

## OPINION DISSIDENTE DE M. RANJEVA

*Sommaire analytique — Risque de remise en cause de la clause optionnelle — dénaturation de l'objet du différend principal.*

*Objet du différend — Modification judiciaire de l'objet du différend présenté par le demandeur constitutive d'un ultra petita.*

*Défaut de pertinence de la jurisprudence invoquée par l'arrêt — Interprétation de l'objet du différend par référence à l'acte de saisine — Absence de base légale pour la modification de l'objet du différend présenté dans la requête — Paragraphe 1 de l'article 40 du Statut de la Cour internationale de Justice — Obligation pour la Cour de respecter l'intégrité du petitum — Demandes au fond et objections ou exceptions à la compétence — Impossibilité juridique de définir l'objet définitif du différend principal.*

*Distinction entre différend réel et arguments ou fausses conclusions mise en œuvre lors de la phase de clôture de l'instance — Difficulté de statuer sur la causa petendi — Procédure préliminaire et situation de l'objet du différend.*

*Interprétation de la réserve canadienne — Historique des négociations sur la définition des « mesures de conservation et de gestion » de la convention de 1995 — Le Canada coauteur de la première proposition d'amendement incorporant le renvoi au droit international pour la définition des mesures de conservation et de gestion — Acceptation et portée de l'amendement coparrainé par le Canada — Analyse de la notion de « mesures de conservation et de gestion » — Absence de pratiques internationales contraires aux prescriptions de l'alinéa b) de l'article premier de l'accord de 1995.*

*Double objet du renvoi à la définition des « mesures de conservation et de gestion » à la convention de 1982 : élément de licéité relevant du fond et élément de définition pertinent pour la phase préliminaire — Renvoi au droit et définition juridique en général d'un concept — Référence au droit international pour la définition des concepts utilisés dans un acte unilatéral — Dualité de nature de l'acte unilatéral de réserve — Réseau de liens juridictionnels entre les parties à la clause optionnelle — Acceptation des conditions de l'auteur de la réserve lors du dépôt de la requête — Création de liens conventionnels entre défendeur et demandeur — Le droit international cadre commun de référence aux deux parties litigantes.*

*Question lors du différend préliminaire — Caractère non exclusivement préliminaire de l'objection du défendeur.*

Le respect que je porte à la Cour et à mes collègues ainsi que les exigences d'une bonne administration de la justice internationale m'amènent, à mon grand regret, à exprimer une opinion dissidente et à justifier les raisons de mon vote négatif au dispositif du présent arrêt.

1. Je forme le vœu que le présent arrêt de la Cour ne soit pas interprété par les commentateurs et les lecteurs comme sonnante le glas du mécanisme de la clause optionnelle du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de

## DISSENTING OPINION OF JUDGE RANJEVA

[Translation]

*Summary — Risk of jeopardizing the optional clause system — Distortion of the subject-matter of the main dispute.*

*Subject-matter of the dispute — Judicial restatement of the subject of the dispute as submitted by Respondent constitutes an action ultra petita.*

*Lack of relevance of the case-law relied on by the Judgment — Interpretation of the subject of the dispute by reference to the act of seisin — Absence of legal grounds for restatement of the subject of the dispute submitted in the Application — Article 40, paragraph 1, of the Statute of the International Court of Justice — Obligation on the Court to respect the integrity of the petitem — Claims on the merits and objections to jurisdiction — Legal impossibility of defining the final subject of the substantive dispute.*

*Distinction between real dispute and arguments or purported submissions to be operated at the final phase of the proceedings — Difficulty of ruling on the causa petendi — Preliminary proceedings and status of the subject of the dispute.*

*Interpretation of the Canadian reservation — Historical background to the negotiations on the definition of “conservation and management measures” under the 1995 Agreement — Canada co-author of the first proposed amendment incorporating the reference to international law for the purpose of defining conservation and management measures — Acceptance and scope of the amendment co-sponsored by Canada — Analysis of the concept of “conservation and management measures” — Absence of any international practice inconsistent with the requirements of Article 1 (b) of the 1995 Agreement.*

*Twofold purpose of the reference in the definition of “conservation and management measures” to the 1982 Convention: legality element relevant both at merits stage and for purposes of definition in the preliminary phase — Role of law in the general legal definition of a concept — Reference to international law in the definition of terms used in a unilateral instrument — Dual nature of the unilateral act of reservation — Network of jurisdictional links between the parties to the optional clause — Acceptance when filing the Application of the conditions stipulated by the author of the reservation — Creation of conventional relations between Respondent and Applicant — International law as common frame of reference for the two litigating parties.*

*Question raised in the context of the preliminary dispute? Respondent's objection not specifically preliminary in character.*

The esteem in which I hold the Court and my colleagues and the requirements of a sound administration of international justice have led me, to my great regret, to deliver a dissenting opinion, in which I give the reasons for my negative vote on the operative part of the Judgment.

1. I sincerely hope that the present Judgment by the Court will not be interpreted by commentators and readers as sounding the death-knell of the optional clause system under Article 36, paragraph 2, of the Statute

la Cour internationale de Justice. L'arrêt a adopté une démarche critique qui peut porter atteinte à l'intégrité du mécanisme de la juridiction internationale dont la base de compétence est de nature consensuelle.

2. *En premier lieu*, il aurait été, à mon avis, plus approprié, à propos de l'objet du différend, de faire l'économie de longs développements autonomes qui aboutissent à la dénaturation de l'objet du différend principal: en effet, à l'objet défini par le demandeur, l'arrêt a substitué, sans jurisprudence pertinente à l'appui, un objet autre. Pour ma part, que l'objet du différend fût interprété de manière large comme l'entendait le demandeur ou de manière étroite selon le défendeur, la question importait peu; à la phase préliminaire, il s'agissait de déterminer si le différend entraînait ou non dans les prévisions de la réserve stipulée dans la déclaration de la partie défenderesse.

3. *En second lieu*, l'interprétation de la réserve de la partie défenderesse apparaît inacceptable lorsqu'elle limite l'interprétation, même à titre préliminaire, de la définition des «mesures de protection et de gestion» à la seule dimension matérielle et exclut toute référence à l'élément juridique de droit international incorporé dans la définition de ces mesures dans plusieurs instruments conventionnels pertinents; la définition des «mesures de protection et de gestion», utilisée par l'arrêt pour l'interprétation de la réserve canadienne, manque de base pour son effectivité. L'arrêt invoque des pratiques nationales, nécessairement en deçà de la zone des droits souverains de deux cents milles; en revanche, la décision n'est pas à même d'invoquer une seule pratique internationale contraire à la définition consensuelle de ces mesures et constitutive d'une *opinio juris*.

## I. OBJET DU DIFFÉREND

4. Contrairement à l'analyse effectuée par la Cour dans les paragraphes 29 à 33, j'estime que l'ensemble de la jurisprudence invoquée pour justifier la modification, par voie judiciaire, de l'objet du différend tel qu'exposé par le demandeur, n'est pas pertinente à l'analyse. La conclusion énoncée au paragraphe 35 est sans précédent dans la jurisprudence: la Cour ne s'est jamais reconnue la compétence pour modifier l'objet du différend, et l'eût-elle voulu qu'une telle décision aurait manqué de base légale et constitué un *ultra petita*.

5. Bien qu'à mon avis, il s'agisse d'une question subsidiaire pour le règlement du présent différend préliminaire, je me dois d'expliquer mon désaccord, compte tenu des conclusions auxquelles l'arrêt est parvenu sur ce point.

### 1. Défaut de pertinence de la jurisprudence invoquée

6. L'arrêt invoque plusieurs décisions antérieures de la Cour pour justifier la modification de l'objet du différend par rapport à l'objet du dif-

of the International Court of Justice. The approach adopted by the Judgment is open to criticism and could damage the integrity of the system of international jurisdiction, which is built on a consensual foundation.

2. *In the first place*, it would have been more appropriate in my opinion, as far as the subject of the dispute was concerned, to have omitted certain lengthy, autonomous arguments which have resulted in the nature of the subject-matter of the substantive dispute being changed: in effect, in place of the subject as it was defined by the Applicant, the Judgment has substituted a different subject, without the support of relevant case-law. To my mind, it mattered little whether the subject of the dispute was interpreted broadly as the Applicant wished, or narrowly as the Respondent contended; what needed to be determined at the preliminary stage was whether or not the dispute came within the terms of the reservation formulated in the declaration by the respondent Party.

3. *In the second place*, the respondent Party's interpretation of the reservation is plainly unacceptable in so far as, even for preliminary purposes, it confines its definition of "conservation and management measures" to the material aspect, excluding any reference to the international law component included in the definition of such measures in various relevant treaty instruments; the definition of "conservation and management measures" which is employed in the Judgment for purposes of the interpretation of the Canadian reservation lacks an effective basis. The Judgment invokes national practices, which are necessarily circumscribed by the 200-mile area of sovereign jurisdiction; on the other hand, it is unable to cite a single example of international practice inconsistent with the generally agreed definition of such measures and constituting an *opinio juris*.

#### I. SUBJECT OF THE DISPUTE

4. Contrary to the reasoning of the Court in paragraphs 29 to 33, I consider that none of the case-law cited to justify a judicial restatement of the subject of the dispute as presented by the Applicant is relevant. The finding set out in paragraph 35 is without precedent in the Court's case-law: the Court has never declared itself competent to change the subject-matter of a dispute, and if it had ever sought to do so, such a decision would have been without legal foundation and *ultra petita*.

5. Although I consider this a subsidiary question for purposes of a decision on the present preliminary issue, I consider it my duty to explain why I am in disagreement, in view of the conclusions reached in the Judgment on this point.

##### 1. *Lack of Relevance of the Case-law Cited*

6. The Judgment cites a number of previous decisions of the Court to justify its restatement of the subject of the dispute in relation to the sub-

férend principal formulé par la partie demanderesse. L'analyse de la jurisprudence évoquée montre que la conclusion de l'arrêt est contestable: il n'y a pas de précédent qui autorise la Cour à disqualifier ou à changer les termes de l'objet défini par le demandeur; la juridiction, selon les circonstances propres de chaque espèce, a ajusté les limites du différend mais n'a pas substitué un nouvel objet à celui présenté par le demandeur au principal. La Cour ne s'est jamais prononcée de manière aussi catégorique qu'au paragraphe 29 de la présente décision lorsqu'elle affirme que: «La Cour ne saurait s'en tenir aux seuls termes de la requête ni, plus généralement, s'estimer liée par les affirmations du demandeur.» Afin de faciliter la compréhension du présent paragraphe, on suivra l'ordre adopté par l'arrêt.

### 1) Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)

7. La Cour n'a pas été saisie d'un compromis *stricto sensu* contrairement à la description qui a été faite dans le paragraphe 29. Les deux Parties «sont convenu[e]s ... que l'instance avait en fait été introduite par deux notifications successives du compromis que constitue l'accord-cadre du 31 août 1989» (*C.I.J. Recueil 1994*, p. 11, par. 8). Mais il y avait accord entre les deux Parties pour qualifier de *territorial* le différend les opposant dans la bande d'Aouzou. Les demandes respectives des Parties (portant sur l'étendue de la zone contestée) étaient si divergentes que la Cour devait définir la superficie litigieuse.

«18. La Cour a été saisie du présent différend entre la Libye et le Tchad par les notifications qui lui ont été faites du compromis constitué par l'accord-cadre du 31 août 1989 ... L'accord-cadre présentait le différend entre les Parties comme «leur différend territorial», mais ne le qualifiait pas davantage; or il ressort des écritures et des plaidoiries des Parties que celles-ci sont en désaccord sur la nature du différend ...

19. La Libye considère ainsi qu'il n'existe pas de frontière et demande à la Cour d'en déterminer une. Quant au Tchad, il considère qu'il existe une frontière et demande à la Cour de dire quelle est cette frontière. Pour la Libye, l'affaire a trait à un différend concernant l'attribution d'un territoire, tandis que, pour le Tchad, elle a trait à un différend sur le tracé d'une frontière.» (*C.I.J. Recueil 1994*, p. 14-15.)

Mais en réalité, il n'y avait pas de différence substantielle entre les Parties, sur le fond de la question. En effet, si le différend porte sur le tracé de la frontière ou s'il porte sur l'attribution d'un territoire, l'objet véritable du différend est d'établir les limites précises du territoire de chacun des deux Etats. La Cour, en principe, a admis que tel était le cas.

ject of the substantive dispute as formulated by the Applicant. Analysis of the precedents relied on shows that the conclusion reached in the Judgment is open to question: there is no precedent which authorizes the Court to change the nature or terms of the subject as defined by the applicant; the Court has, according to the specific circumstances of individual cases, adjusted the parameters of the dispute, but it has never substituted a new subject for that submitted by the applicant in the substantive dispute. The Court has never before taken such a categorical stand as in paragraph 29 of the Judgment, where it states that: "the Court cannot be restricted to a consideration of the terms of the Application alone nor, more generally, can it regard itself as bound by the claims of the Applicant". To facilitate understanding of the present paragraph, I shall follow the order adopted by the Judgment.

### (1) Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)

7. The Court, contrary to what was stated in paragraph 29, was not seised of a Special Agreement *stricto sensu*. The two Parties "agreed . . . that the proceedings had in effect been instituted by two successive notifications of the Special Agreement constituted by the Accord-Cadre of 31 August 1989" (*I.C.J. Reports 1994*, p. 11, para. 8). However, it had been agreed between the two Parties to describe as *territorial* the dispute between them over the Aouzou strip. The respective claims of the Parties (concerning the size of the disputed area) were so divergent that the Court was obliged to define the area in dispute.

"18. The Court has been seised of the present dispute between Libya and Chad by the notifications of the special agreement constituted by the Accord-Cadre of 31 August 1989 . . . The Accord-Cadre described the dispute between the Parties as 'their territorial dispute' but gave no further particularization of it, and it has become apparent from the Parties' pleadings and oral arguments that they disagree as to the nature of the dispute . . .

19. Thus Libya proceeds on the basis that there is no existing boundary, and asks the Court to determine one. Chad proceeds on the basis that there is an existing boundary, and asks the Court to declare what that boundary is. Libya considers that the case concerns a dispute regarding attribution of territory, while in Chad's view it concerns a dispute over the location of a boundary." (*I.C.J. Reports 1994*, pp. 14-15.)

In reality, however, there was no substantial difference between the Parties on the merits. Indeed, whether the dispute concerned the location of the boundary or whether it concerned attribution of territory, the real issue was to establish the precise limits of the territory of each of the two States. The Court acknowledged in principle that that was the case.

## 2) Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)

8. Dans les affaires des *Essais nucléaires*, la Cour a souligné qu'elle était en droit d'interpréter les conclusions des Parties pour s'assurer de l'objet véritable du différend, de l'objet et du but de la demande, en prenant en considération non seulement les conclusions du demandeur mais l'ensemble de la requête, les arguments développés devant la Cour par le demandeur, les échanges diplomatiques qui ont été portés à son attention et les déclarations publiques faites au nom du gouvernement demandeur. «Si ces éléments délimitent nettement l'objet de la demande, ils ne peuvent manquer d'influer sur l'interprétation des conclusions.»<sup>1</sup> La Cour a aussi souligné son pouvoir

«d'écarter, s'il est nécessaire, certaines thèses ou certains arguments avancés par une partie comme élément de ses conclusions quand elle les considère, non pas comme des indications de ce que la partie lui demande de décider, mais comme des motifs invoqués pour qu'elle se prononce dans le sens désiré»<sup>2</sup>.

9. Dans le premier arrêt, *Australie c. France*, les conclusions de la Cour se comprennent à la lumière des deux données suivantes :

- la France faisant défaut à la procédure, la Cour *proprio motu* et se fondant sur le paragraphe 2 de l'article 53 de son Statut s'est assurée du bien-fondé en droit et en fait des conclusions, c'est-à-dire des indications de ce que le demandeur lui demande de décider. Le doute pouvait, en effet, être instillé de la présence de deux paragraphes distincts de conclusion dans la requête, le second ayant un objet déclaratoire de droit ;
- c'est en se fondant sur le comportement persistant et les déclarations constantes de l'Australie, uniquement, que la Cour a défini l'objet du différend en distinguant ce que le demandeur réclamait et les éléments de la conclusion : les thèses, les arguments et les motifs.

10. Dans le second arrêt, *Nouvelle-Zélande c. France*, les termes du problème sont apparemment quelque peu différents, compte tenu du caractère spécifique des conclusions néo-zélandaises. L'arrêt, en effet, a procédé à l'analyse de l'entière de l'objet du différend en distinguant l'origine de l'objectif initial et ultime, dans le passage suivant :

«Il est clair cependant que le différend trouve son origine dans les

<sup>1</sup> *Essais nucléaires (Australie c. France)*, C.I.J. Recueil 1974, p. 263, par. 30, et *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, p. 467, par. 31.

<sup>2</sup> *Essais nucléaires (Australie c. France)*, C.I.J. Recueil 1974, p. 262, par. 29, et *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, p. 466-467, par. 30.

## (2) Nuclear Tests (New Zealand v. France)

8. In the *Nuclear Tests* cases, the Court held that it was entitled to interpret the submissions of the Parties in order to ascertain the true subject of the dispute and the object and purpose of the claim, taking into account not only the submissions of the Applicant, but the Application as a whole, the arguments of the Applicant before the Court, the diplomatic exchanges brought to the Court's attention and public statements made on behalf of the applicant Government. "If these clearly circumscribe the object of the claim, the interpretation of the submissions must necessarily be affected."<sup>1</sup> The Court also made it clear that it had the power

"to exclude, when necessary, certain contentions or arguments which were advanced by a party as part of the submissions, but which were regarded by the Court, not as indications of what the party was asking the Court to decide, but as reasons advanced why the Court should decide in the sense contended for by that party"<sup>2</sup>.

9. In the first Judgment, *Australia v. France*, the Court's findings are to be understood in the light of the following two points:

- as France failed to appear in the proceedings, the Court of its own motion and on the basis of Article 53, paragraph 2, of its Statute, had to satisfy itself that the submissions — that is to say the statements of what the Applicant was asking it to decide — were correct in law and in fact. There was an element of doubt in this regard, because the submissions in the Application contained two separate paragraphs, the second of which sought a declaration on the law;
- it was on the basis of the persistent conduct and consistent statements of Australia, and nothing else, that the Court defined the subject-matter of the dispute, distinguishing between the Applicant's claims and the elements of the submission: contentions, arguments and reasons.

10. In the second Judgment, *New Zealand v. France*, the terms of the problem are apparently somewhat different, taking into account the specific nature of New Zealand's submissions. The Judgment set out to analyse the entire subject-matter of the dispute, making a distinction between the origin of the dispute and the original and ultimate objective in the following passage:

"However, it is clear that the *fons et origo* of the dispute was the

<sup>1</sup> *Nuclear Tests (Australia v. France)*, I.C.J. Reports 1974, p. 263, para. 30, and *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, p. 467, para. 31.

<sup>2</sup> *Nuclear Tests (Australia v. France)*, I.C.J. Reports 1974, p. 262, para. 29, and *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, pp. 466-467, para. 30.

essais nucléaires atmosphériques effectués par la France dans la région du Pacifique Sud et que le demandeur a eu *pour objectif initial et conserve pour objectif ultime* la cessation de ces essais.» (C.I.J. Recueil 1974, p. 467, par. 31; les italiques sont de moi.)

Ainsi, c'est en se fondant sur la continuité et la cohérence de l'attitude et des demandes de la partie requérante que la Cour s'appuie pour interpréter l'objet du différend sans pour autant aboutir à une modification de cet objet initial. L'arrêt a interprété les conclusions de la Nouvelle-Zélande telles qu'elles étaient formulées dans la requête, confirmées par le comportement constant et continu du demandeur et finalisées dans les conclusions.

### 3) Droit de passage sur territoire indien

11. Dans cette affaire, la Cour, pour ne pas se laisser induire en erreur par un passage de la requête intitulé «Objet du différend», qui décrivait l'objet du différend de façon restrictive, a précisé cet objet en récapitulant les différentes formules des demandes déjà énoncées dans la requête, les plaidoiries et les conclusions des Parties.

### 4) Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahrein

12. L'objet du différend était, d'accord entre les Parties, défini selon la formule «bahréinite»; le Qatar, qui a saisi la Cour par voie de requête et qui n'a présenté que ses propres demandes n'a pas été pour autant déchu de son droit procédural pour n'avoir pas soumis l'entière du différend; par un jugement interlocutoire, il a été demandé aux Parties de présenter l'entière de l'objet du différend. Dans cette affaire, la Cour a confirmé que le différend soumis par Qatar le 30 novembre 1994 correspondait exactement aux accords et décisions précédents.

«Par suite, il apparaît que la formulation retenue par Qatar décrivait exactement l'objet du litige. Dans ces conditions, la Cour, tout en regrettant qu'un accord n'ait pu intervenir entre les Parties quant à ses modalités de présentation, est amenée à constater qu'elle est maintenant saisie de l'ensemble du différend, et que la requête de Qatar est recevable.» (C.I.J. Recueil 1995, p. 25, par. 48.)

En conséquence, d'une part la jurisprudence invoquée traite de l'interprétation de l'objet du différend en se référant aux termes utilisés dans l'acte de saisine, d'autre part cette interprétation a consisté à déterminer l'entière de cet objet sans pour autant en modifier les termes.

atmospheric nuclear tests conducted by France in the South Pacific region, and that the *original and ultimate objective* of the Applicant was and *has remained* to obtain a termination of those tests." (*I.C.J. Reports 1974*, p. 467, para. 31; emphasis added.)

It is thus on the basis of the continuity and consistency of the attitude and claims of the applicant Party that the Court founded its interpretation of the subject of the dispute, without, however, going so far as to restate the original subject. The Judgment interpreted the submissions of New Zealand as formulated in the Application, confirmed by the constant and consistent conduct of the Applicant and finalized in the submissions.

### (3) Right of Passage over Indian Territory

11. In this case, the Court, in order to avoid being misled by a passage in the Application entitled "Subject of the Dispute", which gave a restrictive description of the subject-matter of the dispute, defined the subject-matter by recapitulating the various claims already formulated in the Application, the oral arguments and the submissions of the Parties.

### (4) Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain

12. By agreement between the Parties, the subject of the dispute had been defined in accordance with the "Bahraini" formula; Qatar, which had seised the Court by application, presenting only its own claims, was not thereby deprived of its procedural rights, notwithstanding that it had failed to submit the dispute in its entirety; in an interlocutory Judgment, the Parties were requested to present the subject of the dispute in its entirety. In that case, the Court confirmed that the dispute submitted by Qatar on 30 November 1994 was in exact conformity with the previous agreements and decisions.

"As a consequence, it appears that the form of words used by Qatar accurately described the subject of the dispute. In the circumstances, the Court, while regretting that no agreement could be reached between the Parties as to how it should be presented, concludes that it is now seised of the whole of the dispute, and that the Application of Qatar is admissible." (*I.C.J. Reports 1995*, p. 25, para. 48.)

It is thus clear, on the one hand, that the jurisprudence cited deals with the interpretation of the subject of the dispute by reference to the terms used in the act of seisin and, on the other hand, that such interpretation has consisted in defining that subject in its entirety, without thereby restating its terms.

2. *Absence de base légale pour une modification par la Cour de l'objet du différend présenté par le demandeur devant la Cour*

L'article 40 du Statut en son paragraphe 1 et le caractère incident de la procédure préliminaire, n'autorisent pas la Cour à modifier l'objet du différend.

1) *Les dispositions du paragraphe 1 de l'article 40 sont claires*

13. a) L'indication de l'objet du différend dans l'acte introductif est une obligation prescrite directement par le Statut. Cette obligation est indépendante de la voie mise en œuvre pour permettre à l'instance de s'ouvrir. La meilleure interprétation de la notion d'objet du différend est fournie à deux reprises dans l'ouvrage de Stauffenberg lorsqu'est traitée la notion d'objet du différend à propos de la rédaction de l'article 40 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale :

« Cette requête détermine l'objet du différend. L'« objet », terme juridique, a paru plus précis et plus utile, au point de vue de l'effet de la chose jugée, que la « nature » dont parlait l'article 30 du texte des Cinq Puissances » (rapport du comité consultatif des juristes, p. 734, et *Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale — éléments d'interprétation*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1934, p. 294),

« lors de la session préliminaire, la suppression des mots « la désignation de la chose demandée » fut proposée, ces mots étant jugés superflus, puisqu'il est déjà fait mention de l'indication de l'objet du différend, ou bien erronés puisqu'il y a des cas dans lesquels on ne demande pas une chose mais tout simplement la déclaration du droit » (*Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale — éléments d'interprétation, op. cit.*, p. 301).

L'objet du différend est très étroitement lié à la « chose demandée », le *petitum*, c'est-à-dire la reconnaissance, par la voie judiciaire, d'un droit substantiel auquel prétend la partie demanderesse dans une requête unilatérale.

14. b) Dans une introduction de l'action par voie de requête, le demandeur a la responsabilité principale pour définir l'objet originel du différend. Formellement, le *petitum* est exposé dans la requête et c'est la seule description de l'objet du différend dont dispose la Cour. Tant que la partie défenderesse n'a pas formulé elle-même ses prétentions et ses propres *petita* au fond soit dans le contre-mémoire (article 43, paragraphe 2 du Statut) soit dans le cadre d'une demande reconventionnelle (article 80 du Règlement), l'objet du différend tel qu'exposé dans la requête s'impose à la Cour. Avant la détermination définitive de l'objet du différend qui

2. *Absence of Legal Grounds for a Restatement by the Court of the Subject of the Dispute Submitted to the Court by the Applicant*

Neither Article 40, paragraph 1, of the Statute nor the incidental nature of preliminary proceedings authorizes the Court to restate the subject of the dispute.

(1) *The provisions of Article 40, paragraph 1, are unambiguous*

13. (a) The indication of the subject of the dispute in the document instituting proceedings is a direct requirement under the Statute. This requirement is independent of the means used to initiate the proceedings. The most cogent interpretation of the notion of the subject of the dispute is provided in two passages of the work by Stauffenberg, where he deals with the notion of the subject of the dispute in relation to the text of Article 40 of the Statute of the Permanent Court of International Justice:

“This application determines the subject of the dispute. It was felt that the word ‘subject’, a legal term, should be used as being more precise and more useful, from the point of view of the *res judicata*, than the term ‘nature’ used in Article 30 of the five-Power plan” (Report of the Advisory Committee of Jurists, p. 734, and *Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale — éléments d’interprétation*, Carl Heymanns Verlag, Berlin 1934, p. 294);

“at the preliminary session, the deletion of the words ‘an indication of the claim’ was proposed. They were deemed either redundant, since reference was already made to an indication of the subject of the dispute, or erroneous, since there were cases in which there was no claim but simply a request for a statement of the law” (*Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale — éléments d’interprétation, op. cit.*, p. 301).

The subject of the dispute is closely bound up with the “claim”, the *petitum*, that is to say, the judicial recognition of a substantive right claimed by the applicant party in a unilateral application.

14. (b) When proceedings are instituted by application, it is the applicant who has the principal responsibility for defining the original subject of the dispute. The *petitum* is formally set out in the application and constitutes the only description of the subject of the dispute available to the Court. As long as the respondent party has not itself formulated its claims and its own *petita* on the merits, either in a counter-memorial (Art. 43, para. 2, of the Statute) or by way of counter-claim (Art. 80, Rules of Court), it is with the subject of the dispute as described in the application that the Court must deal. Until it makes a definitive determi-

interviendra après le dépôt des *petita* du défendeur, l'immutabilité de l'objet initial du différend au principal à l'égard du juge est incontournable: la Cour ne peut se prononcer, dans ses actes, que sur la base de cette définition sans pouvoir en modifier les termes, ni surtout porter atteinte à l'intégrité du *petitum*. Dans l'exercice de son pouvoir d'explicitier les prétentions implicites, elle ne peut modifier le *petitum* du demandeur. Tout au plus peut-elle constater qu'il n'y a pas de différend sur l'objet ou sur certains aspects de cet objet exposés dans la requête; mais en disant que le différend véritable est tel que l'arrêt le présente dans le paragraphe 35, la Cour a modifié le *petitum* du demandeur et statué en dehors du cadre de ce qui est explicitement demandé sans s'attacher à la justification de son analyse sur les propres faits, actes et comportements de la partie demanderesse. Aussi est-ce en se fondant sur une interprétation inexacte car incomplète de la jurisprudence sus-rappelée que la Cour est parvenue à une conclusion inacceptable selon laquelle «plus généralement, [elle ne saurait] s'estimer liée par les affirmations du demandeur» (voir le paragraphe 29).

- 2) *Le caractère incident de la procédure préliminaire consacrée à la compétence et à la recevabilité fixe, par transposition des paragraphes 5 et 6 de l'article 79 du Règlement, le cadre et la mesure de la référence aux faits de l'espèce au stade actuel de la procédure*

15. Les faits et actes survenus à l'*Estai* sont pour la partie défenderesse au principal des arguments et des moyens utilisés pour justifier l'incompétence de la Cour et l'irrecevabilité de la demande espagnole. Les faits ne constituent pas des demandes ni des conclusions au fond; ils sont invoqués pour faire écarter la demande principale sans examen du fond du différend par la voie de la contestation du pouvoir de la Cour de statuer sur le différend qui lui est soumis.

16. Ne disposant pas des *petita* au fond du défendeur, ni de ses conclusions en défense, la Cour ne peut, à ce stade, procéder à la détermination définitive de l'objet du différend. Au stade actuel de la procédure, la rencontre de la demande principale et de l'objection du défendeur détermine l'objet du différend préliminaire; ce dernier différend est distinct du différend principal tout en lui étant incident; c'est aux seules fins de règlement du différend préliminaire dans les termes du paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement de la Cour que cette description d'objet est effectuée. Dans ces conditions, la Cour ne dispose que d'une seule prétention, celle du demandeur exprimée dans la requête initiale. Cette définition de l'objet principal continue à s'imposer à la Cour qui, sans affecter le fond du différend, ne peut modifier le *petitum* du demandeur. En l'espèce, cependant, la Cour a procédé à une redéfinition en invoquant au paragraphe 32 la distinction entre «le différend ... [réel] et les arguments utilisés par les parties à l'appui de leurs conclusions respectives sur ce différend».

nation of the subject of the dispute, which it will do after the respondent has filed its *petita*, the Court is bound to accept that it cannot change the original subject of the substantive dispute: the Court can rule only on the basis of that definition and may not alter its terms or, in particular, violate the integrity of the *petitum*. In the exercise of its power to clarify implicit claims, it is not entitled to modify the *petitum* of the applicant. At the very most, it can find that there is no dispute on the subject as set out in the application, or on certain aspects thereof; but in stating that the real dispute is that presented in paragraph 35 of the Judgment, the Court has altered the *petitum* of the Applicant and gone outside the framework of the express terms of the Application, without attempting to justify its reasoning on the basis of the actual actions and conduct of the applicant Party. It is thus on the basis of an incomplete, and therefore inaccurate, interpretation of the above-mentioned jurisprudence that the Court reached the unacceptable conclusion that “more generally, [it could not] regard itself as bound by the claims of the Applicant” (see paragraph 29).

(2) *It is the incidental character of preliminary proceedings on jurisdiction and admissibility which, through the operation of paragraphs 5 and 6 of Article 79 of the Rules of Court, determines the scope and extent of the relevant facts at the current stage of the proceedings*

15. The Respondent relies upon the acts against the *Estai* as arguments and grounds to establish the Court’s lack of jurisdiction and the inadmissibility of the Spanish Application. Those acts constitute neither claims nor submissions on the merits; they are invoked in order to have the substantive claim dismissed without consideration of the merits of the dispute, by means of a challenge to the Court’s power to adjudicate upon the dispute submitted to it.

16. Not having before it the Respondent’s *petita* on the merits, or its submissions in defence, the Court cannot, at this stage, make a final determination as to the subject of the dispute. At the present stage of the proceedings, it is the combined effect of the substantive claim and the Respondent’s objection which determines the subject of the preliminary dispute; the latter dispute is both distinct from and incidental to the substantive dispute; this determination of the subject-matter is carried out solely for the purpose of settling the preliminary dispute pursuant to Article 79, paragraph 7, of the Rules of Court. Here, the Court has before it only one claim, that of the Applicant as expressed in the initial Application. This statement of the subject of the substantive dispute remains binding upon the Court, which cannot, without affecting the substance of the dispute, restate the *petitum* of the Applicant. In this case, however, the Court has redefined the subject, citing, in paragraph 32, a distinction between “the [real] dispute . . . and arguments used by the parties to sustain their respective submissions on the dispute”.

3) *Différend réel et arguments utilisés à l'appui des conclusions du paragraphe 32 de l'arrêt*

17. Les arguments utilisés par le paragraphe 32 pour fonder la distinction entre différend réel et arguments utilisés à l'appui des conclusions manquent, à l'analyse, de base démonstrative concluante, compte tenu de la pratique de la Cour et de la nature de la cause de l'action judiciaire.

18. a) Dans la pratique constante de la Cour, la mise en œuvre de la distinction entre différend réel et arguments ou conclusions et fausses conclusions est opérée au stade de clôture de l'instance, lors de l'examen du fond du différend ou lors d'une décision préliminaire de non-lieu. Cette pratique s'explique aisément pour des raisons de bon sens et de considérations procédurales. On ne peut pas, évidemment, parler de différend au sens propre tant que seules les prétentions unilatérales au fond de l'une des parties, en l'occurrence le demandeur, ont été présentées devant la Cour. Par ailleurs, c'est une fois l'objet du différend définitivement et entièrement précisé, qu'on peut faire le départ entre l'ensemble ou la totalité du litige d'une part et l'objet précis de la controverse d'autre part: les faits et points de droit soumis à la décision du juge; c'est en effet dans l'objet du différend que la Cour doit déterminer les points précis sur lesquels elle peut statuer. Dans les deux affaires des *Essais nucléaires* de 1974, la Cour avait à statuer sur une question préalable, de caractère essentiellement préliminaire: l'existence ou non d'un différend; une décision de non-lieu aurait privé de tout intérêt une disposition sur la compétence. La mise en œuvre de la distinction entre conclusions et fausses conclusions a été effectuée au niveau de l'examen des liens logiques entre les différentes conclusions formelles des parties. En 1974, pour savoir laquelle des conclusions était la fausse, la Cour a dû procéder à l'examen de l'hypothèse d'une demande de jugement déclaratoire par rapport à l'objet de la demande principale qui était la cessation des essais nucléaires en atmosphère; cette revendication avait été, dans les circonstances de l'affaire, considérée comme satisfaite. L'hypothèse d'une demande de jugement déclaratoire a été écartée, compte tenu de la demande principale.

19. b) En exposant au paragraphe 34 une explication des relations entre les éléments de fait et de droit de l'affaire, l'arrêt a pris parti sur la ou les causes de la demande de l'Espagne. Le problème, à l'analyse, se réduit cependant à l'interrogation suivante: pour statuer sur la compétence et la recevabilité, doit-on avoir égard à l'examen du motif de la prétention du demandeur? En réalité, il est difficile de déterminer avec exactitude ce qui, parmi tous ces éléments, serait de nature à justifier l'action de la partie demanderesse c'est-à-dire la *causa petendi*, alors même que le débat contradictoire sur le fond n'a pas été entamé. Cette contrainte d'ordre logique et procédural explique la raison pour laquelle les éventuelles relations de causalité ne sont discutées qu'au niveau des seules conclusions formelles, les seules données qui soient certaines et qui expriment la pensée profonde des parties et dont on peut prendre connaissance

(3) *Real dispute and arguments used to sustain the Parties' submissions (paragraph 32 of the Judgment)*

17. On analysis, it is clear that the argument used in paragraph 32 to justify the distinction between the real dispute and arguments used to sustain submissions lacks probative force, having regard to the practice of the Court and to the nature of the cause of action.

18. (a) It has been the consistent practice of the Court that the distinction between the real dispute and arguments, or between submissions and purported submissions, is made at the final stage of the proceedings, during consideration of the merits of the dispute or at the time of a preliminary decision to terminate the proceedings. This practice is readily explicable on grounds of common sense and procedural considerations. Obviously, one cannot speak of a dispute, in the true sense of the term, as long as only the unilateral claims on the merits of one of the parties, the Applicant in this instance, have been placed before the Court. Moreover, it is only once the subject of the dispute has been conclusively and fully defined that it is possible to extract, from the mass or totality of contested issues, the precise subject-matter of the litigation: the points of fact and law submitted to the Court for decision; in effect, it is on the basis of the subject of the dispute that the Court must determine the precise points upon which it may adjudicate. In the two *Nuclear Tests* cases of 1974, the Court had to rule first on a question essentially preliminary in character: whether or not a dispute existed. A decision that there was no dispute would have made a ruling on jurisdiction pointless. The Court distinguished true submissions from purported submissions by examining the logical nexus between the Parties' various formal submissions. In those 1974 cases, in order to determine which of the submissions was not a true submission, the Court had to consider the request for a declaratory judgment in light of the subject of the substantive claim, which was the cessation of atmospheric nuclear tests; it took the view that, in the circumstances of the case, that claim had been met. Having regard to the substance of the claim, the request for a declaratory judgment was rejected.

19. (b) In its exposition, in paragraph 34, of the relationship between the factual and legal elements of the case, the Judgment stated what it considered to be the cause or causes of Spain's claim. On closer analysis, however, the problem can be reduced to the following question: in order to give a ruling on jurisdiction or admissibility, should consideration be given to the reasons for the applicant's claim? In reality, it is difficult to determine precisely which of all the aforesaid elements would be capable of supporting the claim brought by the applicant party, that is to say, the *causa petendi*, when the adversarial proceedings on the merits have not even commenced. This logical and procedural constraint explains why possible causal links are discussed only in the context of the formal submissions, these being the only definite data expressing the basic thinking of the parties which can be known with certainty. In proceeding, at this

avec certitude. En donnant, dès la procédure préliminaire, aux faits et actes litigieux une qualification de caractère définitif (voir le paragraphe 34) autre que celle que la partie demanderesse a exposée dans sa requête, l'arrêt a procédé à une modification du *petitum* du demandeur. Cette conclusion n'est pas acceptable.

20. A la fin de la procédure préliminaire, la situation de l'objet du différend pourrait être décrite dans les termes suivants. La Cour a, à sa disposition, la partie la plus importante de l'objet du différend décrit dans l'objet de la demande tel que celui-ci est exposé dans la requête d'un côté et de l'autre un ensemble de faits et d'actes constitués par «les échanges diplomatiques, les déclarations publiques et autres éléments de preuve pertinents» et utilisés aux fins de soutenir une objection de la partie défenderesse (voir le paragraphe 31 de l'arrêt). A partir de ces données, la Cour a formulé une conclusion dans laquelle l'arrêt a fait entrer l'entière du différend. Mais le résultat final de la procédure, en l'espèce, étant le rejet définitif de la demande de l'Espagne, l'arrêt est censé avoir jugé la demande sous toutes les qualifications et toutes les hypothèses. Une telle condition n'a pu être respectée en l'espèce; l'arrêt a en effet, *proprio motu*, procédé à une modification de l'objet du différend sans avoir épuisé l'examen préalable des hypothèses possibles.

Pour ces raisons l'arrêt, en modifiant l'objet du différend par rapport à l'objet du différend décrit dans la requête, a statué *ultra petita*.

21. Je souhaiterais, pour achever cette première partie, attirer l'attention sur les risques inhérents à une décision de cette nature :

- 1) la désertion du prétoire de la Cour, faute de garantie pour les Etats contre le risque d'une modification, dès la phase préliminaire, de l'objet du différend qu'ils soumettraient à la Cour;
- 2) l'incertitude du sort des droits des parties litigantes : quelle est en effet la mesure de la *res judicata* en l'espèce?

## II. INTERPRÉTATION DE LA RÉSERVE CANADIENNE

Dans l'interprétation de la réserve canadienne, l'arrêt a défini, *proprio motu*, les mesures législatives canadiennes de mesures de protection et de gestion des ressources halieutiques. En fait, la véritable question est de déterminer si une telle définition suffit au regard du droit international.

### 1. Méthode d'interprétation de la définition des «mesures de conservation et de gestion»

22. La méthode observée par la Cour pour interpréter la clause de réserve a consisté à faire prévaloir l'intention du Canada, ce qui est parfaitement correct à condition que cette intention soit contextualisée dans

preliminary stage of the case, definitively to characterize the contentious events and acts (see paragraph 34) in a manner at variance with that put forward by the applicant Party in its Application, the Court changed the Applicant's *petitum*. That is unacceptable.

20. At the close of the preliminary proceedings, the situation with regard to the subject of the dispute could be described in the following terms. The Court had before it, on the one hand, the major component of the subject-matter of the dispute as defined in the claim set out in the Application and, on the other hand, a set of facts and actions constituted by "diplomatic exchanges, public statements and other pertinent evidence" and relied on to support an objection by the respondent Party (see paragraph 31 of the Judgment). On the basis of this information, the Court, in its Judgment, reached a finding which encompassed the dispute in its entirety. However, as the final outcome of the proceedings in this case was the definitive rejection of Spain's claim, the Judgment must be considered to have examined the claim in terms of all possible characterizations and hypotheses. This is not what it did here; instead, the Court restated the subject-matter of the dispute *proprio motu*, without having completed its preliminary examination of all possible hypotheses.

It follows that, in restating the subject of the dispute by comparison with that set out in the Application, the Court ruled *ultra petita*.

21. In concluding this first section, I should like to draw attention to the risks inherent in a decision of this kind:

- (1) abandonment of the Court as a judicial forum, since there would be no guarantee for States against the risk of a restatement, at the preliminary stage, of the subject of disputes submitted by them to the Court;
- (2) uncertainty as to the consequences for the rights of the litigating parties: what, for example, is the measure of the *res judicata* in this case?

## II. INTERPRETATION OF THE CANADIAN RESERVATION

In interpreting the Canadian reservation, the Court *proprio motu* defined the Canadian legislative measures as measures for the protection and management of fisheries resources. The real issue to be determined is whether that definition is adequate from the standpoint of international law.

### 1. *Method of Interpretation of the Definition of "Conservation and Management Measures"*

22. The method followed by the Court in interpreting the reservation clause was to give priority to the intention of Canada, which is perfectly proper provided that intention is placed in the context of the system of

le réseau des déclarations facultatives de juridiction obligatoire. Pour ce faire, elle a considéré comme étant de droit la définition et l'interprétation exposées par l'auteur de la réserve, nonobstant tous autres instruments juridiques auxquels participent au moins les deux Etats litigants. Au stade actuel de la procédure, il ne s'agissait pas de procéder à une définition *prima facie* des mesures de conservation, mais de vérifier si toutes les conditions pour que ce que le Canada qualifie de mesures de conservation et de gestion sont satisfaites.

23. Dans le paragraphe 70 l'arrêt limite la définition des «mesures de conservation et de gestion» à leur seule dimension technique et factuelle, ce qui amène la Cour à donner sa propre définition, contrairement à la définition explicitement visée dans les deux seuls instruments internationaux directement pertinents: la convention des Nations Unies de 1995 sur les stocks chevauchants et l'accord visant à favoriser le respect par les navires de pêche en haute mer des mesures internationales de conservation et de gestion de la FAO. Cette conclusion est inacceptable car la Cour ne s'est pas limitée à interpréter le droit positif, elle a créé du droit.

## 2. *Les instruments internationaux contenant la définition des mesures de protection et de gestion*

### 1) *Historique de l'accord de 1995 sur les stocks chevauchants*

24. Les instruments internationaux pertinents sont constitués par les articles premiers

- de l'accord aux fins de l'application des dispositions de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà des zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs, dénommé accord des Nations Unies de 1995 sur les stocks chevauchants;
- et de l'accord visant à favoriser le respect par les navires de pêche en haute mer des mesures internationales de conservation et de gestion, dénommé accord FAO de 1993 sur les navires de pêche.

Les articles premiers consacrés aux définitions stipulent:

#### a) Accord des Nations Unies de 1995 sur les stocks chevauchants:

«On entend par «mesures de conservation et de gestion» les mesures visant à conserver et à gérer une ou plusieurs espèces de ressources biologiques marines qui sont adoptées et appliquées de manière compatible avec les règles pertinentes du droit international telles qu'elles ressortent de la convention et du présent accord.»

optional declarations of acceptance of compulsory jurisdiction. In order to do that, the Court accepted as correct in law the definition and interpretation presented by the author of the reservation, notwithstanding the various other legal instruments to which the two litigating States are *inter alia* parties. At this stage in the proceedings, the task of the Court was not to establish a *prima facie* definition of conservation measures, but to ascertain whether all the conditions for what Canada characterizes as conservation and management measures are satisfied.

23. Paragraph 70 of the Judgment restricts the definition of “conservation and management measures” to their technical and factual dimension, resulting in the Court giving its own definition, one at variance with that expressly provided in the only two directly relevant international instruments: the United Nations Agreement on Straddling Stocks of 1995 and the FAO Agreement to Promote Compliance with International Conservation and Management Measures by Fishing Vessels on the High Seas. This approach is unacceptable: the Court did not confine itself to interpreting positive law, but created law.

## 2. *International Instruments Containing a Definition of Conservation and Management Measures*

### (1) *Historical background to the 1995 Straddling Stocks Agreement*

24. The relevant international provisions are constituted by Article 1

— of the Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, hereinafter “the United Nations Straddling Stocks Agreement of 1995”;

— and of the Agreement to Promote Compliance with International Conservation and Management Measures by Fishing Vessels on the High Seas, hereinafter “the FAO Fishing Vessels Agreement of 1993”.

Article 1 of each of these instruments, which contains definitions, provides respectively as follows:

#### (a) *United Nations Straddling Stocks Agreement of 1995:*

“‘conservation and management measures’ means measures to conserve and manage one or more species of living marine resources that are adopted and applied consistent with the relevant rules of international law as reflected in the Convention and this Agreement”.

b) Convention FAO de 1993 sur les navires de pêche :

«par «mesures internationales de conservation et de gestion» on entend les mesures visant à conserver ou à gérer une ou plusieurs espèces de ressources biologiques marines qui sont adoptées et appliquées conformément aux règles pertinentes du droit international telles que reflétées dans la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982. Ces mesures peuvent être adoptées soit par des organisations mondiales, régionales ou sous-régionales ... soit par accord international.»

25. L'étude comparative de ces deux stipulations ne manque pas d'intérêt à plusieurs titres. *En premier lieu*, l'influence déterminante de l'accord FAO de 1993 sur l'accord sur les stocks chevauchants lorsqu'il s'est agi de statuer sur l'incorporation de l'élément juridique dans la définition. Le droit de référence envisagé par rapport à la convention de Montego Bay de 1982 et à chaque accord spécifique qui énonce une définition est un élément constitutif de cette définition. *En deuxième lieu*, les deux accords sont des instruments conventionnels d'application de la convention de 1982 sur le droit de la mer. Enfin, bien que ces instruments ne soient pas encore en vigueur à la date du présent arrêt, le Canada tant que l'Espagne sont parties signataires de l'accord sur les stocks chevauchants respectivement le 4 décembre 1995 et le 3 décembre 1996.

26. L'examen de l'historique de la disposition 1 b) de la convention sur les stocks chevauchants révèle le rôle important joué par le Canada pour la consécration, dans le futur accord, de l'élément juridique international comme élément constituant de la définition juridique des «mesures de conservation et de gestion». Le Canada, le 14 juillet 1993, a été coauteur de la première proposition d'amendement qui prend en considération l'élément de droit international pour définir les «mesures de conservation et de gestion». Le document initial au projet de convention (A/CONF.164/L.22) présenté à la quatrième session ne contenait pas de dispositions pour définir les «mesures de conservation et de gestion». Ce fut le 14 juillet 1993 que, par la proposition A/CONF.164/L.11, les délégations d'Argentine, du Canada, du Chili, de l'Islande et de la Nouvelle-Zélande ont introduit la référence au droit international pour la définition des «mesures de protection et de gestion» dans les termes suivants :

«a) Le terme «mesures internationales de conservation et de gestion» s'entend des mesures visant la conservation ou la gestion d'un ou plusieurs stocks chevauchants ou stocks de poissons grands migrateurs en haute mer adoptées et appliquées conformément aux principes du droit international consacrés dans la convention des Nations Unies sur le droit de la mer et, en particulier, celles adoptées ou approuvées par des organisations régionales ou sous-régionales de conservation ou en vertu d'arrangements régionaux ou sous-régionaux de conservation des ressources halieutiques.»

(b) FAO Fishing Vessels Agreement of 1993:

“‘international conservation and management measures’ means measures to conserve or manage one or more species of living marine resources that are adopted and applied in accordance with the relevant rules of international law as reflected in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea. Such measures may be adopted either by global, regional or subregional . . . organizations . . . or by treaties or other international agreements”.

25. A comparative examination of these two provisions is not without interest in several respects. *In the first place*, the decisive influence of the 1993 FAO Agreement on the Straddling Stocks Agreement when it came to deciding whether to include the legal component in the definition. The relevant law, as reflected in the 1982 Montego Bay Convention and in each individual agreement containing a definition, is an intrinsic part of the definition. *Secondly*, both agreements are treaty instruments for the implementation of the 1982 Convention on the Law of the Sea. Finally, although neither instrument was yet in force at the date of the present Judgment, both Canada and Spain are parties to the Straddling Stocks Agreement, having signed it on 4 December 1995 and 3 December 1996 respectively.

26. A review of the drafting history of Article 1 (b) of the Straddling Stocks Agreement reveals the importance of the role played by Canada in securing the express recognition, in the future agreement, of international law as a component of the legal definition of “conservation and management measures”. On 14 July 1993, Canada was co-author of the first proposed amendment, which provided for the inclusion of international law as a component of the definition of “conservation and management measures”. The initial version of the draft Convention (A/CONF.164/L.22), presented at the fourth session, contained no provision defining “conservation and management measures”. It was on 14 July 1993, in proposal A/CONF.164/L.11, that the delegations of Argentina, Canada, Chile, Iceland and New Zealand introduced the reference to international law for purposes of the definition of “conservation and management measures”, in the following terms:

“(a) ‘international conservation and management measures’ means measures to conserve or manage one or more straddling fish stocks or highly migratory fish stocks on the high seas that are adopted and applied in accordance with the principles of international law as reflected in the United Nations Convention on the Law of the Sea and, in particular, such measures adopted or approved by regional or subregional fisheries conservation organizations or under regional fisheries conservation arrangements”.

La proposition conjointe d'amendement n'a pas reçu un appui suffisant pour pouvoir être immédiatement incluse dans la version révisée du projet; cette résistance de la conférence de négociations explique l'insistance dont a fait montre le Japon pour que le problème fût rouvert en mars 1995 avec l'amendement formel suivant:

«Article 1, paragraphe 1.

Ajouter l'alinéa suivant au texte du président:

- c) Par «mesures internationales de conservation et de gestion», on entend les mesures visant à conserver ou à gérer une ou plusieurs espèces de stocks chevauchants de poissons et de stocks de poissons grands migrateurs qui sont adoptées et appliquées conformément aux règles pertinentes du droit international telles que reflétées dans la convention. Ces mesures peuvent être adoptées soit par des organisations mondiales, régionales ou sous-régionales s'occupant des pêches, sous réserve des droits et obligations de leurs membres, soit par accord international.»

(Cet alinéa a été rédigé en s'inspirant de l'alinéa *b*) de l'article 1 de l'accord de la FAO visant à favoriser le respect par les navires de pêche en haute mer des mesures internationales de conservation et de gestion.)» (Texte miméographié non coté.) [*Traduction du Greffe.*]

27. Le document A/Conf.164/CRP.6 en date du 6 avril 1995 incorpore pour la première fois une définition de droit positif, des mesures de conservation et de gestion au sein de l'article premier du projet révisé:

- «a) On entend par «mesures de conservation et de gestion» les mesures visant à conserver et à gérer une ou plusieurs espèces de ressources biologiques marines qui sont adoptées et appliquées de manière compatible avec les règles pertinentes du droit international telles qu'elles ressortent de la convention et du présent accord.»

La version finale a repris celle révisée (doc. A/CONF.164/22/Rev.1) moyennant une modification mineure dans les termes suivants:

- «a) On entend par «mesures de conservation et de gestion» les mesures destinées à conserver ou à gérer une ou plusieurs espèces de ressources biologiques marines qui sont adoptées et appliquées de manière compatible avec les règles pertinentes du droit international exposées dans la convention et dans le présent accord.»

28. Au terme de ce rappel historique, deux observations méritent de retenir l'attention. *En premier lieu*, le rôle du Canada pour que la mention de la référence au droit international soit un élément visé dans la définition conceptuelle des mesures de conservation et de gestion; il s'agissait d'une disposition qui n'était pas une simple clause de style

The joint proposed amendment did not receive sufficient support to be immediately included in the revised version of the draft; this reluctance on the part of the negotiating conference explains why Japan pushed to have the issue reopened, in March 1995, with the following formal amendment:

“Article 1, paragraph 1.

Add the following subparagraphs to the Chairman’s text:

- (c) ‘international conservation and management measures’ means measures to conserve or manage one or more species of straddling fish stock(s) and highly migratory fish stock(s) that are adopted and applied in accordance with the relevant rules of international law as reflected in the Convention. Such measures may be adopted either by global, subregional or regional fisheries management organizations or arrangements, subject to the rights and obligations of their members”.

(This subparagraph was drafted drawing on Article 1, paragraph (b) of the FAO Compliance Agreement).” (Mimeographed text with no symbol.)

27. Document A/CONF.164/CRP.6 dated 6 April 1995 includes for the first time a positive-law definition of conservation and management measures in Article 1 of the revised draft:

- “(a) ‘conservation and management measures’ means measures to conserve and manage one or more species of living marine resources that are adopted and applied consistent with the relevant rules of international law as reflected in the Convention and this Agreement”.

The final version followed the wording of the revised text (doc. A/CONF.164/22/Rev.1), subject to a minor amendment, and ran as follows:

- “(a) ‘conservation and management measures’ means measures to conserve or manage one or more species of living marine resources that are adopted and applied consistent with the relevant rules of international law as reflected in the Convention and this Agreement”.

28. Following this historical review, two points are worthy of note. *First*, Canada’s role in securing inclusion of the reference to international law in the definition of the concept of conservation and management measures; this was no mere standard clause, for 22 months had elapsed between formal submission of the proposal and its incorporation in the

puisque'il s'est écoulé un délai de vingt-deux mois entre la présentation formelle de la proposition et son incorporation dans le projet d'accord. *En second lieu*, l'idée de «mesures internationales» visant la conservation et la gestion dans le zone de «haute mer» s'est progressivement estompée en tant que notion autonome; elle n'a pas été reprise dans la proposition d'amendement du Japon, ni relevée dans les versions finale et définitive du texte de l'accord; il s'agissait, en effet, d'un pléonasme dès lors qu'on faisait référence à la convention de 1982.

2) *Analyse de la notion de mesures de conservation et de gestion, alinéa b) de l'article premier de la convention des Nations Unies sur les stocks chevauchants*

29. Sur le plan formel, la signature par les deux parties litigantes atteste leur adhésion conceptuelle, au moins au niveau des définitions juridiques, aux stipulations de cet instrument. Ainsi, la définition formulée dans l'article premier de l'accord sur les stocks chevauchants exprime, en leur état actuel, l'expression commune et raisonnée des dispositions qui sont de nature à recueillir l'appui le plus large de la part des sujets de droit international. Quant à l'interprétation propre du Canada de la notion de «mesures de conservation et de gestion», elle remonte à juillet 1993 et considère la référence au droit international comme un élément constituant de cette définition; par ailleurs cette interprétation canadienne a été donnée bien antérieurement aux événements liés au présent litige: la modification de la loi canadienne sur la protection des pêches côtières (12 mai 1994); les incidents survenus à l'*Estai* (9 mars 1995) sans oublier le dépôt de la nouvelle déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire (10 mai 1994). Contrairement à ce que l'on pouvait attendre du Canada, compte tenu de la séquence des événements liés à la «guerre du flétan», il n'est pas trouvé trace d'une modification du comportement de la partie défenderesse, au principal, lors des négociations de l'accord sur les stocks chevauchants en relation avec la définition des «mesures de conservation et de gestion».

30. En dépit de l'affirmation de l'arrêt, aucune pratique contraire internationale d'Etat ou traité international ne viennent infirmer la définition donnée par l'accord de 1995 sur les stocks chevauchants inspirée de la convention FAO de 1993. A l'appui de sa démonstration, l'arrêt évoque des dispositions de législation nationale ou de droit européen qui se limiteraient à définir des mesures de protection et de gestion à leur seule dimension matérielle et factuelle. Ces exemples ne sont pas pertinents, car insuffisants pour justifier au regard du droit international la qualification desdites mesures. Il s'agit d'éléments de fait qui doivent être considérés comme tels.

En revanche, aucune *opinio juris* fondée sur une définition de cette notion de mesure de conservation et de gestion à sa seule dimension matérielle n'a été exposée par les Parties, ni identifiée par la Cour. Ce constat de carence amène à examiner au fond la définition de l'article premier de la convention de 1995.

draft agreement. *Secondly*, the notion of “international measures” of conservation and management on the “high seas” had progressively retreated from view as an autonomous concept; it was not included in Japan’s proposed amendment or in the final and definitive versions of the text of the Agreement; once reference was made to the 1982 Convention, it had effectively become redundant.

(2) *Analysis of the concept of conservation and management measures, Article 1 (b) of the United Nations Agreement on Straddling Stocks*

29. In formal terms, the fact that both Parties to the present dispute signed this instrument is evidence of their acceptance in principle of its provisions, at least as regards the legal definitions. Thus, the definition contained in Article 1 of the Straddling Stocks Agreement represents a common, reasoned expression of the current state of the provisions considered to be most widely acceptable to subjects of international law. Canada’s own interpretation of the concept of “conservation and management measures”, dating back to July 1993, regards the reference to international law as an intrinsic part of the definition; moreover, this Canadian interpretation was given well before the events relating to the present dispute: the amendment to the Canadian Coastal Fisheries Protection Act (12 May 1994), the incidents involving the *Estai* (9 March 1995), and indeed the deposit of the new declaration of acceptance of compulsory jurisdiction (10 May 1994). Contrary to what might have been expected from Canada, in view of the sequence of events in connection with the “halibut war”, there was no sign of a change in the attitude of the Respondent in this case during the negotiations on the Straddling Stocks Agreement as far as the definition of “conservation and management measures” was concerned.

30. Notwithstanding what is stated in the Judgment, there is no evidence of any contrary international State practice or international treaty that invalidates the definition given in the 1995 Straddling Stocks Agreement, which was itself based on that in the 1993 FAO Agreement. In support of its reasoning, the Judgment cites provisions of national or European law which are held to define conservation and management measures exclusively in material and factual terms. These examples are not relevant, for they provide an insufficient basis for the characterization of the measures concerned in terms of international law. They are simply elements of fact, which must be treated as such.

On the other hand, no *opinio juris* based on an exclusively material definition of conservation and management measures was either put forward by the Parties or identified by the Court. In view of this deficiency, it is necessary to undertake a detailed analysis of the definition contained in Article 1 of the 1995 Agreement.

3. *Interprétation au fond de l'alinéa b) de l'article premier de la convention de 1995*

31. L'analyse de cette définition rappelée dans l'arrêt révèle les deux éléments constitutifs de la notion: un élément descriptif et un élément de référence à la règle de droit international.

Face au caractère composite de la définition, l'arrêt a délibérément opté pour la qualification des mesures eu égard au seul élément descriptif, à l'exclusion du second élément. Cette option est critiquable et inacceptable dans la mesure où la seule justification avancée par l'arrêt se borne à exposer les risques inhérents au renvoi à l'élément de droit: le risque d'une décision *ultra petita*. Pour la Cour une décision avant dire droit traitant de l'élément de référence au droit international affecterait le fond de l'affaire.

32. Avec la majorité des membres de la Cour, on doit admettre sans problème qu'il n'y pas à statuer à la phase actuelle sur la licéité. Mais le désaccord porte sur la question de savoir si une explication portant sur les relations entre les deux éléments de la définition était nécessaire pour justifier toute décision de la Cour. L'arrêt répond de manière négative en se retranchant derrière la nature factuelle de ces mesures de gestion et de conservation. Cette décision de la Cour est inacceptable car elle ne tient pas compte du second élément de la définition qui est à envisager aussi bien dans son objet que dans sa portée, la Cour n'ayant eu en vue que ce second élément-ci. Nonobstant toute question de licéité des mesures, il appartenait à la Cour de dire si l'élément de droit est un élément intrinsèque à la définition ou tout simplement un élément opératoire. En d'autres termes, si on prive la définition de l'article premier de l'élément légal, se trouve-t-on toujours devant des mesures de protection et de conservation au sens juridique? Une telle hypothèse connaît des réponses en droit tant interne qu'international.

4. *Élément de droit et définition juridique*

33. En droit suisse des contrats: lorsqu'on examine la source des contrats individuels, et en l'absence de régimes législatifs particuliers, ce qui est déterminant pour définir l'origine des règles «c'est ce dont les parties *sont valablement convenues*». Pour savoir quand elles sont liées et quelle est la validité de leur accord, il faut se reporter aux principes qui sont exposés en droit des obligations (P. Tercier, *Les contrats spéciaux*, 2<sup>e</sup> éd., 1995, p. 3, par. 19). Lorsque le droit suisse envisage dans le droit des contrats de «donner aux faits constatés leur qualification juridique et de juger notamment si les parties ont suffisamment manifesté leur intention», il considère une telle question comme relevant du droit (voir S. Cyboz et Gillieron, *Code civil suisse et code des obligations annotés*, C.O., 1993, p. 1).

Dans ces conditions, un accord de volontés portant sur la partie normative, c'est-à-dire l'objet des prestations réciproques, n'est pas suffisant

### 3. *Analysis of Article 1 (b) of the 1995 Agreement*

31. An analysis of this definition, which is cited in the Judgment, reveals the two components of the concept: a descriptive element and a reference to the rules of international law.

Confronted with a composite definition, the Judgment deliberately opted for a characterization of conservation and management measures based solely on the descriptive element, excluding the second component. This approach is criticizable and unacceptable, in that the only justification for it put forward in the Judgment is a statement of the risks inherent in a reference to the legal component: the risk of a decision *ultra petita*. The Court considers that a preliminary decision involving the international law aspect would impinge on the merits.

32. I have no difficulty in agreeing with the majority of the Court that no ruling on legality is required at the present stage. However, my disagreement is over the question whether an explanation of the relationship between the two components of the definition was needed in order to justify the Court's decision. The Judgment, citing the factual nature of conservation and management measures, takes the view that it was not. This approach is unacceptable, for it ignores the second element of the definition, which has to be examined in terms both of its purpose and of its scope, whereas the Court considered only the latter. Notwithstanding any question as to the legality of the measures, the Court had a duty to state whether the legal component is intrinsic to the definition or merely an operative element. In other words, if the definition in Article 1 is deprived of its legal component, do the measures concerned remain conservation and management measures in the juridical sense of the term? Replies to this question are to be found both in domestic and in international law.

### 4. *The Role of Law in Legal Definition*

33. Let us consider the Swiss law of contract: if we examine the source of individual contractual obligations, we find that, in the absence of special legislative régimes, the determining factor in identifying the origin of the relevant rules "is what the parties *have validly agreed*". In order to determine the moment at which they become bound and whether their agreement is valid, recourse must be had to the principles embodied in the law of obligations (P. Tercier, *Les contrats spéciaux*, 2nd ed., 1995, p. 3, para. 19). When the Swiss law of contract contemplates "placing a legal characterization upon the facts as found and ascertaining whether the parties have sufficiently manifested their intention", it considers this to be a matter pertaining to the law (see S. Cyboz and Gillieron, *Code civil suisse et code des obligations annotés*, C.O., 1993, p. 1).

It follows that the fact that the parties are *ad idem* with regard to the normative element, that is, the subject of their reciprocal obligations, is

pour qualifier cette rencontre de volontés manifestées réciproquement et de manière concordante. Les volontés passent par le moule du droit pour que soient assurées l'identité de l'objet de la prestation et la concordance parfaite des volontés qui se rencontrent.

34. Dans le droit des traités, la définition du traité incorpore l'élément de droit international pour qualifier un accord de volontés des Etats de traité international. Il est bien connu que faute de renvoi au droit international, le concours de volontés ne constitue pas un traité, au sens du droit des traités. Cette soumission au droit international implique d'une part le caractère non exclusif de la soumission au droit international et d'autre part la distinction entre la sanction et l'existence de règle.

35. La soumission du traité au droit international exclut, à ce niveau, une idée de sanction, ou plus exactement la déclaration de conformité ou non à la norme; la question de la licéité au regard du droit international est hors de propos. Le problème est de savoir si les parties contractantes entendent soumettre leur accord au droit international ou non; si la réponse est affirmative, on a affaire à un traité. Mais la soumission au droit international ne signifie pas que le traité soit soumis exclusivement à celui-ci. Ainsi apparaît un espace mixte où se rencontrent pour s'appliquer dans leurs sphères respectives le droit international et le droit interne. C'est à juste titre que le Canada a édicté des dispositions de droit interne maritime pour la conservation et la gestion des ressources halieutiques. Mais en droit international, le problème ne se pose pas exactement dans les mêmes termes.

36. Le renvoi au droit international n'est pas envisagé *de manière générale à la manière d'une* clause-type analogue à celle qu'on retrouve dans les contrats privés. Il est envisagé de manière restrictive (*qualified*). La convention de 1982, en raison de son caractère universel, fixe le cadre juridique de toute activité en rapport avec le droit de la mer. Aussi est-il de pratique commune aux Nations Unies d'interpréter toute règle ou tout instrument de droit international dans le domaine du droit de la mer comme devant envisager spécialement la convention de 1982 et l'accord particulier en question.

37. La référence à la convention de Montego Bay pour la définition des concepts juridiques implique, à côté de la prise en compte des éléments normatifs de définition, la considération à accorder à l'aspect *ratione loci* du droit des espaces maritimes. Cette seconde donnée est capitale pour la compréhension de l'économie générale de la convention compte tenu du rôle joué par l'idée de «paquet» lors de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. La conséquence est que dans l'accord sur les stocks chevauchants, seules les mesures de conservation et de gestion soumises et conformes aux règles de la convention de 1982 peuvent être qualifiées comme telles — indépendamment de leur licéité —, bien qu'il faille admettre que la nuance soit très légère entre la définition de droit international et la licéité de ces mesures.

not in itself sufficient to characterize this mutual and concordant manifestation of a common intent. That intent must be tested in the crucible of the law, in order to be certain exactly what that subject-matter is and whether the parties are of one mind in every respect.

34. In treaty law, before an intended agreement between States can be characterized as an international treaty, it must by definition incorporate the element of international law. It is well known that, without that reference to international law, concurrence of intentions does not constitute a treaty within the meaning of the law of treaties. This subordination to international law is not necessarily exclusive in character, and at the same time implies a distinction between the notion of a sanction and the existence of a rule.

35. At this stage, the fact that a treaty is subject to international law precludes any notion of sanction or, more precisely, any issue of compatibility with that law; the question of legality under international law does not arise. The problem is to determine whether or not the contracting parties intend to make their agreement subject to international law; if the reply is affirmative, then it is with a treaty that we are dealing. However, the fact that a treaty is subject to international law does not mean that it is exclusively subject to such law. Thus we are dealing here with an area of mixed jurisdiction, where international law and domestic law co-exist and are applied in their respective spheres. Canada was perfectly entitled to enact domestic maritime legislation for the conservation and management of fisheries resources. However, from the standpoint of international law, the problem takes on a slightly different aspect.

36. The reference to international law is not expressed *in general terms*, as in a standard clause analogous to those found in private contracts. It is a restrictive or "qualified" reference. The 1982 Convention, by its universal character, establishes the legal framework for all activity relating to the law of the sea. It is thus common practice in a United Nations context to interpret any rule or instrument of international law concerned with the law of the sea as necessarily and particularly envisaging the 1982 Convention and the specific agreement in question.

37. The reference to the Montego Bay Convention for purposes of the definition of legal concepts means not only that the normative aspects of definition have to be taken into account, but also that consideration of the territorial aspect of the law governing maritime areas is required. The latter element is essential to an understanding of the general scheme of the Convention, in view of the significance attached to the "package" concept at the Third United Nations Conference on the Law of the Sea. It follows that, in the Straddling Stocks Agreement, only conservation and management measures subject to and in conformity with the rules of the 1982 Convention may be characterized as such — irrespective of their legality — although it is has to be admitted that the distinction between the definition of such measures in international law and their legality is an extremely fine one.

38. En conclusion, dans ces exemples tirés certes de rapports juridiques conventionnels, la référence au droit est une condition intrinsèque de la qualification d'un acte juridique.

*5. Élément de droit et définition juridique  
dans un acte unilatéral*

39. En la présente espèce, le problème tient à la nature unilatérale de la déclaration de réserve; l'arrêt en déduit comme conséquence la primauté de la volonté de l'auteur de la déclaration et partant la place large, sinon exclusive, accordée au droit interne de la partie défenderesse au principal. Il en résulte une restriction de la définition à son aspect matériel même pour une qualification de ces faits en droit international.

La législation de droit interne, au regard du droit international, relève de la même nature juridique que les faits soumis à l'examen du juge international qui est lié par la loi des parties. Il était donc nécessaire pour la Cour d'établir avec exactitude les faits pertinents aux fins de règlement du différend préliminaire; mais il était insuffisant de ne s'en tenir qu'à cette dimension, sauf à vouloir méconnaître la nature de l'acte unilatéral de réserve à la compétence obligatoire. Unilatérale quant à sa source, la réserve est internationale quant au déploiement de ses effets et en ce sens, elle relève à la fois du droit interne, ce que l'arrêt démontre à suffisance, et du droit international, ce que l'arrêt évite de trancher voire même d'envisager, ce qui est inacceptable.

40. Une déclaration assortie de réserve, parfaitement licite au regard du Statut de la Cour, comme l'est, en la présente espèce, la déclaration canadienne, ne peut en effet avoir pour conséquence de conférer au seul auteur de la réserve la réalisation de la condition de l'exercice par la Cour de sa compétence juridictionnelle. Les dispositions du paragraphe 6 de l'article 36 interdisent à la Cour de laisser à l'appréciation arbitraire de l'une des parties l'interprétation d'une déclaration que cette partie a effectuée de manière entièrement discrétionnaire.

En faisant droit à l'interprétation unilatérale de la réserve, une consécration judiciaire de la définition matérielle des mesures de conservation et de gestion méconnaît la nature du réseau de liens institué par les différentes déclarations d'acceptation du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. Les liens entre les parties litigantes se nouent au moment où les conditions stipulées par le défendeur sont acceptées, réserve comprise, par le demandeur lors du dépôt de la requête. Dorénavant, on n'a plus affaire à une seule volonté, unique, celle du défendeur, mais à la volonté commune des deux parties, telle que réalisée à l'occasion de la rencontre des volontés de l'auteur de la réserve et de l'Etat demandeur, concomitance qui a mis en action le lien juridictionnel entre les parties litigantes. Il est, dès lors, difficile de s'écarter des règles traditionnelles d'interprétation conventionnelle lorsqu'il y a lieu d'examiner la rencontre des volon-

38. We may accordingly conclude that in the above examples — drawn admittedly from legal relationships based on contract or treaty — reference to law is an intrinsic requirement for the characterization of a legal instrument.

5. *The Role of Law in Legal Definition in the Case of a Unilateral Instrument*

39. In the present case, the problem derives from the unilateral nature of the reservation in the declaration; the Judgment concludes that in these circumstances the intention of the author of the declaration is paramount and, hence, that substantial, not to say exclusive, importance should be accorded to the respondent Party's domestic legislation. As a result, the definition is restricted to its material aspect, even for purposes of characterization of the facts in international law.

From the standpoint of international law, domestic legislation is of the same juridical nature as the facts submitted for consideration by the international forum, which is bound by the law of the parties. It was therefore necessary for the Court to establish the pertinent facts with precision for the purpose of settling the preliminary dispute; but it was not enough to consider that aspect alone, for this was to misconstrue the unilateral nature of a reservation to compulsory jurisdiction. The reservation is unilateral in origin but international in its effects, and in consequence pertains both to domestic law, as the Judgment sufficiently demonstrates, and also to international law, an issue which the Judgment avoids resolving or even contemplating; and that is unacceptable.

40. A declaration to which a reservation is attached, while perfectly valid under the Court's Statute — as is the Canadian declaration in this case — cannot have the effect of conferring upon the author of the reservation sole responsibility for determining whether the condition for the Court's exercise of its jurisdiction is met. The provisions of Article 36, paragraph 6, prohibit the Court from affording one of the parties unfettered discretion to interpret a declaration made by that party in the free exercise of its discretion.

In endorsing a unilateral interpretation of the reservation and espousing a material definition of conservation and management measures, the Court has failed to appreciate the nature of the network of relationships constituted by the various declarations of acceptance under Article 36, paragraph 2, of the Statute. The relations between the litigating parties come into being at the time when the conditions formulated by the respondent — including any reservation — are accepted by the applicant when it files its application. From that point in time, we are no longer dealing with a single, unilateral intention, that of the respondent, but with the common intention of the two parties, as formed at the moment when the intention of the author of the reservation meets that of the applicant State, an event which creates the jurisdictional link between the litigating parties. Consequently, when faced with a common intent con-

tés, soutenue par des arrière-pensées différentes concernant la signification des mesures de conservation et de gestion.

41. La rencontre de volontés, en soi, ne suffit cependant pas pour la création d'obligations juridiques. Il en est ainsi lorsque les parties à un accord n'ont pas voulu établir entre elles un rapport juridique et qu'elles ont entendu écarter leur volonté commune de l'espace couvert par le droit. En matière de qualification juridique, comment peut-on être assuré de la rencontre des volontés sur l'acception commune d'une notion particulière si on n'a pas recours au mode d'expression accepté de l'*opinio juris* international, c'est-à-dire le droit international? La rencontre des volontés ne s'est ainsi opérée qu'à la condition que chaque partie ait coulé son consentement dans le moule de la définition des mesures de conservation et de gestion en droit international. Il en résulte que c'est par rapport à la définition en droit international que doit être interprétée la notion en cause aux fins de clôturer le différend intermédiaire dans la présente instance. Cette définition dans le droit comprend deux volets *ratione materiae* et *ratione loci*.

La question aurait été de nature différente si la réserve canadienne stipulait la compétence exclusive de l'auteur de la déclaration pour interpréter le droit international, mais une telle clause n'existe pas. Dans ces conditions, c'est à la Cour qu'il appartient de définir ces mesures de conservation et de gestion selon le droit international.

Mais la Cour ne peut répondre à la question essentielle du différend préliminaire (le différend présenté par le demandeur dans sa requête entre-t-il dans les prévisions de la déclaration et de la réserve du défendeur?) tant qu'elle n'a pas procédé à l'examen au fond du différend. Il faut en effet examiner le contenu de la mesure, la pratique des Etats, pour s'assurer s'il s'agit de mesures de protection et de gestion, au sens où l'entend la convention de 1982. Ainsi l'objection n'a pas un caractère exclusivement préliminaire. En répondant par l'affirmative à la question, l'arrêt donne droit aux revendications théoriques de fond du défendeur qui sollicite une immunité des mesures et actes qu'il accomplit, indépendamment de leur licéité.

Au terme de mon analyse:

- 1) les développements de l'arrêt relatif à l'objet du différend sont sans lien direct avec la question que la Cour a à traiter à l'occasion de la présente procédure préliminaire;
- 2) l'objection du Canada n'a pas un caractère exclusivement préliminaire et doit être jointe au fond.

(Signé) Raymond RANJEVA.

cealing an underlying divergence of views with regard to the meaning of conservation and management measures, the Court cannot lightly lay aside the traditional rules for the interpretation of treaties.

41. A common intent is not, however, in itself sufficient to create legal obligations. This would be the case where the parties to an agreement did not intend to establish a mutual legal relationship and sought to exclude their common intent from the area governed by the law. For purposes of legal characterization, how can the existence of a common intent as to the generally accepted meaning of a particular concept be established, otherwise than by reference to the accepted means of expression of international *opinio juris* — international law? Thus, a common intent can have effectively been formed only if each party has shaped its consent to fit the definition of conservation and management measures in international law. Consequently, it is by reference to its definition in international law that this notion must be interpreted for the purpose of settling the preliminary dispute in this case. That definition comprises two elements, one *ratione materiae*, the other *ratione loci*.

The nature of the issue would have been different if the Canadian reservation had provided for the exclusive competence of the author of the declaration to interpret international law, but there is no such provision. It is accordingly for the Court to define the conservation and management measures in question on the basis of international law.

However, the Court cannot answer the fundamental question raised by the preliminary dispute (Is the dispute presented by the Applicant in its Application covered by the terms of the Respondent's declaration and reservation?) until it has examined the merits of the dispute. Thus it is necessary to examine the content of the measures and the practice of States in order to ascertain whether these were conservation and management measures within the meaning of the 1982 Convention. It follows that the objection does not possess an exclusively preliminary character. In answering the above question in the affirmative, the Judgment accepts the hypothetical claims on the merits of a respondent which seeks immunity for the measures it takes and the acts it performs, irrespective of their legality.

In conclusion, I consider that:

- (1) the passages in the Judgment concerning the subject of the dispute have no direct connection with the question with which it is for the Court to deal at this preliminary stage of the proceedings;
- (2) Canada's objection does not possess an exclusively preliminary character and should be joined to the merits.

(Signed) Raymond RANJEVA.