes et non par leur appartenance à une entité politique plus large.

210. Je suis d'accord avec l'analyse approfondie et l'évaluation globale qu'a faites la Cour des divers facteurs pertinents qu'elle a énumérés. Cela étant, je désire cependant souligner que l'examen ne devrait pas se limiter aux facteurs de nature géophysique.

211. Il se dégage dans chaque affaire une combinaison variée de facteurs à prendre en considération. Outre que cette combinaison n'est jamais la même, chaque facteur, tel que la population ou l'économie, s'y présente naturellement de manière différente. Par exemple, le facteur population pourra dans une affaire être peu pertinent, voire pas du tout, et

<sup>1</sup> *RSA*, vol. XVIII, p. 175, par. 70.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 188, par. 97.

assumer dans une autre une importance considérable. Il en est de même pour les facteurs économiques ou d'ailleurs tout autre facteur que l'on pourrait imaginer. Dire, en généralisant, que la population ou l'économie sont dénuées de pertinence parce qu'à la différence des configurations géophysiques ces facteurs peuvent changer avec le temps est juridiquement insoutenable et contraire à la souplesse qui est le propre de l'équité.

212. En d'autres termes, je souscris respectueusement aux conclusions auxquelles est parvenue la Cour sur les différents points qui étaient à considérer dans cette affaire. L'accès aux ressources halieutiques est une question à laquelle la Cour, à juste titre, a accordé une attention et un soin particuliers, et je suis d'accord avec cette démarche ainsi qu'avec l'effet qui en est résulté pour l'ensemble de la délimitation. J'ajouterai cependant quelques observations au sujet de certains des facteurs qui ont été examinés.

#### a) *La population*

213. Par exemple, tout en étant d'accord sur le poids que la Cour attribue au facteur population dans la présente affaire, je tiens à souligner que l'on ne peut généraliser et affirmer que le facteur population est dans tous les cas dénué de pertinence.

214. On peut imaginer la situation d'une côte qui aurait fait vivre une population nombreuse pendant plusieurs siècles et où la côte lui faisant face n'abriterait aucune population et aurait été inhabitée de mémoire d'homme. Des situations de ce genre doivent être examinées individuellement et ne peuvent pas être ignorées au nom d'un principe général qui voudrait que le facteur population soit dénué de pertinence. Une telle approche serait contraire aux principes et aux procédures équitables.

215. On peut aussi mentionner à cet égard l'arbitrage franco-britannique, en relevant que parmi les facteurs invoqués par le Royaume-Uni figurait le fait que les îles Anglo-Normandes étaient « des îles peuplées, d'une certaine importance politique et économique »<sup>1</sup>. Le tribunal a déclaré reconnaître « que les considérations d'équité invoquées par le Royaume-Uni ont un certain poids »<sup>2</sup>.

216. Il est vrai que des facteurs comme la population ou l'absence de population peuvent évoluer avec le temps. Il se peut qu'un territoire aujourd'hui désolé et inhabité devienne dans une certaine d'années le foyer d'une population nombreuse et prospère, ou qu'une population actuellement florissante se voie réduite dans quelques générations, pour des raisons impossibles à prévoir, à une poignée d'habitants survivant à grand-peine. De tels facteurs sont inhérents à la nature de la vie et des établissements humains mais cette incertitude ne doit pas, selon moi, entraîner leur exclusion totale au nom d'un principe général et prééminent qui serait applicable dans tous les cas.

<sup>1</sup> *RSA*, vol. XVIII, p. 229, par. 197.

<sup>2</sup> *Ibid.*, par. 198.

217. Lorsque la convention sur le droit de la mer a énoncé au paragraphe 3 de son article 121 que les rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre n'ont pas de zone économique exclusive ni de plateau continental, elle exprimait peut-être la notion suivant laquelle la population et la vie économique sont pertinentes pour la possession de titres à une zone économique exclusive et à un plateau continental. Elle n'excluait pas du bénéfice de ces titres les rochers en eux-mêmes mais les rochers ne pouvant se prêter à l'habitation humaine ou à une vie économique propre et indiquait ainsi l'importance de ces facteurs pour la possession, le cas échéant, d'un titre à une zone économique exclusive et à un plateau continental.

218. La convention sur le droit de la mer ne peut pas avoir dans ses différentes parties adopté une logique différente sur cette question fondamentale, et si la population et la vie économique y sont considérées comme des facteurs essentiels et déterminants en ce qui concerne la possibilité pour des rochers de se voir attribuer ces titres, elle ne peut pas avoir considéré que la population et la vie économique sont dénuées de pertinence et doivent être ignorées dans le cas d'autres configurations géographiques.

#### b) *Les facteurs économiques*

219. Il en est de même des facteurs économiques. A cet égard, il faut observer qu'il s'agit d'un domaine dans lequel la jurisprudence de la Cour n'a pas été jusqu'ici concluante, malgré la tendance de récentes décisions à ne pas accorder de pertinence aux facteurs économiques. Dans l'affaire du *Golfe du Maine*<sup>1</sup>, où le différend portait manifestement sur des ressources, le Canada a mis en avant la préservation des pratiques de pêche établies depuis dix à quinze ans tandis que les Etats-Unis d'Amérique soutenaient qu'ils avaient virtuellement droit à un monopole des pêcheries sur le banc de Georges. Si la Chambre a rejeté ces arguments comme dénués de pertinence en droit, elle ne les a pas entièrement ignorés, considérant que les éléments fournis par la géographie humaine et économique sont des circonstances qui

« ne peuvent pas entrer en considération en tant que critères à appliquer à l'opération de délimitation elle-même, mais dont justement on peut se servir ... pour juger du caractère équitable de la délimitation établie à l'origine sur la base des critères empruntés à la géographie physique et politique » (p. 340, par. 232).

En d'autres termes, ces facteurs pouvaient effectivement servir à apprécier l'équité du résultat. La Chambre a soumis leur emploi dans ce sens à des restrictions rigoureuses, le limitant au cas où le résultat était

<sup>1</sup> *C.I.J. Recueil 1984*, paragraphes 48 et 232 de l'arrêt.

« radicalement inéquitable, c'est-à-dire ... susceptible d'entraîner des répercussions catastrophiques pour la subsistance et le développement économique des populations des pays intéressés » (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 342, par. 237).

Nous voyons cependant là une reconnaissance, pour limitée qu'elle soit, du rôle que ces facteurs peuvent jouer dans le résultat global<sup>1</sup>.

### c) *La pratique des Etats*

220. De même, l'examen de telle ou telle manifestation de la pratique des Etats voit sa portée fortement restreinte par le fait que les circonstances spéciales et les considérations politiques sous-jacentes à un arrangement particulier entre deux pays restent souvent dans l'ombre à moins que les parties elles-mêmes ne les consignent ou ne les fassent connaître<sup>2</sup>. La présente affaire en est une bonne illustration en ce qui concerne l'accord conclu par la Norvège avec l'Islande, car la Norvège reconnaît elle-même l'existence de considérations politiques derrière cet arrangement. Comme indiqué au paragraphe 560 du contre-mémoire de la Norvège : « Le marché politique que la Norvège a conclu avec l'Islande avait un caractère exceptionnel... », et, dans le même paragraphe, l'arrangement accordant à l'Islande une zone des 200 milles est décrit comme « une concession faite en faveur de l'Islande » qui a « abouti à une limite qui ne correspond à aucune norme de délimitation équitable ». De l'avis même de la Norvège, ces circonstances rendent atypique un accord sur lequel on pourrait autrement faire fond comme constituant un exemple de la pratique des Etats.

221. Une autre variable de la pratique des Etats est l'effet partiel qui a été parfois attribué à des îles en matière d'équidistance, introduisant ainsi un élément supplémentaire de flexibilité. Par exemple, l'accord Grèce-Italie du 24 mai 1977 attribue aux îles grecques concernées un effet variable, qui va d'un plein effet pour les grandes îles de Corfou, Céphalonie et Zante à des efforts réduits pour les îles d'Othonoi et de Mathrakion.

222. Il existe d'autres cas d'effet partiel, comme l'accord Iran-Oman du 25 juillet 1974, où la présence de la petite île de Umm al Faiyarin appartenant à l'Oman ne cause pas une déviation proportionnelle de la ligne de démarcation entre l'Oman et l'Iran. Si un plein effet avait été attribué à cette île, la ligne aurait été déplacée beaucoup plus près de la côte iranienne qu'il n'apparaît sur la carte (réplique du Danemark, annexe 71).

<sup>1</sup> Voir sur ce point, d'une manière générale, D. W. Bowett, « The Economic Factor in Maritime Delimitation Cases », dans *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. II, 1987, p. 45, et particulièrement les pages 58 à 63, où l'auteur fait valoir, entre autres, que les intérêts économiques des Etats sont au cœur même de la convention de 1982 et qu'aucune partie de celle-ci ne fait exception à cet égard.

<sup>2</sup> Duplique de la Norvège, p. 169, par. 605.

223. C'est ainsi également que dans l'accord Royaume-Uni - Irlande du 7 novembre 1988 (réplique du Danemark, annexe 72), il n'a pas été attribué un plein effet aux Sorlingues.

224. La jurisprudence de la Cour n'est pas non plus très différente à cet égard. Dans plusieurs de ses arrêts, elle n'a elle-même attribué qu'un effet partiel à des petites îles pour l'application du principe de l'équidistance. La méthode du demi-effet a été utilisée dans l'affaire *Tunisie/Libye*<sup>1</sup> pour les îles Kerkennah et dans l'affaire du *Golfe du Maine*<sup>2</sup> pour l'île canadienne Seal. Le tribunal a également appliqué cette méthode aux Sorlingues dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France*

« pour remédier à la disproportion et à l'inéquité qu'on crée sans cela en donnant un plein effet aux Sorlingues en tant que point de base pour fixer le tracé de la ligne de délimitation »<sup>3</sup>.

#### d) *Le facteur des glaces*

225. En ce qui concerne le facteur des glaces, l'on hésiterait aussi à poser en règle générale qu'il ne peut avoir aucun effet sur la délimitation. Dans la présente affaire, les glaces sont un facteur géophysique réel qui entrave les possibilités d'utilisation des eaux en question, mais leur localisation est telle qu'elles ne causent pas une différence suffisante pour affecter le résultat.

226. Cependant, il est possible que le régime des glaces dérivantes présente une certaine variabilité dans l'actuelle période de changement climatique, et il peut arriver que les glaces dérivantes ou le fait que la mer est prise pendant la plus grande partie de l'année aient pour résultat que, de mémoire d'homme, le secteur adjacent à la côte d'une partie est bloqué par les glaces, alors que le secteur adjacent à la côte de l'autre partie est très peu affecté. Il semble que cette circonstance puisse, en pareil cas, être un facteur pertinent pour une division équitable, car elle affecte intrinsèquement la possibilité d'utiliser les zones à délimiter.

227. Il ne s'agit là que de cas extrêmes. Ils montrent cependant que certaines orientations possibles de l'analyse ne sont pas à exclure.

#### e) *La sécurité nationale*

228. Il en est de même pour les facteurs relatifs à la sécurité nationale, lesquels, là encore, seront différents selon les affaires et pourront dans certains cas prendre une importance considérable. L'observation de la Cour dans l'affaire *Libye/Malte*, citée dans l'arrêt (par. 81), suivant laquelle les considérations de sécurité ne sont pas sans rapport avec le concept de plateau continental confirme ce point (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 42, par. 51).

<sup>1</sup> *C.I.J. Recueil 1982*, p. 63-64, par. 79; p. 89, par. 129.

<sup>2</sup> *C.I.J. Recueil 1984*, p. 336-337, par. 222.

<sup>3</sup> *RSA*, vol. XVIII, p. 255, par. 251.

f) *La conduite des parties*

229. La question de la conduite des parties a été parfaitement traitée par la Cour. La conduite des parties peut, dans certains cas, revêtir de l'importance quand, par exemple, elle équivaut à une admission ou à un *estoppel*, mais je suis d'accord qu'elle ne constitue pas un élément qui puisse avoir une influence sur la délimitation effectuée dans cette affaire.

230. Les éléments invoqués à cet égard ne sont donc pas d'une importance telle qu'ils puissent affecter la décision, mais il existe toujours la possibilité que dans des affaires futures un ou plusieurs de ces éléments soient assez importants pour pouvoir affecter la délimitation.

g) *La disproportion des longueurs de côtes*

231. La disproportion des longueurs de côtes, par contre, est importante dans cette affaire. La Cour, dans son arrêt, s'est longuement étendue sur ce point et je suis d'accord avec son raisonnement et sa conclusion à cet égard.

232. Les différents aspects de la question de la disproportion ou de la proportionnalité envisagés du point de vue de l'équité peuvent être succinctement résumés comme suit :

- a) une disproportion des longueurs de côtes aussi importante que celle qui se manifeste dans la présente affaire est clairement une circonstance pertinente à prendre en considération tant au regard de décisions antérieures que pour l'application de principes équitables ;
- b) le principe de proportionnalité ne signifie pas une division de l'espace maritime sur une base proportionnelle. La Cour a déclaré dans l'affaire *Libye/Malte* qu'elle se refusait à « exprimer en chiffres » l'équité du résultat (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 55, par. 75). Elle a également observé :

« La Cour ne pense pas qu'il soit conforme aux principes de l'opération de délimitation d'essayer de parvenir à un rapport arithmétique préétabli entre les côtes pertinentes et les surfaces de plateau continental qu'elles engendrent. » (*Ibid.*)

- c) le facteur de proportionnalité s'applique seulement aux côtes et non à la masse terrestre, car « c'est la longueur du littoral qui importe » (*ibid.*, p. 73, opinion individuelle de M. Sette-Camara) ;
- d) la proportionnalité peut légitimement servir de critère pour vérifier l'équité d'une délimitation.

« De l'avis de la Cour, aucune raison de principe n'empêche d'employer le test de proportionnalité, à peu près de la manière dont on l'a fait en l'affaire *Tunisie/Libye*, et qui consiste à déterminer les « côtes pertinentes » et les « zones pertinentes » de plateau continental, à calculer les rapports arithmétiques entre les longueurs de côte et

les surfaces attribuées, et finalement à comparer ces rapports, afin de s'assurer de l'équité d'une délimitation entre côtes se faisant face tout autant qu'entre côtes adjacentes. » (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 53, par. 74.)

- e) la Cour se servira de la proportionnalité pour corriger une situation lorsque
- « la disproportion entre les longueurs de côte [est] si flagrante qu'il [faut] absolument, pour parvenir à un résultat équitable, corriger toute ligne éventuelle selon un rapport raisonnable » (*ibid.*, p. 73, opinion individuelle de M. Sette-Camara; voir également l'arbitrage franco-britannique, *RSA*, vol. XVIII, p. 189, par. 101);
- f) l'application du principe de proportionnalité est un exemple de recours au sens de l'injustice pour vérifier la justice d'un résultat, comme on l'a vu aux paragraphes 104 à 109 ci-dessus;
- g) bien que le principe de l'équidistance soit fondé sur des considérations équitables, l'équidistance est seulement une solution *prima facie*. L'existence d'une disproportion flagrante, comme en l'espèce, suffirait à détourner la Cour de cette solution *prima facie*;
- h) une telle disproportion est une circonstance spéciale au sens du paragraphe 1 de l'article 6 de la convention de 1958, ainsi qu'une circonstance pertinente au regard du droit international coutumier.

#### PARTIE C. L'ÉQUITÉ CONSIDÉRÉE SELON UNE PERSPECTIVE UNIVERSELLE

233. Il est bon, en concluant cette analyse des applications de l'équité dans l'arrêt de la Cour, d'examiner rapidement ce concept dans une perspective universelle. Vu l'importance cruciale que revêt l'équité dans le droit de la mer, et étant donné en plus que celui-ci se trouve encore dans une phase critique et formative, un examen du rôle de l'équité serait incomplet s'il ne s'accompagnait pas d'une recherche de concepts, de principes et d'attitudes de portée plus étendue et plus universelle. Se placer ainsi dans une perspective universelle ne peut qu'affermir le droit de la mer en ce qui concerne aussi bien son contenu conceptuel que l'autorité qui lui est reconnue. Les concepts d'équité dont s'inspire actuellement le droit international ne sont que partiellement représentatifs du corpus de la réflexion qui a été consacrée à l'équité et sur lequel pourrait s'appuyer cette approche des problèmes du droit de la mer. On pourrait y trouver aussi des enseignements utiles pour régler une affaire comme celle-ci.

234. La Cour internationale de Justice, dont la composition doit assurer « la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde » (voir l'article 9 du Statut de la Cour), a une obligation particulière de rechercher dans l'ensemble de ces tradi-

tions et de ces systèmes juridiques les principes et les approches de nature à enrichir le droit qu'elle administre, c'est-à-dire, dans le contexte de la présente espèce, les contributions que l'équité pourrait apporter au droit de la mer.

235. Cette recherche des traditions mondiales d'équité pourrait ouvrir des perspectives de portée considérable pour le développement du droit de la mer. Il s'agit en particulier de notions profondément enracinées dans ces traditions, et que le droit international n'a pas encore exploitées, comme celles d'un magistère à l'égard des ressources de la planète, d'une utilisation équitable de ces ressources qui transcende l'immédiat, de l'attribution d'un statut « *sui generis* » à des ressources planétaires comme la terre, les lacs et les rivières, d'une gestion prudente de ces ressources et de leur conservation au bénéfice des générations futures. L'importance de ces notions pour le développement du droit de la mer se passe d'explications.

236. Ces points de vue se retrouvent dans un grand nombre de traditions et de civilisations, et l'ubiquité du principe d'équité a déjà été relevée dans la jurisprudence de la Cour.

237. A propos plus particulièrement du droit de la mer, M. Ammoun a observé dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*:

« Intégré dans les grands systèmes juridiques du monde moderne auxquels fait allusion l'article 9 du Statut de la Cour, le principe d'équité se manifeste dans le droit de l'Europe occidentale et de l'Amérique latine, héritières directes du *jus gentium* romano-méditerranéen; dans la *common law* tempérée et complétée par l'*equity* dite accessoire, dans le droit musulman que fondent sur l'équité, et plus particulièrement sur son équivalent qu'est l'égalité, le Coran et l'enseignement des quatre grands juristes de l'Islam condensé dans la *Shari'a* et comportant, parmi les sources du droit, l'*Istihsan*, autorisant les jugements d'équité; le droit chinois, avec la primauté de la loi morale et du sens commun de l'équité, en accord avec la philosophie marxiste-léniniste; le droit soviétique, qui fait place nettement aux préoccupations d'équité; le droit hindou qui convie « l'individu à agir et le juge à statuer selon sa conscience, selon la justice, selon l'équité, si aucune autre règle de droit ne s'impose à eux »; enfin le droit des autres pays d'Asie et des pays d'Afrique dont les coutumes incitent particulièrement le juge à ne pas s'écarter de l'équité et dont les Européens ont souvent méconnu « le rôle conciliateur et la nature équitable »; coutume dont est né un *jus gentium* constitué conjointement avec les règles de la *common law* dans les anciennes possessions anglaises, les lacunes étant à combler « suivant la justice, l'équité et la conscience »; et, dans les anciennes possessions françaises, avec le droit de l'Europe occidentale imbu de droit romain.

Un principe général de droit s'est en conséquence établi que le droit des gens ne pouvait s'empêcher d'accueillir, fondant les rela-

tions juridiques entre les nations sur l'équité et la justice.» (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 139-140, opinion individuelle de M. Ammoun; notes omises.)

238. La liste des sources citées par M. Ammoun est une mine dont nous pouvons extraire les éléments d'un sens universel de la justice et de l'impartialité qui est à la racine même de l'équité. D'autres sources importantes seraient aussi à mentionner — les analyses si élaborées de la justice dans la philosophie grecque<sup>1</sup> et judaïque<sup>2</sup>; le concept imprégné d'équité de «dharma» dans la jurisprudence hindoue<sup>3</sup>; la profonde impartialité de l'équité et de la justice dans le bouddhisme<sup>4</sup>; la tradition chrétienne de la justice et de la conscience déclarées «plus importantes que la loi», en opposition au pur légalisme<sup>5</sup>; et l'injonction coranique:

<sup>1</sup> Voir le conflit entre la conscience et l'injustice de la loi dans *Antigone* de Sophocle, V<sup>e</sup> siècle av. J.-C. (Traduction anglaise de Eliz. Wyckoff, dans *Complete Greek Tragedies II*, publié sous la direction de D. Grene et R. Lattimore, 1960, Editions de l'Université de Chicago, p. 170.)

<sup>2</sup> « Pour que l'humanité maîtrise le plus grand de tous les arts, l'art de vivre ensemble en bon voisinage — pour que le droit éclaire la marche de l'esprit humain vers une meilleure compréhension entre les nations — nous devons reconnaître la vérité qui a été révélée aux prophètes d'Israël, que l'équité est un élément indissociable de la justice.» (Ralph A. Newman, « The Principles of Equity as a Source of World Law », *Israel Law Review*, vol. 4, 1966, p. 631.)

<sup>3</sup> Le *Bhagavadgita* donne à la vertu un rôle central dans l'ordre mondial (IV.7) et le tout premier mot de ce classique, qualifié de joyau de la littérature sanscrite, est le mot *dharma*, et le *Bhradaranayake Upanishada* dit que le *dharma* est le roi des rois (1, 4-14). Le monumental traité de Kane sur le *dharmasastra* (P. V. Kane, *History of Dharmasastra*, 1946) cite parmi les significations du *dharma* les concepts de devoir, de droit, de justice et de moralité (vol. 1, p. 1). Fritz Berolzheimer voit dans les conceptions philosophiques de la justice dans l'Inde ancienne les « antécédents de l'évolution ultérieure du droit et de l'éthique chez les Grecs et les Romains » (Berolzheimer, *The World's Legal Philosophies*, 1968, p. 37).

<sup>4</sup> Voir, d'un point de vue général, K. N. Jayatilleke, « The Principles of International Law in Buddhist Doctrine », *Recueil des cours*, t. 120 (1967-I), p. 443-567. Le monde doit être gouverné par une « autorité sans roi ». Cette « autorité sans roi » doit être le droit (p. 539); et le respect du droit et de la morale est extrêmement important dans la conception bouddhiste du droit (p. 449). Deux concepts sont à la base de l'attitude bouddhiste par rapport au droit: a) la règle de la vertu; b) le bonheur et le bien-être de l'humanité (L. P. N. Perera, *Buddhism and Human Rights*, 1991, p. 41).

<sup>5</sup> Voir Matthieu 23: 23. Les conceptions de la conscience dans l'Eglise du Moyen Age (comme les *Summae Confessorum* devant aider les prêtres à apprécier la conduite morale des pénitents) ont probablement contribué à façonner la pensée des chanceliers anglais (voir A. W. B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract*, 1975, p. 405; voir aussi *ibid.*, p. 377-379 et p. 397-405). La conscience tenait une si large place à leurs yeux que la rubrique qui rassemble les premières décisions des chanceliers n'est pas l'équité mais la conscience (voir *ibid.*, p. 398), car, posant les bases de la jurisprudence en *equity*, le chancelier statuait « en tant que juge de la conscience, en appliquant le droit de la conscience... » (*ibid.*)

« Et si tu juges  
alors juge entre eux à la balance  
Oui, Dieu aime ceux  
qui jugent à la balance »<sup>1</sup>,

qui a été abondamment commentée au cours des siècles par les juristes islamiques<sup>2</sup>.

239. Les notions très élaborées de conduite raisonnable et équitable que révèlent les recherches modernes sur le droit coutumier de l'Afrique<sup>3</sup>, du Pacifique<sup>4</sup> et des Indiens d'Amérique<sup>5</sup> et les principes de profonde harmonie avec l'environnement qui sont à la base du droit coutumier des aborigènes d'Australie<sup>6</sup> accroissent encore la masse des sources disponibles.

240. Ce qui se dégage, c'est une notion de l'équité qui est fondée sur la base très large d'une jurisprudence universelle et qui s'affirme alors avec une plus grande autorité. Les notions de la primauté du droit international, les concepts de vertu dont celui-ci est imprégné, le caractère sacrosaint des ressources de la terre, l'harmonie entre l'activité de l'homme et l'environnement, le respect des droits des générations futures et la gestion de ces ressources avec la prudence et la prévoyance qui conviennent à

<sup>1</sup> Sourate 5, verset 45, traduction Muhammad Hamidullah. En particulier, la méthode de raisonnement juridique appelée *istihsan*, dont parle M. Ammoun, donne un rôle important à l'équité. Voir également John Makdisi, « Legal Logic and Equity in Islamic Law », *American Journal of Comparative Law*, vol. 45, 1985, p. 63; H. Afchar, « The Muslim Conception of Law », *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, p. 90-96; et le même auteur, « Equity in Muslim Law », dans Ralph Newman (dir. publ.), *Equity in the World's Legal System*, 1973, p. 111-123.

<sup>2</sup> Leurs méthodes de raisonnement juridique sont les suivantes : *qiyas* (raisonnement par analogie), *istishab* (présomption de continuité), *istislah* (considérations d'intérêt public) et *istihsan* (concept d'équité). Voir Makdisi, *op. cit.*, p. 40-45. La pertinence de certaines de ces méthodes — comme *istislah* et *istihsan* — n'a pas à être soulignée.

<sup>3</sup> Le droit pour l'individu de posséder de la terre est limité par le droit supérieur du groupe social auquel il appartient (A. N. Allott, dans Cotran et Rubin (dir. publ.), *Readings in African Law*, 1970, p. 265). Voir aussi T. O. Elias, *The Nature of African Customary Law*, 1956, p. 272 : « C'est cette volonté de juger en équité qui est la caractéristique la plus constante du processus judiciaire africain. » Voir également M. Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of N. Rhodesia*, 1955, p. 202-206; J. H. Driberg (« The African Conception of Law », *Journal of Comparative Legislation and International Law*, novembre 1934, p. 230-246) traite du droit africain envisagé sous l'angle de sa croissance organique en fonction de l'évolution des besoins de la société. Sur les valeurs de la collectivité qui ne sont pas en elles-mêmes des éléments du droit appliqué dans le processus judiciaire, voir M. Gluckman, *Order and Rebellion in Tribal Africa*, 1963, p. 178-206.

<sup>4</sup> Voir, d'un point de vue général, Peter Sack, *Land between Two Laws*, 1973, et P. Hambruch, *Nauru: Results of the South Seas Expedition*, 1914. Pour le concept de loyauté en droit foncier traditionnel hawaïen, voir M. K. MacKenzie (dir. publ.), *Native Hawaiian Rights Handbook*, 1991, p. 26.

<sup>5</sup> Voir K. N. Llewellyn et E. A. Hoebel, *The Cheyenne Way*, 1941; Charles F. Wilkinson, *American Indians, Time, and the Law*, 1987.

<sup>6</sup> Voir H. McRae, G. Nettheim et L. Beacroft, *Arboriginal Legal Issues*, 1991, p. 44-56; *Mabo v. Queensland* (1992), *Australian Law Journal*, vol. 7, p. 408 (High Court of Australia).

quelqu'un qui en a reçu le dépôt et la responsabilité sont des principes équitables sur lesquels insistent ces traditions — principes dont toutes les incidences n'ont pas encore été incorporées dans le tissu du droit international. Cette approche peut aussi conférer à l'équité, spécialement dans son application au domaine de plus en plus important des ressources planétaires comme la mer, une signification plus profonde et plus pénétrante que si sa recherche n'était pas universelle. En outre, elle met en relief les perspectives à long terme qu'il faut garder présentes à l'esprit à mesure qu'une branche du droit en mutation se cristallise dans le moule conceptuel qui dictera sa configuration pour l'avenir prévisible.

241. Deux exemples de ces perspectives plus larges, qui intéressent particulièrement le droit de la mer et qui sont empruntés à deux traditions juridiques très différentes, illustreront cette proposition. Ils ont trait aux principes de conservation des ressources du globe et de protection contre la pollution de l'environnement qui sont d'une particulière importance pour le droit applicable à une ressource aussi importante de la planète et ils ne sont pas dénués de pertinence dans des affaires de délimitation maritime. On a pu voir dans cette affaire même que la conservation des ressources se trouvait à l'arrière-plan du différend car c'était la quasi-extinction du capelan, une des ressources les plus précieuses de la région, qui a directement contribué à l'ouverture des négociations internationales qui ont précédé la saisine de la Cour.

242. Le premier de ces exemples nous est donné par des systèmes juridiques traditionnels comme ceux de l'Afrique, du Pacifique et des Indiens d'Amérique dans lesquels était profondément enraciné un respect de la terre, de l'atmosphère, des lacs et des mers, dont le développement du droit de la mer peut utilement s'inspirer<sup>1</sup>. Dans les sociétés du Pacifique, par exemple, la terre possédait des connotations métaphysiques qui empêchaient que l'on considère qu'elle puisse être vendue comme une marchandise<sup>2</sup>. Le respect de ces éléments constitutifs du patrimoine des générations suivantes dictait des règles et des attitudes fondées sur la notion d'un partage équitable qui était à la fois horizontal vis-à-vis de la génération présente et vertical pour le bénéfice des générations à venir<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir aussi E. B. Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, 1989: diverses cultures considèrent que chaque génération a pour mission de gérer et de conserver l'environnement naturel au bénéfice des générations à naître, et il est possible de maintenir l'équité entre les générations en appliquant les principes consacrés par une longue tradition du droit international consistant à recourir à des principes équitables pour parvenir à un résultat juste.

<sup>2</sup> Voir P. Sack, *op. cit.*, p. 33 et 37.

<sup>3</sup> Voir E. B. Weiss, *op. cit.*, p. 37:

« Le recours à l'équité pour établir des normes équitables d'allocation et de partage des ressources et des avantages pose les bases de l'élaboration de principes d'équité intergénérationnelle. Ces principes peuvent s'appuyer sur l'usage croissant que fait la Cour internationale de Justice de principes équitables pour parvenir à un résultat qu'elle considère comme impartial et juste. »

243. Le deuxième exemple est emprunté au droit islamique, qui consacre une autre notion d'équité profondément pertinente: l'idée suivant laquelle les ressources de la Terre ne sont pas susceptibles d'une appropriation pure et simple au même titre que les biens meubles, mais font l'objet d'une tutelle qui doit être exercée pour le bénéfice de toutes les générations futures. Ce concept juridique veut que ces ressources soient traitées avec le soin dû aux biens d'autrui et que chaque génération préserve pour l'avenir l'héritage qu'elle a reçu du passé. Ces principes équitables renferment peut-être la clef de bon nombre des problèmes environnementaux qui affectent la terre et les océans et l'air que l'on respire.

244. Cette équité transcendante, telle qu'envisagée par ces systèmes, ajoute des dimensions nouvelles au cadre dans lequel peuvent se développer les considérations équitables applicables en droit de la mer et rehausser leur autorité. Elle montre à quel point un tribunal chargé de délimiter des espaces maritimes est spécialement tenu d'accorder toute l'importance nécessaire au caractère universel des éléments à partir desquels il façonne le droit de l'avenir.

245. Je conclurai sur une note d'élégance que :

« Derrière les façades diverses des systèmes juridiques nous discernons l'identité fondamentale des principes sous-jacents d'équité qui unissent les systèmes juridiques, de la même manière que dans une cathédrale gothique la multiplicité des rythmes de ses pierres se fond avec les élans fondamentaux de l'esprit et de la nature. »<sup>1</sup>

246. Ce n'est pas sans raison que les participants à la conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, venus d'horizons extrêmement différents et avec des intérêts radicalement divergents, ont pu trouver dans l'équité un terrain d'entente pour l'élaboration du nouveau droit de la mer.

\* \* \*

247. Cette brève analyse d'une vaste question — la contribution de l'équité à une décision particulière — a pour but de montrer les nombreuses manières dont elle intervient dans le processus judiciaire et dont elle peut contribuer au développement du droit de la mer. Sans prétendre être exhaustive, elle continuera peut-être, à tout le moins, à appeler l'attention sur des aspects qui, restant implicites, peuvent demeurer inexplorés.

248. Toute l'histoire du droit international est richement tissée de réflexions diverses sur la question de l'équité. Plus que tout autre domaine de la pensée juridique, l'équité est peut-être celui dont on peut dire que

<sup>1</sup> Newman, *op. cit.*, p. 631.

«sous les remous superficiels créés par les décisions rendues dans des affaires particulières monte la marée puissante des principes fondamentaux de la justice»<sup>1</sup>. Toute la puissance de cette marée doit être exploitée pour que le droit de la mer qui se développe actuellement parvienne à complète maturité.

(Signé) Christopher Gregory WEERAMANTRY.

---

<sup>1</sup> Voir R. A. Newman, *op. cit.*, p. 621.