

ÉCRITS DE DROIT

writings of law

‘revu et augmenté’

© Editions feu de brousse
Mars 2020
ISBN : 978-2-911673-75-7
BP: 22032 Dakar-Ponty / Sénégal
email : edfeubrousse@gmail.com
Conception : Amadou Lamine BA

Tafsir Malick Ndiaye

ÉCRITS DE DROIT
WRITTINGS OF LAW
[OFFPRINTS]

TOME 1

les éditions feu de brousse

2020

PREFACE

LA PASSION DU DROIT ET LE GOÛT DE LA MER

Un poète préfacer les écrits d'un juge ? La plume d'un poète sur les arrêts et délibérations d'un juge ? Ce n'est pas une audace, c'est un défi contre la raison ! Mais la raison, par bonheur, n'a jamais fait le monde, je veux dire l'homme. L'homme c'est le cœur. Le cœur c'est le raccourci vers Dieu. Peut-être que le Droit ne peut être que raison, pour conduire sa mission de justice et d'équité. Et sur cette voie, il est quelque part à l'ombre du divin. Il serait même Sa voix sur terre, c'est à dire l'écho de ce qui est juste et équitable. Mais jusqu'où des mortels peuvent-ils accomplir cette mission du juste et de l'équitable ? Jusqu'où le Droit serait-il à la fois raison et émotion sans se mettre en péril ? La justice s'accommode mal de l'émotion. Ou très peu. Rendre la justice, dit-on, rend froid, distant, impassible. Ou presque. Mais cela ne voudrait pas dire que les juges n'ont pas de cœur. J'en ai connu et j'en connais encore de brillants et invincibles qui avaient le cœur aussi grand que la Mecque et Rome réunis. Tafsir Malick Ndiaye fait partie de ceux-là. Seulement, le cœur est faillible, c'est à dire faible, alors que le Droit et la justice ne sauraient être faillibles et faibles. Voilà sans doute pourquoi le cœur, moins froid, plus apte à se plier, ne saurait être l'outil du juge. Il en va autrement des poètes. Mieux vaut alors s'armer de raison pour gouverner le Droit. La raison a eu tendance dans l'histoire de la pensée, à nier l'existence de Dieu. Ce qui ne voudrait pas dire que les juges nieraient l'existence de Dieu. Ils ne philosophent pas. En effet, des philosophes athées et brillants ont été les porte-parole de cette négation de Dieu. Pour d'autres, Dieu ne peut être raison pure, car rien dans la raison pure ne saurait prouver son "existence". C'est le cœur qui peut aller chercher Dieu, c'est à dire la foi. Et la foi est émotion. Dieu est donc cœur et émotion, car Il pardonne. Le Droit, la justice ne pardonnent pas. On accède plus facilement à Dieu par le cœur et l'émotion que par la raison. Avec le Divin, 1+1 peut faire 1 et pas forcément 2. Comme dans l'amour. Mais laissons Dieu tranquille et la raison avec Lui.

D'où viendrait donc le Droit ? Sans doute de très loin. Avant lui, comme dirait d'Ormesson, combien de "fleuves de sang", combien de "montagnes de cadavres" nous ont précédés ? Dans une centaine de mil-

liards d'années à venir, comment se présentera le Droit ? A quoi ressemblera-t-il ? Ce qui est sûr, c'est qu'il sera à l'image de quelque chose qui n'existait pas. A l'image de sociétés si évoluées mais sans doute plus fragiles encore qu'aujourd'hui. Les technologies déshumanisent, même en reculant l'horizon des hommes. Elles prennent la place de l'humain. Elles fabriquent du chômage dans des "usines de rêves". Dans un milliard d'années, nous aurons changé inéluctablement notre façon de vivre, mais pas d'aimer, de souffrir, de mourir. Ce qui ne mourra pas parce que désormais consubstantiel à la marche et à la régulation de la vie en société, c'est le Droit, le fait de rendre la justice, de départager les bons des méchants, de combattre l'injustice. L'homme n'aura pas évolué en naissant avec deux têtes, quatre jambes et deux cerveaux. Il aura toutefois entre ses mains des outils technologiques et scientifiques qui pourront lui donner deux têtes, quatre jambes, deux cerveaux, c'est à dire une puissance de penser, de concevoir, de jouir d'une espérance de vie de deux cents ans, de voyager plus vite et peut être à la vitesse de la lumière. Ce temps du monde à venir aura des effets certains sur la notion de Droit et de rendre la justice. Aurons-nous d'ailleurs physiquement besoin de juges ? Serions-nous déjà dans le 3ème monde ? Cela donne le vertige!

Lorsque le juge Tafsir Malick Ndiaye, enfant du Sine-Saloum comme moi, m'a demandé de rédiger la préface de cet ouvrage, monument de ce que le Droit peut arbitrer dans les litiges maritimes internationaux, je n'ai pas souri. J'ai blêmi. Pourtant, les jours passant, habité par cette requête du juge Ndiaye, je me suis convaincu que mon meilleur inspirateur serait le juge Ndiaye lui-même. C'est qu'en effet, Tafsir Malick Ndiaye n'est pas qu'un juge. L'homme est un redoutable érudit, un intellectuel d'une rare finesse dont la compagnie guérit toute angoisse existentielle. Et cette compagnie, j'en abuse depuis de longues années. Ce juge là n'est pas n'importe quelle figure enfermée dans une toge et une toge seule. Ce juge que certes sa robe noire habite incandescemment, y ajoute une intelligente et généreuse ouverture d'esprit qu'une solide éducation et une haute culture nourrissent et tiennent en éveil. Le temple du juge Ndiaye est fait de plusieurs autres temples où rassasié des règles de Droit au-delà de celles de la mer, il gouverne également le spirituel dans une amoureuse et rassurante symbiose.

Ce juge n'est pas un juge. C'est un "continent de l'esprit". Il me fait penser à ces mots: "Les braves cachent leurs actes comme les honnêtes gens leurs aumônes. Ils les déguisent ou s'en excusent". Tel est Tafsir Malick Ndiaye! Avec lui, j'ai appris comme dans mon compagnonnage avec Senghor, que partout où l'humilité est exclue, la grandeur s'enfuit.

Comme il est difficile d'être un juge, à l'image de Dieu, même si les juges n'en demandent sans doute pas autant ! A bien y réfléchir, les juges ne jugent pas. Ils engagent plutôt leur conscience. Ils fortifient par l'acte de juger la dignité de leur fonction pour les meilleurs parmi eux. Juger c'est d'abord un respect de soi-même. C'est dans cette posture que l'on est fort et que l'on ne craint pas d'être injuste. Il n'existe pas d'ailleurs de juge injuste. Il n'existe que des juges qui ont brûlé en eux leur toge.

Juger est un pouvoir de majesté. Comme écrire des poèmes, avec, toutefois, cette différence qu'à l'opposé du poète inspiré, le juge n'a de muse que la règle de Droit. Mais il arrive que la règle de Droit ne soit pas immuable. La jurisprudence peut venir à son secours et dès lors le juge jouit d'une soupape dans la gouvernance et la célérité de la loi. La jurisprudence donne toujours une âme à un jugement pour en faire une sorte d'arrêt délié, hors du pied et de la lettre rigide de la règle de Droit. C'est là le troisième poumon du juge. Un juge a toujours trois parents: son père, sa maman, son sacerdoce. Albert Camus ou un de ses héros disait: "qu'entre la justice et ma mère, je choisis ma mère". Le bon juge, quant à lui, dirait: "C'est la vérité qui se trompe, non la loi"!

Le poète porte le monde en créant son œuvre, inspiré, emporté et balloté qu'il est par sa muse. Le juge, lui, est enchaîné à ses règles de Droit. La jurisprudence est sa muse salvatrice. Elle est le nid de son peu de liberté face aux barbelés des lois.

Que serait le monde sans les juges ? Mais que seraient également les juges sans des institutions étatiques et supranationales d'où émane leur légitimité de rendre la justice? Voilà pourquoi un monde à l'ordre organisé et protecteur est souhaitable pour l'humanité. Dans l'histoire des peuples, des princes ont été à la fois maître du pouvoir et de facto

juge, sans que personne, homme ou institution, n'ait à redire. Ils avaient droit de vie et de mort sur leurs sujets. La seule règle de Droit qui prévalait était la leur. Nous pouvons dire que l'homme a commencé à descendre de l'arbre le jour où la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens -votée le 26 août 1789- a commencé à libérer l'homme de l'esclavage, de la dictature, pour en faire un citoyen à égalité politique et sociale capable de se défendre et de se faire défendre. Le vocable "citoyen" a embelli le Droit et paré la justice d'un manteau de feu qui ouvre à l'humanité des promesses.

Suivons cette belle histoire, dans ce dialogue, que voici: -Monsieur, vous avez un avocat? -Le juge sera mon avocat! Quel bel hommage à la fonction de juge! "Le Droit, disait le poète Hugo, c'est l'inviolabilité de la vie humaine, de la liberté." Les juges sont veilleurs de jour. Ils dorment dans le lit de la démocratie, c'est à dire veillent sur la souveraineté des peuples. Ils ne sont pas qu'utiles au monde. Ils sont le monde pour que celui-ci soit monde: c'est à dire juste, équitable, beau à vivre à l'image de ce que l'homme, dans ce qu'il a de meilleur, cherche à atteindre dans la sécurité et la préservation de ses droits.

En Droit, si vous appelez le hasard, ce n'est pas le hasard qui répond. C'est le juge qui répond. C'est pour cette raison que l'agenouillement des juges est l'agenouillement de la justice. Si le juge est souillé, la justice est souillée. La justice naît toujours de l'injustice. Devant l'injustice, obéir à la loi, dit-on, "cesse d'être un devoir". On voit alors combien tout devient dangereux, dès lors que la rébellion a pris les armes chez l'homme humilié. Il y aurait, peut-être, une chose que Dieu n'aurait donné qu'aux juges: avec eux, la vérité peut se tromper! Ce sont des juges libres et indépendants qui démontrent la forme aboutie d'une société. Leurs voix ne devraient ni "applaudir le peuple", ni "maudire le roi". Mais rendre la justice. Tenir la ligne de crête. «Examiner avec soin les faits à lui soumis, car il sait qu'une appréciation correcte des faits conduit à une application erronée du Droit, ce qui affecte l'idéal de justice.»

Le Droit de la mer, et dont le juge Tafsir Malick Ndiaye est parmi les plus brillants et invincibles régulateurs au Tribunal international, est venu en ce 21ème siècle qui commence, renforcer un ordre salvateur à

des conflits modernes dévastateurs. Ce tribunal arme les Etats ainsi protégés par de hautes juridictions internationales animés par des juges rompus au labeur.

Cet ouvrage que nous avons entre nos mains est impérissable. Il est une balise, un référent pour tous les juges présents et à venir. Il apporte un supplément de confort dans de sévères et complexes arbitrages à mener pour départager dans la paix, le dialogue, l'ordre, la justice, des Etats inégaux, qui puissants, qui faibles. Le bon juge ne connaît ni le riche ni le pauvre. Il ne connaît que ce qui est juste et équitable. C'est un apôtre de la paix et de l'ordre du monde. Il civilise les mitoyennetés. Il aide à l'enseignement de l'humilité, au respect du démuné spolié, au droit du riche offensé. C'est en cela que cet ouvrage et celui qui en est le puissant et généreux auteur, sont à saluer, à honorer, car ils ont honoré le Droit, honoré leur discipline, honoré l'humain dans le compromis et non la guerre, honoré les nations qui partagent notre planète mer.

En tenant compte des règles et principes juridictionnels de nos sociétés traditionnelles, en Afrique par exemple, je me suis demandé jusqu'où le juge moderne doit rester enfermé dans l'application des lois qui gouvernent la communauté internationale. En effet, il y aurait ce que le Droit moderne condamne et que la tradition et la coutume autorisent. Comment donc étaient arbitrés les litiges maritimes au temps où l'Afrique rayonnait sur le monde et que Paris n'était que des marécages? Mais, finalement, si sans doute nous nous arrêtons à l'étymologie latine du terme "Droit", *directum*, "ce qui est juste", tout devient simple ou presque. La problématique qui est en même temps la difficulté majeure, c'est de juger dans n'importe quelle type de société, et toujours, de ce qui est juste ou de ce qui ne l'est pas. Alors, n'aurait-on pas besoin de paradigmes différents entre le Droit dit moderne et les règles et coutumes des sociétés traditionnelles. Pussions-nous dans cette mission, ne pas souffrir à aller reconnaître le sexe des anges, mais se rassembler autour des mêmes principes.

Voilà un livre ouvert aux chants de la mer, comme dirait le poète. Mais un livre surtout ouvert aux juges insomniaques afin qu'ils dorment enfin apaisés.

Mes pensées ici vont aux milliards d'oiseaux et aux milliards d'espèces marines qui sillonnent les mers et les océans et qui se rient de l'arrêt et de la sentence des juges délimitant les zones litiges frontalières maritimes internationales. Cela s'appelle d'un mot, depuis l'aube du monde: la liberté ! Puisse cette liberté qui nous a précédés inspirer les Etats, les nations et les peuples dans cette volonté de vivre ensemble, mais différents, quoique unis et solidaires pour le combat d'une humanité qui soit digne de nous. Frontières oui, mais mitoyenneté plus encore, jusqu'à effacer les bornes dont les premières et les plus dangereuses sont en nous. Il faut détruire en nous tout trône sur le monde !

Bravo Monsieur le juge Tafsir Malick Ndiaye ! Nous n'avons pas besoin de dire que vous rendez la fierté et la dignité à votre continent l'Afrique et par delà elle, à tous les continents frères des quatre horizons de la terre. Il y a longtemps que les fils de l'Afrique ont déconstruit tous les murs! Nous n'avons plus à demander ce qui nous appartient. Votre siège de juge parmi vos pairs au Tribunal International du Droit de la Mer n'est pas usurpé. Loin s'en faut. Cet ouvrage en est une belle et bien éclatante preuve. Ne sera pas le juge Tafsir Malick Ndiaye qui veut! Votre marque propre restera indélébile. Elle constitue une contribution mondiale historique inestimable qui grandit le Droit.

Votre ouvrage fera date. Les rayons juridiques des bibliothèques et des institutions les plus prestigieuses de par le monde ainsi que les facultés de Droit, en seront parés. Votre nom restera. Votre ouvrage est entré dans le patrimoine mondial du Droit de la mer. Il durera tant que les mers et les océans ne seront pas asséchés. Même asséchés, votre ouvrage que voici donnera à tous ceux qui le feuillèteront, loin dans le temps, bien après nous, le vrai goût du sel, l'appel lancinant de la mer et cette vérité que le Droit est un rempart contre cette maladie dont nous ne voulons pas guérir et qui s'appelle d'un mot: l'espérance.

Amadou lamine Sall

Poète

Lauréat des Grands Prix de l'Académie française

Lauréat du Grand Prix International de Poésie Tchicaya Utam'si, Maroc.

Lauréat du Grand Prix de Poésie Internationale Fernando D'Almeida, Québec

*A Khar Suzanne Diouf,
Massaër Ndiaye,
Makhfou Mahécor Ndiaye
et Pape Magatte Ndiaye
avec l'expression de mon affection la plus profonde.*

BIOGRAPHIE



Juge -judge-Tafsir Malick NDIAYE

Après avoir obtenu son premier diplôme de l'Institut de hautes études internationales de l'Université de Paris (Major de Promotion, 1980), il obtient un diplôme d'études approfondies en droit public, option : droit international public de l'Université Paris X Nanterre (mention bien et major de promotion, 1980). Il y obtient un autre diplôme d'études approfondies l'année suivante en sciences politiques, option : relations internationales. Il a également reçu un diplôme du Centre d'études et de recherches en droit international et en relations internationales de l'Académie de droit international de La Haye (1981). Certificat des Nations unies à l'issue du Stage annuel (1979).

Il occupe les postes d'Assistant à l'Université Paris X-Nanterre et simultanément d'Assistant au Collège de France dans la chaire de droit international du professeur René-Jean Dupuy. Il devient docteur d'État en droit de l'Université Paris X-Nanterre en 1984 avec la mention très honorable et les félicitations du jury.

Rentré à Dakar, il occupera le poste de directeur du Centre de recherche de la Faculté de droit de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar à partir de 1985.

Il sera nommé avocat-conseil et co-agent du gouvernement du Sénégal dans l'affaire de la délimitation de la frontière maritime entre le Sénégal et la Guinée-Bissau devant le Tribunal arbitral de Genève (1986-1989) puis la Cour internationale de justice de La Haye (1989-1991). Il a également été conseiller auprès du gouvernement du Sénégal sur la Sénégalie (1986), un consultant des Nations unies (a effectué plusieurs missions pour l'Organisation des Nations unies, à partir de 1989). Devenu conseiller du Gouvernement sénégalais lors des négociations relatives à la dette commerciale (souveraine) du Sénégal devant le Club de Londres (1989), il sera également rapporteur de la Commission nationale de réforme du code électoral sénégalais (1991).

Il a également été consulté et a participé comme expert à la Coalition mondiale pour l'Afrique (Washington, DC). Il est aussi un juriconsulte et un professeur invité dans diverses universités. Professeur invité à l'Académie d'été de la Fondation internationale du droit de la mer (2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017) ; Professeur invité au Programme de renforcement des capacités dans le Règlement des différends internationaux (2009, 2010, 2012, 2015.) de la Nippon Foundation.

Il a siégé dans plusieurs jurys de thèses. Membre du conseil scientifique de la revue de droit *State Practice and International Law* depuis le 13 février 2012. Il est Membre du Panel des Eminentes Personnalités (PEP) de l'African Center of International Law Practice (ACILP)¹.

Il a été membre de la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer (1996-1999 ; 2011-...) ; il est membre de la Chambre de procédure sommaire et de la Chambre pour le règlement des différends relatifs à la délimitation maritime depuis 2008. Il a été élu à l'unanimité Président de la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux

pêcheries, le 6 octobre 2011. La Chambre pour le Règlement des différends relatifs aux pêcheries, constituée conformément à l'article 15, paragraphe 1 du statut du tribunal, connaît des différends relatifs à la conservation et à la gestion des ressources biologiques marines, que les Parties conviennent de lui soumettre. La Chambre se compose de neuf membres. Le juge Ndiaye est élu président de la Chambre jusqu'au 30 septembre 2014. Il est aussi membre du Comité du Règlement et de la pratique judiciaire du Tribunal ainsi que du Comité de la Bibliothèque, des Archives et des Publications, dont il fut le président (2005-2008). Il a été réélu juge du Tribunal international du droit de la mer, à New York, en 2011 par 139 États-Parties sur 162.

Il a été intervenant à la conférence internationale commémorant le trentième anniversaire de l'ouverture à la signature de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer, organisée par l'Organisation des Nations unies et le ministère sud-coréen des Affaires étrangères à Yeosu le 12 août 2012. Membre de la Commission d'Éthique de l'Association des Fédérations Internationales d'Athlétisme (IAAF) pour un mandat de quatre ans à compter du 1er janvier 2014.

Le 9 janvier 2016, il est nommé Parrain de la première promotion du Master Professionnel "Droit et Gestion des Activités Maritimes" MASTER PROMER, (2015-2016) organisée en double diplomation entre l'Université CAD de Dakar et l'Université SENGHOR d'Alexandrie avec l'appui de l'Université de Rouen, ULg (Liège) et l'Institut maritime du Québec. La Conférence inaugurale a porté sur "Les Enjeux et Défis du Droit de la Mer".

Professeur invité au Shanghai Ocean University (SHOU) en 2017 et 2018.

Professeur invité au Shanghai University of Political Science and Law (SHUPL) 2019.

Le 26 avril 2018, il est nommé Parrain de la Promotion 2016-2017 de Droit Sécurité des Activités Maritimes et Océaniques (DSAMO) du Centre TRAIMAR de Dakar.

Juge-Doyen du Tribunal International du Droit de la Mer depuis le 1er Octobre 2017 à Hambourg.

Juge au Tribunal Disciplinaire de l'IAAF depuis le 29 novembre 2017 [Monaco], IAAF DISCIPLINARY TRIBUNAL, www.iaaf.org.

Le 13 février 2019, il est invité par la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques des Nations unies à contribuer à la Médiathèque de droit international des Nations unies.

Publications

- « L'accord international sur le droit international », in *Revue de droit africain*, 1982
- « Le fonds commun dans le cadre du programme intégré pour les produits de base », in *Revue tunisienne de droit*, 1982
- « Les "Falklouines" et le droit international », in *Annales africaines*, 1985
- « Le jus cogens », in *Annales africaines*, 1986
- Le président en exercice de l'OUA : éléments pour une théorie de l'institution à la lumière de l'expérience sénégalaise (coopération), 1988
- *Intégration africaine : évolution institutionnelle*, Espoir, 1991
- *Matières premières et droit international*, 1992
- Pour un développement endogène en Afrique (coopération), series of books published by the Council for the Development of Economic and Social Research in Africa, 1992
- (en) *Disarmement and Security in Africa*, Topical Paper no 12, ONU, 1992
- Des transitions démocratiques en Afrique, in *Alternative démocratique dans le tiers monde*, no 6, juillet-décembre 1992
- « La juridiction constitutionnelle introuvable : à propos de la nature du Conseil constitutionnel français », in *Revue tunisienne de droit*, 1995, p. 200-234.
- (en) *Provisional measures before the International Tribunal for the Law of Sea*, Current Marine Environmental Issues and the International Tribunal for the Law of Sea, Myron H. Nordquist and John Norton Moore (eds), 2001
- La recevabilité devant les juridictions internationales, *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah*, T.M. Ndiaye and R. Wolfrum (eds), Martinus Nijhoff Publishers 2007, p. 249-295.
- (en) « Proceedings on the Merits before the International Tribunal for the Law of the Sea », *Indian Journal of International Law*, vol. 48, no 2, April-June 2008, p. 169-187.
- La responsabilité des États pour dommages à l'environnement marin, *International Law: New Actors, New Concepts – Some Problems*, Liber Amicorum Božidar Bakotić, B. Vukas and T. Šošić (eds), Martinus Nijhoff Publishers 2008, p. 265-280.
- (en) *The Advisory Function of the International Tribunal for the Law of the Sea*, 9 Chinese JIL (2010), p. 565-587. (Publié par Oxford University Press) (Article cité par le gouvernement du Royaume-Uni dans son exposé oral présenté devant le Tribunal international du droit de la mer dans l'Affaire no 17 « Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone. Demande d'avis consultatif soumise à la Chambre pour le Règlement des différends relatifs aux fonds marins », ITLOS/PV.2010/3/Rev.1 du 16 sept. 2010, lignes 30-32, note no 10, p. 24, et lignes

36-39, note no 48, p. 33).

- « Les procédures contentieuses devant le Tribunal international du droit de la mer » in *Mélanges offerts à Daniel Vignes*, Bruylant, 2009, p. 645-690.

- « Le juge et la délimitation maritime : mode d'emploi », *Governing Ocean Resources, New Challenges and Emerging Regimes, A Tribute to Judge Choon-Ho Park*, A Law of the Sea Institute Publication, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 139-161.

- « La pêche illicite, non déclarée et non réglementée en Afrique de l'Ouest », in *L'Afrique et le Droit International. Variations sur l'Organisation internationale*, (Africa and International Law, Reflections On The International Organization), en l'honneur de Raymond Ranjeva, *Liber Amicorum*, Ed. A. Pedone 2013, p. 233-264.

- (en) « Illegal, Unreported and Unregulated Fishing: Responses in General and in West Africa », *Chinesejil Advance Access*, publié par Oxford University Press le 27 avril 2011, doi:10.1093/chinesejil/jmr012

- « Les droits de l'homme aujourd'hui » in *Mélanges offerts au juge B. Vukas*, 2013, pp.574582.

- « La non-comparution devant le Tribunal international du droit de la mer », *Liber Amicorum G. Eiriksson*, 2014, pp.143-163.

- «<<Non-Appearance Before The International Tribunal For The Law Of The Sea>>», *Indian Journal of International Law*, vol. 53, No.4, (2013) p. 545-564.

- «<<Les avis consultatifs du Tribunal international du droit de la mer>>», in, *Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea*, *Liber Amicorum Judge Hugo .Caminos*, BRILL NIJHOFF, Leiden/Boston, 2015, Chap.36, p. 622-653..

- «<<Défis et Perspectives du Nouveau Droit de la Mer>>», *Revue Droit Maritime Africain*, No 01, Avril/Juin 2016, pp.11-45

- «<<La Pêche illicite, non déclarée et non réglementée en Afrique de l'Ouest>>», *Revue Droit Maritime Africain*, No 02, Juillet/Décembre 2016, pp.13-32

- «<<Challenges and Prospects of the New Law of the Sea>>», *State Practice and International Law Journal (SPILJ)*, Vol.3, 2016, pp.1-40.

- *ECRITS DE DROIT (Writings of Law)*, Dakar Editions Feu de Brousse, 2017, 1300p.

- «<<Les Droits de l'Homme et la Mer>>», *Table Ronde Conclusive du Colloque Annuel de la Fondation Rene CASSIN (Institut International des Droits de de l'Homme)*, Faculte de Droit, Université du Mans (France), 24 25 Mai 2018.

- «<<Admissibility before the International Courts and Tribunals>>», *Journal of Law and Judicial System*, volume 1, Issue 2, 2018, pp.21-47.

- «<<The International Protection of the Marine Environment>>», *State Practice and International Law Journal (SPILJ)*, 2017, Vol.4, pp.15-40.

- «<<The International Courts and Tribunals, the Protection and Preservation of the Marine Environment>>», *Journal of Law and Judicial System [JLJS]*, Vol.I,

Issue 3, 2018, pp.21-44.

- <<Proceedings Before The International Tribunal for the Law of the Sea>>,Journal of Law and Judicial System,[JLJS],,Vol.I.,Issue 3,,2018, ,pp.46-81,,ISSN 2637-5893(Online). .E-BOOK,Tafsir Malick NDIAYE,EGRITS DE DROIT,[WRITINGS OF LAW],Tomes I & II,Dakar,Ed.Feu de brousse 2019,1920 pages. .<<Prospects of Evolution of the Law of the Sea,Environmental Law and the Practice of ITLOS,New Challenges and Emerging Regimes>>Essays in Honour of Judge Vicente MAROTTA RANGEL, Tafsir Malick NDIAYE and Rodrigo MORE(Editors), Sao Paulo(BRAZIL)Sag Editoracao,2018,367p. <<NDIAYE,T.M.(2019),Human Rights at Sea and the Law of the Sea.Beijing Law Review;10,261277.https://doi.org/10.4236/blr.2019.102016 [archive]. <<The Maritime Delimitation:Principles and Configurations>>,Journal of Law and Judicial System,[JLJS],Volume 2,Issue 2,2019,pp.1-22. <<NDIAYE,T.M.(2019),Urgent Proceedings before the International Courts and Tribunal,Beijing Law Review,10,839-868.https://doi.org/10.4236/blr.2019.104046 [archive].

Biography

After receiving his first diploma from the Institute of Advanced International Studies of the University of Paris (and being first in his year, 1980), he received a postgraduate diploma in Public Law, specializing in public international law, from the Paris X University Nanterre as well (cum laude, first in year, 1980). He earned another postgraduate diploma in political studies the next year, specializing in international relations. He also received a degree from the Centre for Studies and Research in International Law and International Relations at The Hague Academy of International Law in 1981. Annual internship certificate, UN (1979).

He became a Doctor of Law from the Paris X University Nanterre in 1984 with magna cum laude.

He became an Assistant Lecturer at the Paris X University Nanterre in 1981 and simultaneously held the position of Assistant at the Collège de France under Professor [René Jean Dupuy] fr:René-Jean Dupuy's Chair of International Law. After becoming a Doctor of Law, he became a lecturer at the Cheikh Anta Diop University of Dakar in 1984. He started holding the position of Director of the Research Centre of the Faculty of Law at the Cheikh Anta Diop University of Dakar in 1985.

He became a Counsel and Co-Agent of the Government of Senegal in the case of the delimitation of the maritime boundary between Senegal and Guinea-Bissau before the Arbitration Tribunal of Geneva (1986–1989) then the International Court of Justice in The Hague (1989–1991). He was also an advisor to the Government of Senegal on Senegambia (1986), a UN consultant (undertook several missions for the United Nations, starting in 1989). Became a Legal Adviser to the Senegalese Government in the negotiations concerning Senegal's commercial debt with the London Club (1989) and the Rapporteur of the Commission on the Reform of the Senegalese Electoral Code in 1991.

He was also consulted and participated as an expert to the Global Coalition for Africa (Washington, DC). He is also a Jurisconsult and a visiting professor at various universities. Lecturer at The Summer Academy of The International Foundation for the Law of the Sea (2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017); Lecturer at the Nippon Foundation's Capacity building programme concerning International Disputes Settlement (2009, 2010, 2012, 2015.). Member of various Thesis Committees. He is an Advisory Board Member for the Law Journal "State Practice and Interna-

tional Law" as of February 13, 2012.;He is also a Member of the Advisory Board of the Journal of Ocean Law and Governance in Africa (JOLGA) as of 1 July 2015. He is a Member of the Panel of Eminent Persons (PEP) of the African Center of International Law Practice(ACILP).

Presenter at UNCLOS at 30,2012:International Conference Commemorating the 30th Anniversary of the Opening for Signature of the United Nations Convention on the Law of the Sea;organized by the United Nations and the Korean Ministry of Foreign Affairs August the 12th 2012. Former Member of ITLOS Seabed Disputes Chamber(1996-1999;2011-...);He is a Member of the Chamber of Summary Procedure and of the Chamber for Maritime Delimitation Disputes,since 2008.Judge Ndiaye was elected unanimously President of the Chamber for Fisheries Disputes,6 October 2011.The Chamber for Fisheries Disputes,established in accordance with article 15,paragraph 1,of the Statute of the Tribunal,is available to deal with such disputes concerning the conservation and management of marine living resources as Parties may agree to submit to it.The Chamber consist of nine members.Judge Ndiaye is elect for the period ending 30 September 2014.He is also a Member of the Committee on Rules and Judicial Practice of the Tribunal.He is a Member and former President(2005-2008) of the Committee on Library,Archives and Publications.He has been re-elected, in New York,in 2011 as Judge of the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS)by 139 States-Parties out of 162.International Association of Athletics Federation Ethics Commission Member for the next four-year mandate commencing 1 January 2014.

On January 9, 2016, he was named as the Sponsor of the master's degree "Law and Management of Maritime Activities" organised as a joint degree program between Dakar University and Alexandry University with the support of Rouen University, Liege University and the Quebec Center for Maritime affairs.

Senior Judge of the International Tribunal for the Law of the Sea since October 1, 2017.

Judge of the IAAF Disciplinary Tribunal since 29 November 2017.

Visiting Professor in Shanghai Ocean University (SHOU) in 2017 and 2018

Invited Professor at Shanghai University of Political Science and Law (SHUPL) in 2019.

Distinctions

- Chevalier de l'ordre national du Lion, Sénégal (1995).
- Commandeur de l'ordre du mérite, Sénégal (1998).
- Grand Officier de l' Ordre National du Merite (2017).
- Medaille d'Honneur du Travail du Conseil Sénégalais des Chargeurs (COSEC) (2018).

I / PAGES DE DOCTRINE

ANNALES AFRICAINES

Revue de Droit, d'Economie et de Gestion de la Faculté des
Sciences juridiques et économiques de l'Université
Cheikh Anta Diop de Dakar - 1983,1984,1985.

**LES « FALKLOUNES »
ET LE DROIT INTERNATIONAL***

* Tafsir Malick Ndiaye, Assistant à l'Université de Paris X (France). L'auteur remercie les fonctionnaires de la Bibliothèque de l'Académie de Droit international de la Haye qui lui ont facilité la recherche et en particulier Mme F. MARKX-VELDHUYZEN et M. Hugo VANHAMEL. Qu'ils trouvent ici l'expression de sa profonde reconnaissance.

(La Haye le 15 Septembre 1982)

Point de passage privilégié entre l'Atlantique Sud et le Pacifique, d'une importance stratégique évidente comme base navale quoique diminuée quelque peu par l'ouverture du Canal de Panama, ces îles, situées à 300 miles au large du Détroit de Magellan et à 480 miles au Nord-est du Cap Horn sur la route des Clippers dans le Sud du sous-continent américain, ont meublé l'événement ces derniers mois¹ Cela à cause du conflit dont elles ont fait l'objet entre la Grande-Bretagne et l'Argentine : elles ont nom Falkland's Islands ou Iles Malouines.

L'archipel se compose de deux cents petites îles, au sol tourbeux, sans arbres, recouvertes d'herbe rude avec de grandes falaises abruptes et des rochers géants immergés. Les deux plus grandes îles sont Port Stanley (la capitale) et West Falkland (Isla Malvina). Le reste étant des îlots épars sur lesquels de rares villages isolés sont éparpillés. Ils sont dénommés « The Camp » par les insulaires, d'un terme dérivé de l'espagnol « campo » et appliqué à tous les villages de la colonie à l'exception de Stanley².

La découverte des îles est très douteuse et constitue le point de départ du conflit. Un “*factual background*” aussi objectif que possible nous permettra de situer le cadre du conflit, d'analyser les arguments juridiques avancés de part et d'autre et de voir le processus de négociation en vue du règlement du litige.

1 Sur l'aspect stratégique des îles Falkland/Malouines, voir Roucek J.S., “ The Geopolitics of the Falklands ” *World Affairs Interpreter*, Spring, 1951, vol. 22, pp. 44 et 5 ; Goebel, *The Struggle of the Falkland Island, a Study in Legal and Diplomatic History*, Yale University Press, 1927, New Haven, 482 p. Cet ouvrage est probablement le plus complet qui ait été écrit sur les Falkland/ Malouines quoiqu'ancien. Il est favorable aux thèses argentines; P. Groussac, *Les îles-Malouines*, Buenos Aires, Imprimerie Coni Freres Editeurs, 1910, 185 p.

2 Great Britain: Foreign Office - Historical Section - The Falkland Island, 1928, p. 24.

I Les données historiques

La première découverte des îles fait l'objet d'un grand doute. Naturellement chacune des parties s'emploie à avancer une date qui justifie ses prétentions.

Pour les Argentins, «les données historiques prouvent que ces îles de l'Atlantique Sud furent découvertes par des marins espagnols en 1520. Depuis ce temps, elles ont toujours fait partie des territoires espagnols d'outre-mer »³.

Les Anglais de leur côté font valoir que le capitaine John Davis à bord de son bâtiment du nom de *Desire* conduisit dans le brouillard “ *to certain isles never before discovered... lying 50 leagues or better from the ashore east and northerly from the (Magellan) Straits* ” le 14 août 1592 et entrevit ces «*bits of lands*»⁴. Et certains pêcheurs européens avaient une vague connaissance de l'existence des îles au début du XVII^e siècle. En 1600 le Hollandais Sebald de Weert aperçut les îles et les appela “ *Sebaldinas Islands* ”⁵. Un négociant britannique, le capitaine John Strong, à bord d'un navire nommé *Welfare* naviguait à travers les détroits qui séparent les deux principales lies en 1690 et devait appeler le passage « *Falkland Sound* » en hommage au vicomte Falkland qui était l'intendant de la Royal Navy; d'où les îles prirent leur nom. Elles étaient inhabitées.

³ Voir Jockey Club Argentino, *Las Islas Argentinas del Atlántico Sud*. Buenos Aires, avril 1982, p. 21, p. 2 ; aussi un document “ *prepared by a group of engineers from the Association Isaac Newton. Universidad Technologia. on the basis of Proven informations* ”, Buenos Aires, may 15th, 1982, ministère de l'Éducation, Bibliografía de las Islas Malvinas, Buenos Aires, p. 250, 1953.

⁴ Voir « Letter dated 28 april 1982 from the Permanent representative of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the United Nations adressed to the President of the Security Council », S/15007, notamment annexe p. 1. En 1594, un capitaine anglais, Richard Hawkins, vit les îles.

⁵ Voir document argentin de l'Association... op.cit. p. 1

Entre 1700 et 1710, les îles furent visitées par des marins français qui, se croyant les premiers à les découvrir leur avaient donné le nom de « Malouines » du nom de Saint-Malo où ils s'étaient embarqués. Ils ne les colonisèrent pas toutefois⁶. Ce n'est que le 31 janvier 1764 que le Français Louis de Bougainville établit une colonie à l'extrême-Ouest du détroit de Berkely (au Nord-Ouest de l'actuel Stanley) à laquelle il avait donné le nom de « Port Louis ». Au mois de juin de la même année, une expédition britannique était organisée pour trouver une colonie sur les îles. Et deux mois plus tard la possession formelle des îles était annoncée au nom de Louis XV, roi de France. Au mois de janvier de l'année 1765, l'expédition britannique devait arriver à l'ouest des îles et établit un poste à Port Egmont et le commodore Byron prit possession des îles au nom du roi George III. Byron expliqua au mois de juin 1765 qu'il avait « *coasted the islands for 70 leagues and saw no evidence of anyone being there* »⁷. En janvier 1766, une deuxième expédition britannique dirigée par le capitaine John Mac Bride venait consolider la colonie et érigea un fort pour sa défense. Au mois de décembre de la même année, les Anglais devaient découvrir l'existence de la colonie de Louis de Bougainville et lui intimèrent de quitter le territoire britannique⁸.

Mais l'Espagne devait revendiquer l'ensemble des îles comme partie intégrante de son empire sud-américain et au mois d'avril 1767, la France abandonna la colonie aux Espagnols et reçut la somme de 618.108 livres du gouvernement espagnol « en compensation des frais d'œuvre et d'infrastructures réalisées dans les îles »⁹. Les Espagnols rebaptisèrent Port Louis « Puerto de la Soledad ». Il semble que les conditions climatiques en cette année 1767 furent particulièrement difficiles et Fray Villanueva

6 Voir « Letter... », op. cit., annexe 1, p. I.

7 Ibid.

8 Olin S. Jr Pettingil, « Peoples and Penguins of the Faraway Falkland », *The National Geographic Magazine*. V, CIX, n° 3, mars 1956.

9 Voir « Las islas... » op. cit., p. 2; aussi Dr Johnson, *Thoughts on the Late Transactions respecting Falkland's Islands*. ESSEX, The Thames Bank Publishing Company Limited, 1771, 42 p., surtout p. 13 et ss. Ouvrage remarquablement bien écrit.

devait écrire de la colonie espagnole “ I tarry in this unhappy desert, suffering everything for the love of God”.

Il restait alors les Anglais et les Espagnols qui se disputaient les îles. En novembre 1769, le capitaine de la frégate britannique intima à un bateau espagnol de s'éloigner de Port Egmont. Le gouverneur de la colonie espagnole de son côté demandait aux colons britanniques de quitter les îles et le capitaine britannique accepta de les quitter, mais dans six mois. Le 4 juin 1770, une frégate espagnole devait entrer à Port Egmont appuyée deux jours après par quatre bateaux espagnols partis de Buenos Aires pour expulser les colons britanniques. Ces derniers devaient capituler le 10 juin 1770¹⁰ et, dans leur prudence à toute épreuve, ils laissèrent derrière eux une plaque sur laquelle on pouvait lire “ *Be it known that the Falklands Islands... are the sole right property of the King of Great Britain* ” en parlant du King George III¹¹. La Grande-Bretagne devait protester auprès du gouvernement espagnol qui, le 22 janvier 1771, devait faire une déclaration en réponse à la protestation britannique dans laquelle il se déclarait prêt à restituer aux Britanniques la possession de Port Egmont mais que cette possession “ cannot norought in any wise to affect the question of the prior right of sovereignty to the Malouines Islands, otherwise called Falkland’s Islands ”¹². Les Anglais acceptèrent cette déclaration comme satisfaisante après le préjudice subi par la Grande-Bretagne le 10 juin 1770¹³. Au mois de septembre 1771, Port Egmont était restitué aux Anglais qu'ils devaient fermer trois années plus tard au mois de mai 1774 pour des raisons économiques¹⁴.

En 1777, les Espagnols détruisent les bâtiments de Port Egmont. En 1784, la colonie espagnole comptait 82 habitants. L'Espagne abandonnera sa colonie de Puerto de la Soledad au mois de juin 1806 et les îles redevinrent inhabitées.

10. Julius Goebel. *The Struggle...., op. p. 409*

11. Id. p. 410 ; la frégate espagnole était commandée par le capitaine Juan A. Madariaga

12. Le document S/15007, *op. cit.*. 2.

13. *Ibid.*

14. Cf. Dr Johnson, *op. cit.*. p. 24.

En 1810 commencèrent les indépendances de l'Amérique latine avec les campagnes de Simon Bolivar. En 1811, le premier gouvernement argentin fut mis sur pied.

Le 9 novembre 1820, le commandant David Jewett à bord du bateau *Buque Heroína* visita les îles et en prit possession au nom du nouveau gouvernement indépendant d'Argentine. Il ne fonda pas toutefois une colonie. Il trouva sur les îles des navires chassant la baleine d'origine britannique et américaine essentiellement. Quelques mois plus tard, il fondera une colonie et nommera le capitaine Pablo Areguati comme gouverneur.

En 1823, une tentative de Don Jorge Pacheco de Buenos Aires de fonder une colonie échoua. Ce sera aussi l'année de la doctrine Monroe.

Le 5 janvier 1828, un décret du gouvernement de Buenos Aires établissait une colonie à Soledad et M. Luis Vemet, un négociant de Hambourg, d'origine française et naturalisé argentin, se vit confier la mission de fonder dans les trois années une colonie.

Au début de l'année 1829, le gouvernement argentin créa le commandement politico-militaire des Islas Malvinas et Cabo de Hornos avec Luis Vernet comme commandant.

Le 10 juin 1829, un autre décret du gouvernement argentin affirmait la souveraineté argentine sur les îles comme Etat successeur à l'Espagne. Le 30 août 1829, M. Vemet établit une colonie avec une vingtaine de personnes. Peu après, le 19 novembre 1829, le chargé d'affaires britannique à Buenos Aires devait adresser au gouvernement argentin une protestation formelle à propos du décret en arguant du fait qu'"*an authority has been assumed, incompatible with his Britannic Majesty's rights of sovereignty over the Falkland Islands. These rights founded upon the original discovery and subsequent occupation of the said islands, acquired an additional sanction from the restoration by (Spain) of the British settlement in the year 1771...*"¹⁵.

Le ministre argentin des Affaires étrangères accusait réception de cette
15. Voir document S/15007, *op. cit.*, p. 3.

protestation le 25 novembre 1829. Deux années plus tard, la colonie de M. Vernet était peuplée de cent âmes. Au mois de juillet de cette année (1831), trois navires de pêche US étaient arraisonnés par M. Vernet qui en envoyait un, le *Harriet*, à Buenos Aires où il devait être déclaré « prise maritime » par le gouvernement. Le consul des Etats-Unis devait dénier à M. Vernet tout droit de capture et de détention d'un bâtiment U.S. engagé dans une entreprise de pêche aux îles Falkland. Il contesta par là même toutes les mesures prises par le gouvernement argentin y compris le décret du 10 juin 1829 qui revendiquait les îles. Une protestation formelle a également été élevée à propos du navire *Harriet* ainsi qu'aux deux autres, le *Superior* et le *Breakwater*. Cela se passait au mois de novembre 1831.

Un mois plus tard, le ministre argentin des Affaires étrangères répondait qu'une enquête était en cours mais que la protestation n'était pas recevable parce que le consul U.S. n'avait pas la qualité à la proférer.

C'est alors qu'une escarmouche entre les deux pays devait se produire. Et au mois de juin 1832, un navire américain, le *Lexington*, commandé par le capitaine Silas Duncan arrivait aux îles Malouines et détruisait la colonie fondée par les Argentins, la démantelant. Dans leur fuite certains colons furent faits prisonniers et furent conduits à Montevideo à bord du *Lexington*. Duncan déclarait alors les îles libres de toute tutelle. Le 20 juin, le chargé d'affaires U.S. à Buenos Aires adressait une note au ministre argentin des Affaires étrangères à propos des trois navires détenus dans laquelle il niait " *the existence of any right in this Republic to interrupt, molest, detain or capture any vessels belonging to citizens of the United States...* " et demandait la restitution des biens capturés ainsi qu'une indemnité en mentionnant " *that the citizens of the US have enjoyed the rights of free fishery in these regions unmolested...* " ¹⁶. Au mois de septembre 1832, le gouvernement argentin nomme un gouverneur à titre provisoire sur les îles.

Cette situation explosive sur les îles fournissait aux Anglais une occasion particulière de s'approprier les îles, de réaffirmer leur souveraineté et de rétablir leur colonie du XVIIIe siècle¹⁷. C'est ainsi qu'entre les

16. Ibid.. p. 4

17. Enersto .J. Fitte. La Agression Norteamericana a las Malvinas, Cronica Documental, Buenos Aires, 1996, p. 53 et suivantes; Arce José, Las Malvinas Pequeñas Islas que nos fueron arrebatadas, Madrid, 1950, p.21

mois de décembre 1832 et de janvier 1833, le capitaine John Onslow à bord de la corvette du nom de *Clio* occupait Port Egmont et expulsait les Argentins qui y résidaient. Il y avait eu peu de temps avant une révolte sur Puerto Soledad qui avait nécessité l'envoi d'un détachement argentin de vingt-cinq hommes à bord du navire le *Sarandi* que le capitaine Onslow avait repéré non loin de Soledad. Parvenu à Soledad le capitaine devait y réaffirmer « la souveraineté » britannique en y dressant notamment l'Union Jack.

Le 22 janvier 1833, le gouvernement argentin protestait auprès du charge d'affaires britannique. Au mois de mai de la même année, le Royaume-Uni rejetait cette protestation et affirmait que les îles Falkland appartenaient à la Couronne. A partir de là, les Argentins continueront à protester et à affirmer leur souveraineté sur les îles tandis que les Anglais ignoraient ces objections et continuaient à tenir celles-ci¹⁸. En 1841, un gouverneur britannique est nommé et une administration organisée à Port Louis (Puerto Soledad). On assiste alors à une nouvelle protestation argentine qui est rejetée. En 1844, la capitale est transférée à Port Stanley. Un an plus tard, un conseil législatif et un conseil exécutif sont mis sur pied. En 1851, la population des Malouines est estimée à 287 habitants. Il faudra attendre 1884 pour voir la cascade des protestations argentines reprendre de façon soutenue jusqu'en 1888. Elles sont à chaque fois rejetées. L'Argentine se rendit à l'évidence que la "*terrae potestas- dominium-finitur ubi finitur vis armorum*"¹⁹ et dut différer ses réclamations. Pendant ce temps les Anglais organisaient la colonie²⁰. En 1949, le suffrage universel est institué pour les élections législatives

18. Signalons qu'en 1833, les Argentins avaient introduit une demande de compensation auprès des Etats-Unis pour l'action du *Lexington*. La correspondance diplomatique devait se poursuivre jusqu'en 1886 pour aboutir au rejet des Etats-Unis de cette demande au motif qu'elle relevait d'une question de souveraineté. V. document 15007, *op. lit.*

19. L'empire s'arrête là ou s'arrête le pouvoir des armes.

20. Vers 1892, les colons d'origine britannique commencèrent à arriver sur les îles Falklands. L'archipel a toujours souffert de ses maigres ressources et les insulaires ont dû se résoudre à la monoculture et à l'élevage de moutons. La laine était leur principal produit d'exportation. Près de la moitié des champs de pâturage appartenait à la Falkland Island Compagny. La plupart des insulaires retourne fréquemment en Grande-Bretagne tandis que les employés de la Falkland Island Company prennent six mois de vacances tous les trois ans. Voir Olin S. Jr Pettingil, *op. cit.* p. 406 ; Great Britain : British Information Service, New York, Britain, the Falklands and the Antarctic, March 1953, Great Britain Foreign Office-Historical Section «The Falkland Islands 1928, p. 5. Pour l'évolution des habitants des Falklands voir Doc S/15007, *op. cit.*, annexe p. 6.

sur les îles.

En 1960, la Résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960, portant déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux est votée au sein de l'Assemblée générale des Nations-unies²¹. Elle mentionne «la nécessité de mettre fin le plus rapidement possible au colonialisme sous toutes ses formes et manifestations » et dispose la création d'un Comité de Décolonisation prévu à cet effet. Celui-ci sera créé en 1962 et incluait les îles Malouines dans la liste des territoires à décoloniser: ce sera le fameux Comité des 24.

La question des îles Malouines sera confiée à un sous-comité n° III institué au sein du Comité de Décolonisation. Celui-ci reconnut officiellement le 13 novembre 1964 l'existence d'un conflit entre la Grande-Bretagne et Argentine et invita les deux pays à établir des négociations en vue d'une solution. Le 20 septembre 1965, le gouvernement argentin envoyait une note à la Grande-Bretagne l'invitant à la discussion sur les îles. Les autorités britanniques dans leur réponse du 4 novembre 1965 se déclaraient favorables à l'examen de certains points du conflit mais refusaient de discuter de la souveraineté qui constitue la question centrale pour les Argentins.

Le 16 décembre 1965, l'Assemblée générale des Nations-Unies adopte la Résolution 2065 (XX) présentée par le Comité spécial et qui invite la Grande-Bretagne et l'Argentine à continuer les négociations dans les plus brefs délais. La Résolution déclare l'ONU qualifiée pour agir en vue du règlement du différend et dit à propos de la souveraineté que pour « résoudre cette question il faut d'abord considérer les intérêts des habitants » et non pas leurs désirs. Cette subtilité est significative quand on sait que les Falklanders sont de souche britannique.

En 1968, Michael Stewart le ministre britannique des Affaires étrangères dans le gouvernement travailliste faisait visite à Buenos Aires et y entreprit une négociation avec les autorités argentines qui donnera l'accord du 1er juillet 1971 qui porte sur les problèmes de communications, sur la circulation des personnes et sur la coopération de l'Argentine avec les Falklanders²². Les Anglais avaient toutefois refusé de discuter de la question de la souveraineté, ce qui explique la démarche argentine de 1973 au Comité des 24 pour dénoncer

21. Voir Recueil Nation -Unies. 1960. n° 12. p. 100

22 Voir G. Cohen Jonathan, les îles Falkland (Malouines), A.F.D.I., 1972, pp. 235-262, surtout

l'impasse des négociations. La même année la Résolution 3160 (XXVII!) est adoptée avec 116 votes pour, 14 abstentions et sans vote défavorable. Cette Résolution insiste sur la nécessité de reprendre les négociations sans délai.

En 1976, la cinquième Conférence au sommet des Pays non alignés qui s'était tenue à Colombo (Sri Lanka) du 16 au 19 août demandait la restitution de la souveraineté sur les îles Malouines à l'Argentine qui est « *the legitimate owner of territory* »

La situation restait en l'état jusqu'au mois de mars 1982 lorsque l'équipage d'un navire britannique a « forcé » un groupe de travailleurs argentins à abandonner l'île San Pedro en Géorgie du Sud. Ces travailleurs étaient en train de démanteler une ancienne usine baleinière sur la base d'un contrat conclu par une entreprise argentine avec une société écossaise. Ce fait mettra le feu aux poudres en engendrant l'occupation des îles le 2 avril 1982 par les troupes argentines qui s'empresseront d'envoyer les autorités britanniques en Uruguay.

On peut aussi remarquer que c'est le 30 de ce même mois d'avril 1982 que fut adoptée la convention sur le droit de la mer²³. Quoiqu'il en soit, la longueur du conflit sur les îles « Falklounines » entre l'Argentine et la Grande-Bretagne a permis de soulever diverses notions juridiques lourdes de conséquences. Elles vont du principe de l'*Uti possidetis* à la prescription acquisitive en passant par les conséquences juridiques de la protestation, ainsi qu'au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. L'analyse de ces problèmes fera l'objet de cette deuxième partie.

II. Les fondements du litige

Les arguments avancés de part et d'autre peuvent être résumés de la façon suivante: l'Argentine revendique la souveraineté sur les îles

23. On pourrait épiloguer longuement sur les mobiles de l'action argentine du 2 avril 1982 aussi bien au plan stratégique, économique que politique. Mais cela dépasse le cadre de la présente étude et des capacités de l'auteur. Dans sa thèse (L'affaire des îles *Falkland*. Paris 1952), C. Pop souligne l'intérêt stratégique des îles: «situées en face du détroit de Magellan, surveillant la porte de communication entre les deux océans, les îles Falkland revêtent une importance stratégique évidente ; elles gardent le passage de Drake qui s'étend entre le Cap Horn et la Terre de Graham, route qui deviendra vitale en cas de fermeture du canal de Panama pour assurer la communication entre l'Atlantique et le Pacifique ». P. 4, cite par G. Cohen Jonathan, op. cit., p. 236. Voir la note 76.

Malouines au motif des titres historiques hérités de l'Espagne (*Uti possidetis*) et exige la restitution des îles. De son côté, Le Royaume-Uni fait valoir le " *right of discovery* " et le " *subsequent occupation* " d'où il tire la « prescription acquisitive ». Pour lui, le statut des îles est assujéti au choix librement effectué par la population. Il faut savoir que celle-ci est de souche britannique et c'est pourquoi Argentine refuse cette façon de voir.

A. LE CONFLIT TERRITORIAL

Les Argentins contestent la validité des titres juridiques invoqués par les Anglais et leur opposent l'obligation de décoloniser les îles. Les Anglais de leur côté font valoir des droits historiques détenus bien avant 1833 qui marquent la date de l'acte de force qu'ils ont perpétré sur les îles. Tel est l'essentiel du conflit territorial²⁴ entre les deux Etats. Le Royaume-Uni, en avançant l'argument du droit de la découverte (" *Right of discovery* ") avec le voyage de John Davis en 1592, conteste la souveraineté de l'Espagne sur les îles même s'il a évacué le territoire en 1774 en prenant toutefois soin de laisser derrière lui la plaque sur laquelle on pouvait lire : " *Be it known that the Falkland Islands... are the sole right property of the king of Great Britain* ". De plus, les Anglais s'étaient déjà montrés réticents face à la bulle du Pape Alexandre VI du

24. Sur le conflit territorial, les études sont nombreuses. On retiendra plus particulièrement: R.Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law*. Manchester University Press, 1963, p. 127 ; G. Schwarzenberger. « Title to Territory: Response to Challenge », *American Journal of International Law*, 1957, p. 324 et ss.; J. Daniel, « Conflict of Sovereignty in Antarctica » *Yearbook of World Affairs*. « Falkland Island Dependances » *British Yearbook of International Law*. 1948, Vol. 25, p. 311 et ss.; R.W. Jr Mac Kechnie, « Sovereignty in Antarctica : the Anglo-Argentine Dispute », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*. 1977, Vol. 5, n' 1. pp. 119-148 ; Ph C. Jessup « Sovereignty in Antarctica », *Am. J. Ini. Law*. 1947. p. 117 et ss.; Cohen Jonathan, op. cit., p. 237 ; Societe française pour le Droit international. « La Frontière », Colloque de Poitiers, Paris, Pedone, 1980, p. 304; Norman Hill. *Claims to Territory in International Law and Relations*. Oxford University Press, New York. London, Toronto, 1945. p. 248. surtout pp. 143 - 163 ; H-. Thierry et al.. *Droit international public*. Monchrestien, 1980, 3 ed. p. 237 et ss.

4 mai 1493²⁵) dénommée *Inter Caetera* qui partageait les terres non appropriées par des princes chrétiens, découvertes ou à découvrir, entre la couronne d'Espagne et celle du Portugal. Ils étaient aussi réservés sur le traité hispano-portugais plus connu sous l'appellation de Traité de Tordesillas de 1494 qui faisait suite à la bulle pontificale sus-mentionnée²⁶.

C'est ainsi qu'en 1580, la reine Elizabeth qualifiait la bulle de "donation of the bishop of Rome" en réponse à l'ambassadeur d'Espagne, M. Mendoza, venu protester à propos du voyage de Drake parti pour faire le tour du monde. La reine insista sur le fait que le Royaume-Uni ne reconnaissait pas "all of the Indies as the rightful property of Spain"²⁷. Il faut dire qu'à cette époque l'occupation effective semblait être le meilleur critère de souveraineté. C'est pourquoi, à côté du droit de la découverte, les Anglais avancent aussi l'argument de l'occupation ultérieure ("subsequent occupation"). La position britannique sur le droit de la découverte et l'occupation ultérieure est difficilement soutenable à notre avis.

D'abord, le Royaume-Uni avait clairement reconnu la souveraineté espagnole sur les îles dans l'arrangement de 1771 présenté aux « Communes » comme une défaite nationale²⁸.

Ensuite, la France avait cédé à titre onéreux (618.108 livres) à l'Espagne les droits inhérents à la qualité de premier occupant²⁹. Après, les îles semblent avoir été découvertes par des marins espagnols en 1520, soit soixante-douze ans avant John Davis³⁰). Et enfin, on peut mentionner l'existence de la bulle *Inter Caetera* et du Traité de Tordesillas qui

25. La bulle *Inter Caetera* promulguée par le Pape Alexandre VI Borgia le 4 mai 1493 partage les terres du Nouveau Monde entre l'Espagne et le Portugal sur la base d'un tracé, entre les deux pôles, d'une ligne passant à 100 lieues du Cap-Vert. Les terres situées à l'Est de cette ligne (Afrique et Asie) étaient attribuées au Portugal, tandis que celles situées à l'Ouest (Amérique et quelques îles du Pacifique) revenaient à l'Espagne. La bulle était dotée d'un effet rétroactif et prenait effet deux mois après la découverte de l'Amérique par Christophe Colomb le 12 octobre 1492. Le Portugal voulant conserver le Brésil devait protester et la ligne fut repoussée de 170 lieues vers l'Ouest par le Traité de Tordesillas du 15 juin 1494 conclu entre l'Espagne et le Portugal et confirmé en 1506 par le Pape Jules II. Il faut dire que les états tiers étaient très réticents par rapport à la Bulle d'Alexandre VI, notamment la Grande Bretagne, les Pays-Bas et la France. La bulle *Inter Caetera* menaçait d'excommunication ceux qui ne respecteraient pas le partage.

Voir A. Garcia Gallo, *Las bulas de Alejandro VI y el ordenamiento juridico de la expansion portuguesa y castellana en Africa e India*, Madrid, 1959 ; Ch. Rousseau, *Droit international public* Tome III, Paris, Sirey 1977, page 159 et suivantes ; Ibrahima Fall, *Contributions à l'étude du Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en Afrique*, Thèse, Paris I, 1972, page 157.

26. Voir H. Waldock, op. cit., p. 325.

27. Voir J. Daniel, op. cit., p. 249.

28. Voir P. Groussac, op. cit., p. 142.

29. Voir la première partie consacrée aux données historiques.

30. Voir note 76 supra.; le capitaine Espagnol Estaban Gomez, à bord du San Anton, fit la découverte des îles. Voir un document du « Instituto interamericano de derecho de Nueva York », Buenos Aires, mai 1982

avaient sans conteste une valeur juridique à une époque où l'Etat moderne n'avait pas émergé encore même si ces actes paraissent singulièrement anachroniques de nos jours. C'est dire donc que l'Espagne pouvait exciper d'un titre juridique à exercer la souveraineté sur les îles Malouines au moins jusqu'au moment du transfert de ce titre à la République Argentine qui lui succédait, c'est-à-dire en 1820. D'où l'argument argentin à savoir que la souveraineté sur les îles Malouines est héritée de l'Espagne, puissance colonisatrice.

En effet, lorsque les Etats de l'Amérique latine devinrent indépendants, ils décidèrent de maintenir les frontières héritées des puissances coloniales. C'est ainsi que les frontières des pays hispanophones correspondaient aux limites administratives des anciennes provinces espagnoles tandis que celles du Brésil (lusophone) correspondaient aux frontières fixées par les traités de Madrid de 1752 et de San Ildefonso de 1777 conclus entre l'Espagne et le Portugal.

Le principe qui a inspiré cette situation est connu sous l'appellation d'*Uti possidetis juris*. Il est tiré du droit immobilier romain où « un interdit du prêteur prohibait toute atteinte au statut quo immobilier, (l'expression) se réfère à la situation de fait existante »³¹. *Utis possidetis, Ita possideatis*, comme tu possèdes aujourd'hui, continueras à posséder, voilà l'esprit du principe que l'on trouve dans presque toutes les régions du monde et sous des dénominations diverses: intangibilité des frontières, inviolabilité des frontières, frontières sûres et reconnues, etc. Ces dénominations ont le plus souvent un timbre politique mais visent toutes, à terme, une certaine stabilité³².

Le principe de l'*Uti possidetis* a connu une consécration constitutionnelle dans plusieurs Républiques sud-américaines et une consécration jurisprudentielle. Il est qualifié de « principe de droit constitutionnel et international » et dans sa mise en œuvre les Etats sud-américains « sont réputés avoir eu depuis 1810 la souveraineté et possession de droits des territoires faisant partie des provinces espagnoles qu'ils ont remplacés³³ ».

La fonction du principe est double. L'*Uti possidetis* postule dès sa

31 Ch. Rousseau, op. cit., p. 238.

32 Voir le colloque de la S.F.D.I., op. cit., p. 82 et ss. et 95 et ss.

33. Voir sentence arbitrale rendue par le Conseil fédéral suisse le 21 mars 1922 entre la Colombie et le Venezuela dans le conflit frontalier qui les opposait. In R.S.A., vol. I, p. 228 et p. 278 ; voir aussi R.S.A., vol. II, pp. 1322-1325, la sentence rendue le 23 janvier 1933 par le tribunal arbitral spécial institué pour trancher le conflit frontalier entre le Guatemala et le Honduras qui remarque que l'*Uti possidetis* se rapporte indubitablement à la possession et partant en fait le critère de la souveraineté territoriale ; voir aussi l'*American Journal of International Law*, 1933, pp. 418 et ss.

proclamation l'inexistence de *terra nullius* d'une part et il garantit la stabilité et la sécurité des frontières établies entre les Etats succédant de l'autre.

C'est ce que reconnaît la sentence du Conseil fédéral suisse quand elle observe que « ce principe offrait l'avantage de poser en règle absolue qu'il n'y a pas en droit dans l'ancienne Amérique espagnole, de territoires sans maîtres, bien qu'il existât de nombreuses régions inexplorées ou habitées par des indigènes non civilisés; ces régions étaient réputées appartenir en droit à chacune des Républiques qui avait succédé à la Province espagnole... Ces territoires, bien que non occupés en fait, étaient considérées d'un commun accord, comme occupés en droit dès la première heure par la nouvelle République. Des empiétements ou des tentatives de colonisation intempestives de l'autre côté de la frontière, comme aussi les occupations de fait, devenaient sans portée ou sans conséquence en droit »³⁴.

Mais l'*Uti possidetis* peut aussi se révéler comme une sorte de

34. Sentence arbitrale, op. cit., p. 227; la bibliographie sur le principe de l'*Uti possidetis Juris* est proprement pléthorique. Rares sont les traités ou manuels ou encore les études consacrées aux problèmes territoriaux qui n'en font pas cas. On se contentera de citer: P. Fauchille, *Traité de droit international public*, Tome 1, 1925; Alejandro Alvarez, *Le droit international américain*, Paris, Pedone, 1910; du même auteur Alvarez, « Occupation de territoires contestés; à propos de la question de limites entre le Chili et l'Argentine », R.G.D.I.P., 1903; A. Guani, « La solidarité internationale de la Haye (R.C.A.D.I.) 1925, vol. 8 Tome III; A.O. Cukwurah, *The Settlement of Boundary Disputes in International Law*. Manchester, 1967; A. de Geouffre de la Pradelle, *La frontière*, thèse, Paris, 1928; Than Van Minh, « Remarques sur le principe de l'intangibilité des frontières », in *Peuples et Etats du Tiers-Monde face à l'ordre international*, Centre des Relations internationales et de Sciences politiques de L'Université de Picardie), P.U.F., 209 pp. 51-108; Jorge Valdes, *L'Uti possidetis et l'occupation territoriale*, thèse, Paris, 1932; Ayala, « *Uti possidetis* », *Journal de l'Académie de Droit international*. Paris, dec. 1931. Cour internationale de Justice (C.I.J.), Affaire de la sentence arbitrale du roi d'Espagne, Arrêt du 18 novembre 1960, Recueil, 1960, pp. 199 et ss. Voir aussi l'opinion dissidente du juge U. Holguin, même arrêt, pp. 229 e

bombe à retardement dans certaines régions du monde³⁵.

Cette fonction double de l'*Uti possidetis* sera politiquement renforcée par les doctrines Monroe (1823) et Stimson (1937) même si les Etats-Unis se sont refusés à les invoquer contre la Grande-Bretagne dans l'affaire qui nous occupe et malgré les démarches pressantes des Argentins³⁶.

Sous ce rapport, la conclusion qui s'impose est que depuis l'accession de l'Argentine à l'indépendance, il n'y avait plus de *res nullius* sur le sous-continent américain par le jeu du principe de l'*Uti possidetis*.

On objectera naturellement l'opposabilité de ce principe à un Etat tiers en l'occurrence un Etat étranger au continent américain.

Autrement dit, une règle régionale opposable inter partes peut-elle devenir opposable *erga omnes* ?

Cette façon de voir qui vient à l'esprit des juristes anglo-saxons en général, occulte le fait que l'*Uti possidetis* - né en Amérique latine - s'est étendu aux autres régions de ce monde et on peut même dire qu'il a été reçu en Asie et en Afrique. La myriade de formules que l'on rencontre (intangibilité des frontières, inviolabilité des frontières, caractère sacrosaint des frontières, etc.) ne sont à notre sens que ses avatars. Ces formules ont simplement un timbre plutôt politique qui fait que le juriste - par excès de formalisme - répugne à y recourir. La finalité du principe est une : la stabilité des frontières et donc l'intégrité du territoire. Les autres formules signifient-elles autre chose ?³⁷.

35. Notamment en Afrique où l'acte de Berlin de 1885 établit des frontières arbitraires qui sont une source perpétuelle de dissensions ethniques, même si le processus unificateur dévolu aux Etats africains est devenu une réalité. Sur les frontières africaines, voir R. Yakemtchouk, Les frontières africaines, R.G.D.I.P., 1970, pp. 27-68, et son ouvrage L'Afrique en droit international, Paris, L.G.D.J., 1971, p. 319, surtout pp. 63 et ss.; Boutros Ghali, L'Organisation de l'Unité africaine, Armand Colin, Paris, 1968, pp. 47 et ss.; du même auteur, Les conflits de frontières en Afrique, Paris, 1972; S. Bastid, Les problèmes territoriaux dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, R.C.A.D.I., 1961, t. 107, pp. 485 et ss.; M. Bedjaoui, Le règlement pacifique des différends africains, A.F.D.I., 1972; Yves Person, « L'Afrique noire et ses frontières », Revue française d'études politiques africaines, août 1972; S. Touval, The Boundary Politics of Independent Africa, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1972.

36. Voir A. Alvarez, op. cit., p. 544.

37. Rappelons par exemple qu'au mois de novembre 1960, à l'époque où le Maroc revendiquait la Mauritanie, l'écrasante majorité des Etats africains proclamait le maintien des frontières coloniales devant la première commission de l'Assemblée générale des Nations-Unies et cette position sera confirmée l'année suivante à la seizième session. C'est ainsi que le ministre sénégalais

Dès lors, ne peut-on pas dire que la règle devient obligatoire et opposable aux tiers en tant que règle coutumière suivant l'article 38 de la Convention de Vienne?³⁸.

B. LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE

Si les premiers arguments des Anglais ne nous paraissent pas fondés juridiquement, du fait de l'illicéité originale de l'occupation britannique, on ne saurait passer sous silence l'exercice effectif par la Grande-Bretagne de son autorité sur les îles pendant 149 ans. Cette situation de fait a-t-elle engendré au profit du Royaume-Uni un droit de souveraineté au

indiquait que « les Etats africains ont adopté le principe de l'*Utī possidetis* ». « Cette attitude - écrit Mme Bastid - marque la volonté très sage d'affirmer le principe de la base territoriale de la structure étatique et de la stabilité d'une situation existante ». S. Bastid, R.C.A.D.I. op. cit., p. 489; Voir aussi Yakemtchouk, Article, op. cit., p. 55 ; et c'est le Premier ministre cambodgien qui disait devant la deuxième Conférence au sommet des Pays non-alignés (Caire, 1964) que « le problème majeur pour nous (les Cambodgiens) est d'obtenir la reconnaissance du trace de nos frontières avec le Sud-Vietnam. Le trace est l'œuvre de nos anciens maîtres français... qui, pour favoriser leur colonie de Cochinchine lui attribuaient de vastes portions de notre territoire national. Si défavorables que soient pour nous ces frontières nous les acceptons»; cite par Tran Van Minh, art. op. cit., p. 65. Même si l'on regarde des textes diplomatiques tels que l'Acte final d'Helsinki (le principe n° 3) ou encore les accords de Locarno de 1925 (l'article 1^{er} de l'annexe A), on y mentionne l'inviolabilité des frontières c'est dire l'universalité du principe de la stabilité et de l'intégrité du territoire sous ses différentes dénominations et donc son opposabilité erga omnes.

Sur les litiges territoriaux, les études sont nombreuses. Voir quelques monographies avec M.F. Labouz, « Deux approches du conflit Cambodge-Vietnam », rapport au Colloque de l'Institut de Politique internationale et européenne (I.P.I.E) University de Paris X, Nanterre, juin 1980, dont le thème était: Etudes des Conflits armes contemporains, causes et origines; Voir aussi Armando Uribe, « Le conflit entre le Chili et l'Argentine dans la zone australe », rapport à ce même colloque; Tran Van Minh op. cit., pp. 69 et ss.; B. Bollecker-Stern, « L'arbitrage dans l'affaire du Beagle entre l'Argentine et le Chili », R.G.D.I.P., 1979, n° 1 à 50. On peut lire dans le rapport du sous-comité III sur les Malouines à propos de *Utī possidetis* qu'il posait en règle absolue au regard du droit il n'existait dans l'ancienne Amérique espagnole aucun territoire sans maître et que les terres qui n'étaient pas occupées, l'étaient, de jure par la République qui aurait succédé à la province à laquelle les dites terres avaient été attribués par décision du roi d'Espagne ; rapport du sous-comité III sur les îles Falkland - documents officiels - Assemblée générale (O.N.U.), 19c session, annexes, vol. I, intervention du représentant du Venezuela, p. 466. Les îles étaient rattachées à la circonscription administrative des provinces unies du Rio de la Plata.

38. L'article 38 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 se lit: « Aucune disposition des articles 34 à 37 ne s'oppose à ce qu'une règle énoncée dans un traité devienne obligatoire pour un Etat tiers en tant que règle coutumière de droit international reconnue comme telle ».

motif de la prescription acquisitive ? Et d'abord, cette notion est-elle reçue par le droit international ?³⁹

Notion de droit romain empruntée par les privatistes pour désigner l'acquisition de la propriété par l'expiration d'un temps généralement prévu par la loi, la prescription acquisitive ou usucapion a été étendue au droit international par analogie pour désigner l'acquisition de la souveraineté par l'exercice continu et pacifique de l'autorité étatique sur un territoire donné. Pour autant, son contenu ne laisse de rendre perplexe. D'abord par le manque de définition acceptable de tous en droit international, source d'équivoques, ensuite par les fluctuations de la jurisprudence, et enfin la façon dont elle se situe par rapport à la prescription dite extinctive ou libératoire qui, elle aussi, inclut le facteur temps dans sa détermination. Seulement elle n'a pas la faveur des internationalistes. Elle est par exemple rejetée avec vigueur par Charles de Visscher qui écrit que « l'observation démontre que tout droit longtemps négligé s'affaiblit par le non-usage; le temps écoulé jette un doute sur une bonne administration et la justice veut que toute contestation ait un terme (*Ut Sit finis litium*) car des poursuites tardives sont un ferment d'insécurité, elles placent le débiteur recherché dans un état d'infériorité inéquita-

39. Cette question a probablement été l'une des plus controversées en droit international. On retiendra plus particulièrement E. Audinet, « De la prescription acquisitive en droit international public », R.G.D.I.P. 1896, pp. 313 - 325 ; L. Cavare, *Le droit international public positif* Paris, 1961, Vol. 11, p. 602 et s.; J. Charpentier, *La Reconnaissance internationale*, Paris, 1956, p. 143 et s.; L. Delbez, *Les principes généraux du droit international public*, 3e ed., Paris, 1964, p. 270 et s.; Vol. I, Partie II, p. 754 et s., P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Genève, 1953, Vol. I, p. 440 et s.; R. Pinto, « La prescription en droit international », R.C.A.D.I., 1955, Vol. 87, p. 387 et s.; M. Sibert, *Traité de droit international public*, Paris, 1951, Vol. I, pp. 888-891 ; P.A. Veryklos, *La prescription en droit international public*, thèse, Paris, 1934, pp. 57-125 (avec une bibliographie pp. 199-206). En langue anglaise on peut citer: J.L. Brierly, *The Law of Nations*, Oxford, 1963, 4C édition, pp. 167-171 ; R.Y. Manchester University Press, 1963, pp. 20-35 ; D.H.N. Johnson, *Acquisitive Prescription in International Law* Bybil, 1950, pp. 332-354; Du meme auteur, « Consolidation as a Root of Title in international Law », *The Cambridge Law Journal*, 1955, pp. 215-225; Hans Kelsen, *Principles of International Law*, New York, 1959, p. 214 et s. ; H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge, 1947, p. 428 et suivantes; L. Oppenheim, *International Law, A Treatise*, Vol. 1, Peace, 8th ed., edited by H. Lauterpacht, Longmans, 1072 p. pp. 575-578 ; J. H. Ralston, « Prescription », *American Journal of International Law*, 1910, pp 133-144.

ble»⁴⁰.

La prescription extinctive est ainsi mise à la porte du droit international par un auteur qui explique l'existence de la notion de prescription (acquisitive) par l'intérêt de la communauté internationale⁴¹. On peut remarquer que beaucoup d'auteurs rejettent la prescription extinctive ou libératoire tout en acceptant la prescription acquisitive.

Ainsi Charles de Visscher et Johnson qui parlent de «consolidation» pour qualifier la prescription acquisitive⁴².

Manque de définition acceptable, a-t-on dit. Les auteurs qui étudient la prescription acquisitive ont moins en vue sa normativité en droit international que la justification de sa présence par la nécessité et l'intérêt d'une communauté internationale friande de stabilité, de règlement pacifique des différends dans les rapports entre ses membres⁴³. Seulement l'intérêt de la communauté internationale est-il suffisant pour recevoir dans le droit international un concept lourd de conséquences ? Et cet intérêt, quel est-il et qui doit le déterminer ? On réalise ainsi la nécessité de délimiter avec précision ce concept en droit international et les définitions ça et là proposées nous confortent dans cette façon de voir. “*Prescription in International Law may... be defined as the acquisition of sovereignty over a territory through continuous and undisturbed exercise of sovereignty over it during such a period as is necessary to create under the influence of historical development the general conviction that the present condition of things is in conformity with international*

40. Ch. de Visscher, « La prescription extinctive des réclamations internationales d'origine privée », in *Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*. Paris, Pédone, 1960, pp. 525-533, voir p. 525.

41. Ibid., p. 525 ; sur la notion de communauté internationale, voir R.J. Dupuy, leçon inaugurale du Collège de France faite le 22 février 1980 et cours général du même auteur à l'Académie de Droit international de La Haye en 1979, R.C.A.D.I., vol. 165, pp. 9-232.

42. Ch. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 4e ed., Paris, Pédone, 1970, p. 450, surtout p. 226 et ss. : l'intérêt fondamental que présente du point de vue de l'ordre et de la paix, la stabilité des situations territoriales explique la place que tient dans le droit international la consolidation par titres historiques et la souplesse de ses applications. C'est tout particulièrement pour ces situations que la jurisprudence arbitrale a sanctionné le principe *quieta non movere* tant par considération pour leur importance propre dans les rapports entre États qu'à cause de la gravité politique des contestations qui les concernent », p. 226 ; Voir aussi Johnson, « Consolidation... » op. cit. page 223.

43. P. Fauchille, op. cit., 757 ; P.A. Verykios, op. cit., pp. 23-24 ; E. Audinet, op. cit., p. 315 ; Johnson, *Acquisitive prescription*, op. cit., p. 333, Ch. de Visscher, *Théorie...*, op. cit., p. 226.

*order*⁴⁴”.

Mais alors quel sera le critère de détermination de cette durée nécessaire à la « conviction générale » de la conformité avec l'ordre international ?

Lissitzyn voit dans la prescription acquisitive une “ *method of acquiring title to territory (previously claimed by another State) through the exercise of effective and virtually uncontested control over a prolonged period of time* ”⁴⁵”

Là aussi on se heurte au problème de la durée nécessaire, et la jurisprudence internationale notamment l'arbitrage n'est pas d'un grand secours. Dans l'affaire de l'île de Palmas (la sentence arbitrale rendue par Max Huber en date du 4 avril 1928) à propos de la possession ininterrompue de Pile par les Pays-Bas c'est-à-dire de 1825 à 1898, le juge fixe la durée à 73 ans. Dans l'affaire de l'Alaska les Russes ont avancé la thèse d'une durée de 60 ans. Selon l'article 4 du traité anglo-vénézuélien du 2 février 1827, la durée doit être de 50 ans. Dans l'affaire des Minquiers et des Ecrehous (entre la France et la Grande-Bretagne), la France a avancé la durée d'un siècle et le gouvernement italien a estimé la durée nécessaire à la prescription à quatre siècles dans l'affaire de l'Alpe Graivailora qui l'opposait à la Suisse et dont la sentence arbitrale a été rendue le 23 septembre 1874. Les Etats-Unis avaient avancé la durée de 47 ans

44. L. Oppenheim, *International Law...*, op. cit, p. 526.

45. O.J. Lissitzyn, *International Law Today and Tomorrow*, Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University, Oceana Publications Inc. Dobbs Ferry New York, 1965, 133 p., voir p. 16 ;

R.Y. Jennings fait remarquer que « the notion of acquisitive prescription itself has to comprehend certainly two, and possibly more, quite different concepts. First there is a possession which has been so long established that its origins are not only now beyond question but also unknown. It must therefore be presumed that the possessor is entitled Omnia Praesumunturrite esse acta. This corresponds to the « immemorial possession » of private law; though, as professor Johnson has pointed out, the actual idea of immemorial origin may on occasion seem anachronistic in the context of the history of relations between modern states. On the other hand there is what might be called prescription strictly so called, where the actual exercise of sovereign rights over a period of time is allowed to cure a defect in title; the case, that is to say, where the exercise of sovereign rights either rests upon a demonstrably defective title or is even in origin wrongful. In this kind of case, therefore, the title is acquired by means of an « adverse » possession ». Op. cit., p. 21

dans leur conflit avec le Mexique pour la possession du territoire de Chamizal. Le conflit a été réglé par la sentence arbitrale du 15 juin 1911. Pour Fauchille la durée doit être de 30 ans alors qu'elle doit se situer entre 50 et 80 ans pour Verykios.

De plus, la prescription acquisitive est envisagée devant des situations très différentes. Elle est invoquée dans le cas d'abandon d'un territoire par *derelictio* qui fait que le territoire redevient sans maître, ou encore dans celui où un défaut de notification est constaté lors de l'établissement de l'autorité étatique. La jurisprudence admet alors la prescription acquisitive à la double condition de l'exercice effectif de la souveraineté sur le territoire et la non contestation. Si l'on peut nier l'exercice effectif de la souveraineté britannique sur les îles, en revanche on ne peut admettre le silence des Argentins. Il est un fait que l'Argentine à quelquefois observe un silence devant la vanité de ses efforts en vue de la récupération des îles. Devant ses protestations répétées à partir de 1833 et qui n'eurent pas de suites, l'Argentine devait rester plus de 30 années avant de les reprendre en 1884. Seulement, les Argentins prirent soin d'indiquer dans leur dernière note de protestation avant de garder le silence, qu'ils ne faisaient que suspendre leur réclamation en attendant un moment plus propice pour la reprendre étant entendu que cela ne pouvait aucunement être interprétés comme un acquiescement tacite⁴⁶. On ne saurait, sous ce rapport, hésiter de bonne foi sur le sens à donner à ce silence ainsi qu'à la pratique ultérieure de l'Argentine.

Les auteurs ont plusieurs façons d'envisager la prescription acquisitive et les différentes constructions proposées nous paraissent très souvent artificielles. Ceux qui admettent la prescription acquisitive sur la base de l'abandon du territoire par le premier souverain ne nous expliquent pas pourquoi une attitude illicite engendre-t-elle des conséquences légales ? Si un Etat peut obtenir une souveraineté sur un territoire abandonné sur la base de l'occupation effective, il n'a nullement besoin de faire valoir la prescription acquisitive parce que si l'on arrive à établir - comme c'est le cas pour les îles - que le premier souverain n'a pas volontairement abandonné le territoire, on met à nu la fiction qui est à la

46. Voir R.S. Martinez Moreno, La cuestión Malvinas, Université de Tucuman, 1965. p. 44

base de cette façon de voir⁴⁷.

Une autre conception consiste à déduire la prescription acquisitive de la prescription extinctive ou libératoire. Il s'agit là d'une simple transposition de concept de l'ordre interne à l'ordre international. L'élément «temps» et la nécessité de mettre fin à la réclamation étant alors mis en exergue⁴⁸. Les matières auxquelles s'applique le concept étant totalement différentes dans les deux ordres, on ne peut qu'être circonspect dans son usage. De plus, l'élément centralisateur (l'Etat dans l'ordre interne) fait cruellement défaut dans l'ordre international.

Une autre attitude consiste à identifier la prescription acquisitive à la reconnaissance expresse ou tacite puisque c'est du silence ou non du premier souverain que dépendra la naissance de la prescription. Etant donné que l'émergence de la norme en droit international est assujettie au consentement de l'Etat, J. Charpentier explique que c'est pourquoi les positivistes rejettent le plus souvent la prescription acquisitive en droit international⁴⁹. En effet, il est difficile de concevoir qu'un Etat puisse perdre une partie de son territoire sans aucune protestation excepté, bien sur, les cas de cession, etc. Qui plus est, la présomption de la possession paisible constitue-t-elle un consentement ou une reconnaissance dans la prescription acquisitive ?

Cette notion nous paraît trop ambiguë pour être invoquée utilement car elle soulève plus de problèmes qu'elle n'en résout. De plus, sa consécration jurisprudentielle ne nous paraît pas convaincante dans la mesure où les conflits dans lesquels elle a été invoquée n'ont pas été d'une importance spéciale pour les Etats impliqués, qui pouvaient s'accommoder de sentences défavorables.

Il est entendu qu'une situation de fait peut engendrer des consé-

47. P. Fauchille refuse cette façon de voir, op. cit., p. 755.

48. Voir J.R. Ralston, op. cit., p. 139. Voir en outre la note 114 supra.

49. J. Charpentier, op. cit., p. 155 et ss.; pour Anzilotti, «le droit international ne connaît pas l'institution de la prescription tant acquisitive qu'extinctive, même sous la forme de ce qu'on appelle la prescription «immémoriale»; en règle, l'écoulement du temps ne suffit pas pour déterminer l'acquisition ou la perte de droit». Cours de droit international, pp. 336-337, cite par Krystina Marek, *Identity and Continuity of States in International Law*, Geneve, 1954, p. 576., voir note infra-paginale.

quences juridiques, mais pour cela on n'a pas besoin de faire valoir une prescription mais simplement l'effectivité qui est admise en droit international⁵⁰. Seulement, dans le cas qui nous occupe, la non reconnaissance par l'Argentine n'obstrue-t-elle pas la validation de la situation de fait en contredisant l'adage «le temps assez souvent a rendu légitime ce qui semblait d'abord ne se pouvoir sans crime ? »^{51 52}.

Autrement quel sens donner à la protestation⁵³.

C'est dire que l'argument de la prescription ne nous paraît pas fondé non plus et sa réception par le droit international actuel minerait celui-ci dans la mesure où il ressusciterait tous les concepts de droit intertemporel singulièrement anachroniques de nos jours. Quel serait par exemple le sort des anciens protectorats ?⁵⁴

50. K. Marck, op. cit., p. 580; voir aussi Kelsen, op. cit., p. 214; Ch. de Visser, *Les effectivités du droit international public*, Paris, Pedone, 1967 ; J. Touscoz, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris, L.G.D.J. 1964.

51. La non-reconnaissance doit être renouvelée et traduire une volonté réelle de s'opposer par tous les moyens licites à l'état de fait illicite, pour engendrer des effets juridiques. Voir Mac Gibbon, «Some observations on the part of protest in international Law» *Bybil*, 1953, p. 310 et ss.; Cavaglieri, *Regies generates du droit de la paix*. R.C.A.D.I. 1929 (I), p. 517 et ss.

52. Cite in Azzam, «The Falkland Islands and International Law» *Revue Egyptienne*. 1971, page 139.

53. D'une manière générale, écrit G. Cohen Jonathan, la protestation permet de préserver les droits de l'Etat dans tous les cas où le silence implique acquiescement. Il va sans dire que si l'occupation d'un territoire n'est pas entachée d'un vice, elle est opposable erga omnes et la reconnaissance comme la non reconnaissance ne jouent dans ce cas aucun rôle». Op. cit., p. 242. Dans le cas de l'occupation illicite d'un territoire, la jurisprudence semble attacher beaucoup de prix à l'absence de protestation de l'Etat lésé. Il est fait référence par exemple dans l'affaire du droit de passage en territoire indien à cette attitude : on y lit : « en l'absence de toute prétention ou contestation de la puissance enclavante... » C.I.J., 12 avril 1960, recueil p. 38. La protestation apparaît alors comme une cause de l'extinction de la prescription, si l'on raisonne *a contrario*.

54. Le droit intertemporel n'est que la traduction en droit international du principe de non-retroactivité bien connu des internistes. C'est l'énoncé de la régie, à savoir que l'effet d'un acte doit être déterminé au regard du droit de sa date de commission et non de celui de la réclamation à laquelle il donne lieu. L'autorité de cette règle est le plus souvent fondée par les internationa

C. LE PROBLEME DE LA DECOLONISATION

L'Argentine a voulu tirer argument du droit de la décolonisation en plus de ses autres arguments pour recouvrer la souveraineté sur les îles Malouines. Il faut dire que la stratégie normative déployée par les pays en développement au sein des Nations-Unies depuis un quart de siècle apparaissait plutôt comme un facteur facilitant. Il n'est que de rappeler cette fameuse Déclaration 1514 (XV) du 14 décembre 1960 dont le paragraphe I déclare que « la sujétion des peuples à une subjugation, à une domination et à une exploitation étrangère constitue un déni des droits fondamentaux de l'homme, est contraire à la Charte des Nations-Unies et compromet la cause de la paix et de la coopération mondiale »⁵⁵.

Le principe de la décolonisation apparaît comme une norme de *Jus cogens*, donc opposable erga omnes. Il va sans dire que son invocation ne peut que conforter la position de son auteur. Et puisque le caractère

listes sur la sentence de Max Huber, *op. cit.* où il explique ; "It is admitted by both sides that international law underwent profound modifications between the end of the Middle Age and the end of the 19th century, as regards the rights of discovery and acquisition of uninhabited regions or regions inhabited by savages or semi-civilized peoples. Both parties are also agreed that the juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not of the law in force at the time when a dispute in regard to it arise or falls to be settled..."

"As regards the question which of different legal systems prevailing at successive periods is to be applied to a particular case (the so-called intertemporal law), a distinction must be made between the creation of rights and the existence of rights. The same principle which subjects the act creative of a right to the law in force at the time the right arises, demands that the existence of the right, in other words its continued manifestation, shall follow the conditions required by the evolution of law". Sentence Huber *op. cit.* Cette sentence est aussi intégralement reproduite dans Jennings, *op. cit.*, pp. 88-126, cf. p. 99. Cette notion de droit intertemporel en appelle une autre qui apparaît comme son moyen de détermination ; celle de date critique. Dans sa plaidoirie en tant que conseiller du gouvernement du Royaume-Uni dans l'affaire des Minquiers et Ecrehous (I.C.J. Pleadings, Vol. 2, p. 64), Sir Gerald Fitzmaurice, observe que «... The theory of the critical date involves., that, whatever was the position at the date determined to be the critical date, such is still the position now. Whatever were the rights of the Parties then, those are still the rights of the parties now, if one of them then has sovereignty, it has it now, or is deemed to have it. If neither had it, then either has it now... The whole point, the whole raison d'être, of the critical date rule is, in effect, that time is deemed to stop at the date. Nothing that happens afterwards can operate to change the situation as it is existed. Whatever that the situation was, it is deemed in law still to exist, and the rights of the parties are governed by it ", L'ennui est que ces concepts ne se prononcent pas sur l'illicéité originelle de l'acte - toujours possible. Et si la date critique correspond à une violation du droit ?

55. «Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux. Résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960», in Documents de l'Assemblée générale de l'ONU, 15^e session, Vol. 1 Doc officiels supplément n° 16 (A-4684), New York, p. 70-71, 947 séance plénière..

colonial des Malouines ne souffre aucun doute⁵⁶, l'Argentine a beau jeu de soulever cet argument en faisant valoir que c'est par un acte de force que les Anglais ont colonisé les îles et qu'il faut remettre les choses en l'état. Le problème ici c'est que la revendication argentine se fonde sur une contradiction logique. L'obligation de décoloniser trouve son fondement dans le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes qui traduit l'aspiration de tout peuple sous tutelle à l'émancipation. Seulement l'Argentine ne reconnaît pas aux Malouins le droit de s'autodéterminer parce qu'ils sont essentiellement de souche britannique et exige la restitution pure et simple des îles au motif du paragraphe 6 de la Déclaration 1514 (XV) qui consacre le droit des peuples à l'autodétermination. Cette déclaration comporte cependant une exception en son paragraphe 6 sus-mentionné qui se lit: «Toute tentative visant à détruire partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un pays est incompatible avec les buts et les principes de la Charte des Nations-Unies»⁵⁷.

Et c'est précisément ce paragraphe de la déclaration que l'Argentine invoque comme application aux Malouines en faisant valoir que l'autodétermination des Malouins (de souche britannique) aboutirait à la destruction partielle de l'unité nationale et de l'intégrité territoriale du pays. C'est ainsi que le représentant de l'Argentine a observé devant le Comité de Décolonisation des Nations-Unies que toute autre solution aboutirait à «transformer en pleine souveraineté une possession illégale» sous couvert de la protection accordée par les Nations Unies⁵⁸. Il faut dire que le paragraphe 6 de la Déclaration a fait l'objet de controverse au moment de son élaboration⁵⁹.

Les Anglais ont contesté l'argument de l'Argentine à propos du pa-

56 Rappelons que les îles sont inscrites sur la liste des territoires non autonomes (art. 73 de la Charte de l'O.N.U.) et sous ce rapport, l'Angleterre a été tenue d'adresser à l'O.N.U. des rapports réguliers à propos des Falkland. Cette obligation qui résulte de l'art. 73 (e) de la Charte était considérée comme "the indicia of sovereignty for the purpose of consolidating claims to territories: thus the Argentine protested at the United Kingdom making reports on the Falkland Islands. Guatemala objected to British reports on British Honduras, and Indonesia at one time protested against Netherlands reports on the Netherlands East-Indies" Jennings, op. cit., p. 81, cf. la note 5, pp. 81-82.

57 Déclaration, op. cit. p. 71 ; on notera que ce paragraphe 6 a été invoqué dans l'affaire du Biafra

58 Rapport du sous-comité III, op. cit. p. 461.

59 Voir les documents officiels de la 15^e session de l'A.G. de l'O.N.U. et surtout les doc. A/AC 109, PV 284 et A/PV 926.

ragraphe 6, et leur représentant à fait valoir que cette disposition visait seulement à « protéger les pays devenus indépendants récemment contre les tentatives qui seraient faites dans le but de les diviser ou d’empiéter sur leur intégrité territoriale, précisément à une époque où ils sont le moins capables de se défendre, soit parce qu’ils se débattent pour acquérir leur indépendance ou parce qu’ils luttent pour conserver une indépendance fraîchement acquise »⁶⁰.

Cette interprétation semble coïncider avec l’intention des Etats africains qui sont les auteurs du paragraphe 6 (à tout le moins le projet) et qui étaient soucieux de se soustraire à toute partition de leurs territoires sur lesquels coexistaient des ethnies diverses et souvent adverses qui pouvaient nourrir des velléités de sécession. En réfutant le paragraphe 6 de la 1514 (XV), les Anglais se sont réfugiés derrière le paragraphe 5 de la même Déclaration qui n’a pas la faveur des Argentins.

Cette disposition se lit: « Des mesures immédiates seront prises, dans les territoires sous tutelle, les territoires non autonomes et tous autres territoires qui n’ont pas encore accédé à l’indépendance, pour transférer tous pouvoirs aux peuples de ces territoires, sans aucune condition ni réserve, conformément à leur volonté et à leurs vœux librement exprimés, sans aucune distinction de race, de croyance ou de couleur, afin de leur permettre de jouir d’une indépendance et d’une liberté complètes»⁶¹.

C’est dire toutes les difficultés qui surgissent dans le règlement pacifique du différend. Celui-ci nous semble conditionné par la dissipation des résistances des Malouins face aux revendications argentines et surtout

60 Doc. A/AC 109. op. cil.. PV 284 de la 15C session de l’A.G

61. Déclaration, op. cil., p. 71 ; en ce qui concerne la population des îles, la Grande-Bretagne s’est employée à réfuter les accusations argentines sur le caractère temporaire de celle-ci. Le Royaume-Uni faisait ainsi observer que « la population des Falkland ne doit donner lieu à aucun malentendu. Elle comporte un peu plus de 2000 habitants dont 80 pour cent sont nés dans l’archipel. Bon nombre d’entre eux pourrait prouver que leurs ancêtres étaient déjà établis dans les Falkland il y a plus d’un siècle. En tous cas il est tout à fait faux de dire que la population des Falkland se compose de gens de passage et qu’aucune naissance et aucun décès ne sont enregistrés dans l’archipel. Les taux de natalité et de mortalité sont publiés. Ils sont légèrement supérieurs aux taux enregistrés au Royaume-Uni et cela seul contredit absolument la fiction d’une espèce de garnison, sans racine dans le territoire et périodiquement remplacée ou relevée » in Doc. AG, 20e session, 4C commission, p. 263 et ss.; pour révolution de la population, des îles, voir le doc. du Conseil de Sécurité S/15007, op. cil. annexe I

par l'acceptation du principe d'une négociation réelle et globale de la part des Anglais. Il y a eu une esquisse dans ce sens dans les années 60-70 dont l'absence de résultat a abouti à la confrontation qu'on connaît.

III. De la négociation à l'acte de force

Le principe des négociations entre les deux parties a été acquis dans le cadre de l'O.N.U. suite à la Résolution 1514 précitée qui instituait le Comité des Vingt-Quatre, lequel a posé le principe des négociations entre l'Argentine et la Grande-Bretagne dans sa session du mois de novembre 1964. C'est sur cette base que l'Assemblée Générale de l'O.N.U. adoptera à sa vingtième session la Résolution 2065 qui invitait les parties «à poursuivre sans retard les négociations recommandées par le Comité spécial chargé d'étudier la situation en ce qui concerne l'application de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux en vue de trouver une solution pacifique aux problèmes, en tenant dûment compte des dispositions et des objectifs de la Charte des Nations- Unies et de la Résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale, ainsi que des intérêts de la population des îles Falkland (Malvinas) »⁶².

Les négociations commencèrent dès le mois de janvier 1966 à intervalle régulier dans le plus grand secret⁶³.

Des communiqués conjoints étaient régulièrement envoyés, chaque année, au secrétaire général de l'O.N.U. pour l'informer conformément à la Résolution 2965. Ces communiqués attestaient du climat de compréhension mutuelle qui entourait les négociations. La question de la souveraineté s'avère trop délicate, les parties l'ont mise en veilleuse et ont concentré leurs efforts sur des questions moins difficiles à résoudre. Elles parviendront ainsi à l'accord du 1er juillet 1971 qui portait sur les problèmes de communications, la circulation des personnes et la coo-

62. Résolution 2065 (XX), question des îles Falkland (Malvinas) du 16 décembre 1965, adoptée à la 1398^e séance plénière. Doc. A.G., vingtième session, supplément n° 14 (A/6014), p. 60-61.

63. Un ancien ambassadeur argentin en Grande-Bretagne a déclaré publiquement que pendant qu'il était en poste à Londres, certaines démarches confidentielles furent accomplies dans la

pération⁶⁴. Le manque d'empressement des Anglais à propos de la question de la souveraineté justifiera la démarche argentine auprès du Comité des Vingt- Quatre dénonçant l'impasse dans laquelle se trouvaient les négociations en 1973. La même année, la résolution 3160 (XXVIII) est adoptée⁶⁵. Elle insiste sur la nécessité de reprendre les négociations sans délai. Le 15 décembre 1977, les deux parties annonçaient dans un communiqué commun⁶⁶ que, sur la base de leur accord conclu à Rome en juillet de la même année, une réunion interministérielle anglo-argentine s'est tenue à New-York du 13 au 15 décembre 1977 en vue de continuer les négociations sur les relations politiques futures y compris la question de la souveraineté sur les îles Malouines, de Géorgie du Sud et de Sandwich du Sud. La réunion a aussi porté sur la coopération économique

voie de la reconnaissance de la souveraineté argentine sur les îles. L'ambassadeur Me Loughlin aurait dit: « Après environ deux ans de négociations, les parties se sont réunies au Foreign Office le 9 août 1968, et elles sont arrivées au texte d'un accord comprenant six articles». Les 3 premiers articles faisaient mention de la Résolution 2065 (XX) de l'Assemblée générale de l'O.N.U. comme base de la négociation. Le 4 article serait libellé comme suit: « Le gouvernement de sa Majesté britannique reconnaîtra la souveraineté argentine sur les îles Malouines à partir d'une date à fixer. Elle sera fixée dès que le gouvernement de Sa Majesté sera assuré du fait que le gouvernement argentin tiendra compte des intérêts des habitants des îles », cité dans le document du Jockey Club, op. cit., page 8.

Au mois de mars 1968, suite à un appel angoissé de quatre membres du Conseil exécutif de l'archipel des Malouines au Parlement britannique, plusieurs députés conservateurs demandèrent au gouvernement travailliste de s'expliquer. Ces députés s'étonnaient que de telles négociations aient été engagées sans que les habitants des îles en aient été informées. Ils soupçonnaient le gouvernement de vouloir céder la souveraineté des Falkland à l'encontre de la volonté de la population. C'est alors que le 27 mars, le secrétaire d'Etat au Foreign Office, M. Michael Stewart, devait répondre aux Communes : « L'un de nos objectifs a été de nous assurer qu'il existe des rapports satisfaisants entre les habitants de l'archipel et l'Argentine. Je dois dire à la Chambre que nous trouvons dès lors normal que la question de la souveraineté soit discutée dans ces conversations. Nous n'avons absolument aucun doute sur la légalité de notre souveraineté... Dans quel cas et à quel moment un transfert de souveraineté pourrait-il être envisagé ? Le gouvernement n'accepterait une telle cession que si un accord était satisfaisant à tous égards et que s'il était clair que les habitants de l'archipel le regardaient comme satisfaisant et conforme à leurs intérêts » ; cité sans référence dans un rapport de M. Essis Ako sur la « question des Malouines », Université de Paris X, 1981-1982, p. 18.

64.Voir G. Cohen Jonathan, op. cit., p. 256 et ss. voir aussi les documents du Comité des 24 A/AC. 109/615. § 6-14 et A/AC. 109-670 §§ 8-21; En outre A/33/23/REV. 1 Vol. IV, chap. XXVIII, paragr. 14.

65.Cette résolution a été adoptée par 116 voix pour, 14 abstentions et sans vote défavorable.

66.Voir les documents de l'Assemblée générale A/33/57 plus annexes A/33/58 + annexes.

entre les deux pays relative aux dits territoires en particulier et sur l'Atlantique Sud en général⁶⁷.

Depuis lors, les entrevues périodiques au niveau ministériel eurent lieu, avec la participation de représentants des insulaires.

Au mois de février 1981, une réunion entre les deux parties au litige avait lieu à New York. Les Argentins devaient y rejeter une proposition britannique, faite à la demande du Conseil législatif des îles, visant à instituer un moratoire à propos de la question de la souveraineté pour une période déterminée. De retour sur l'archipel, les deux représentants du Conseil législatif qui avaient pris part à la réunion rapportaient dans une conférence de presse que la délégation argentine avait directement fait appel à eux, leur offrant de faire des îles Malouines une région plus choyée (*" most pampered region "*), de maintenir le système démocratique, juridique, social, etc., s'ils renonçaient à la souveraineté britannique en faveur de la souveraineté argentine⁶⁸.

Par une lettre datée du 29 juillet 1981, le représentant permanent de l'Argentine aux Nations-Unies informait le secrétaire général d'une déclaration de son gouvernement faite deux jours plus tôt et relative aux îles et par laquelle le gouvernement argentin invitait la Grande-Bretagne *" to expedite resolutely the formal negotiating process "* sur les îles et déclarait que *" no substantial progress has been made since negotiations were undertaken pursuant to Resolution 2065 (XX) "* et qu'il était temps de rendre les négociations effectives⁶⁹. Le 25 novembre 1981, sur la base d'une recommandation de la quatrième commission, l'Assemblée générale des Nations-Unies adoptait la Résolution 36/416 par laquelle elle décidait de reporter l'examen de la question des îles Falkland jusqu'à sa 37e session et demandait au Comité spécial de suivre la question de très près. Le 14 décembre on annonçait que la réunion anglo-argentine prévue à Genève était reportée à une date ultérieure. Les 26 et 27 février 1982, une réunion interministérielle eut lieu à New York, à l'issue de laquelle les parties réaffirmaient *" their resolve to find a solution to the sovereignty dispute and considered in detail an Argentine proposal for*

67. Voir le document du Comité des 24, A/AC. 109/712 du 10 août 1982, 85 5-50.

68. Voir A/AC 109/670, op. cit. paragr. 17/21.

69. Voir AC 109/712, op. cit., paragr. 9.

procedures to make better progress in this sense ⁷⁰.

Plus tard, les Argentins préciseront leurs positions dans une déclaration lue devant le Conseil de Sécurité à sa 2350^e séance⁷¹ et dans une lettre datée du 1^{er} avril 1982, le représentant permanent de l'Argentine notifiait au président du Conseil de Sécurité, sur instructions de son gouvernement et en conformité avec les dispositions de la Charte des Nations-Unies, de la "*situation of grave tension existing between the Argentine Republic and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*" ⁷².

Le même jour, le représentant permanent du Royaume-Uni déclarait, dans une lettre adressée au président du Conseil de Sécurité, que son gou-

70. *Ibid.* p. 4.

71. Voir Document du Conseil de Sécurité S/PV 2350, la déclaration argentine où l'on peut lire: "*Argentina has negotiated with Great Britain with patience, honesty and good faith for more than 15 years within the framework mentioned in relevant resolutions of the United Nations to arrive at a solution to the dispute over the sovereignty of the islands. The new system is an effective measure to arrive at a prompt solution. However, if this does not come about, if there is no response from the British side, Argentina reserves the right to put up an end to the operation of such a mechanism and freely to choose the procedure it deems most fit in accordance with its interests*" Le 3 mars 1982, en réponse à une question posée à propos de cette déclaration argentine, M. Richard Luce (Minister of State at the Foreign and Commonwealth Office) déclarait: "I can tell the honourable Gentleman that, without any shadow of a doubt, there will be no contemplation of any transfer of sovereignty without consulting the wishes of the islanders, or without the consent of the House. The statement reported to have been issued by the Argentine Government yesterday is not helpful to the process that we all wish to see, that will resolve this dispute", reproduit dans Parliamentary Debates, House of Commons, 3 march 1982, Cols 263/264. Et le 30 mars, le même M. Luce informait la Chambre de ce qui allait provoquer la guerre des Malouines. Voir *Ibid.*, 30 mars 1982, Cols. 163-164.

72 Voir Official Records of the Security Council. Thirty-Seven Year, supplement for April, May and June, 1982, document S/14940. 11 poursuivait: "On 18 march 1982 workers of Argentine nationality from a private company were transported to the South Georgia Islands by the naval transport vessel Bahia Buen Suceso, where they landed with the prior knowledge of the United Kingdom Embassy in Buenos Aires and therefore of the British Government. All this was done in accordance with a valid commercial contract between an Argentine private company and a British private company. The workers were in possession of the document known as a provisional certificate". Ce document est le seul valable pour voyager dans l'archipel au terme de la déclaration commune anglo-argentine relative aux communications entre le territoire argentin et les îles. Cette situation de tension était provoquée selon le diplomate argentin par le fait que "the uncommon presumption of the British Government is disregarding the 1971 declaration so far as the South Georgia Islands are concerned and the documents introduced under it, and the British threat to use force through the dispatch of vessels belonging to its navy. The latter was expressly admitted by the Secretary of State for Foreign Affairs of the United Kingdom in the Houses of Lords. In his statement of 30 march, Lord Carrington also stated that his Government

vernement avait une “ *good reason to believe that the armed forces of the Republic of Argentina are about to invade the Falkland Islands* ”⁷³ et demandait une réunion d’urgence du Conseil de Sécurité. La 2345^e séance de celui-ci ayant lieu le même jour, les deux parties s’y employèrent à défendre leur cause à propos des incidents sus-mentionnés⁷⁴.

Poursuivant ses consultations au sein de la réunion, le président du Conseil de Sécurité devait faire une déclaration par laquelle il faisait ressortir la préoccupation du Conseil “ *about the tension in the region of the Falkland Islands (Malvinas)* ” et appelait les deux parties “ *to exercise the utmost restraint at this time and in particular to refrain from the use or threat of force in the region and to continue to search for a diplomatic solution* ”⁷⁵.

Le lendemain (2 avril 1982), dans une autre lettre, le représentant permanent du Royaume-Uni notifiait au président du Conseil de Sécurité que, malgré l’appel lancé la veille, les troupes argentines étaient en train d’envahir les îles. Il demandait à nouveau une réunion d’urgence du

was considering security measures which could not be publicly disclosed. He explained plus loin que “ the conduct of the British Government, which led to the above incidents, combined with a military presence that is unjustified and inimical to the basic principles on which international peace and security rest, is the culmination of a systematic United Kingdom policy aimed at maintaining a position of total disregard for the sovereignty of my country over the Malvinas, South Republic has claimed, always by peaceful means, since their illegal occupation by British military forces in 1883. My Government also wishes to point out that, from the outset, the Argentine Republic has constantly reiterated its incontestable rights over the islands and has maintained its trust in the use of negotiations for a just settlement of the dispute and in the role of the United Nations in putting an end to an unjust and anachronistic colonial situation. To that end, it initiated in 1965, in compliance with resolution 2065 (XX) of the General Assembly of the United Nations, a process of negotiation which has made no progress whatever because of the persistently negative attitude of the British Government and the clearly defined subject matter of which was the dispute concerning sovereignty over these ”.

73. Ibid, document S/14942.

74. Voir S/PV. 2345 du Conseil de Sécurité. Les Anglais firent valoir qu’ils regardaient la situation avec le plus grand sérieux et demandèrent au Conseil de Sécurité de prendre des mesures immédiates pour empêcher l’invasion de l’archipel et de maintenir la paix et la sécurité internationales. Ils assurèrent le Conseil qu’ils ont mené les négociations en “ perfect good faith ” et considéraient comme inadmissibles les velléités argentines de recourir à la force. Dans sa réponse, l’Argentine faisait remarquer que les Anglais avaient bien conscience de sa volonté de négocier avec générosité et justice dans l’intérêt des îles. Seulement, la reconnaissance de la souveraineté argentine sur les îles était désormais le préalable à toute négociation

75. Voir Official Records... op. cit.. document S/14944.

Conseil⁷⁶. Le Conseil consacra ainsi ses 2346^e et 2347^e séances du 2 avril à la question des îles. Il adopta le lendemain à sa 2350^e séance (3 avril 1982) la Résolution 502 par 10 voix contre une et 4 abstentions laquelle exige « une cessation immédiate des hostilités », le « retrait immédiat de toutes les forces argentines de l'île » et demande aux deux parties de « rechercher une solution diplomatique à leurs différends et de respecter pleinement les buts et principes de la Charte des Nations-Unies ».

Le même jour, Mrs Margaret Thatcher, Premier ministre du Royaume-Uni, faisait un discours très remarqué à la Chambre des Communes dans lequel elle passait en revue la situation des îles à la lumière des événements et arrêtait les mesures que le gouvernement britannique envisageait de prendre⁷⁷. On a alors envisagé d'envoyer des navires de guerre aux îles, de poursuivre les efforts diplomatiques, de reconsidérer l'ensemble des relations avec l'Argentine et de demander l'assistance des puissances amies de la Grande-Bretagne. Les diplomates argentins étaient priés de quitter Londres dans les quatre jours et les avoirs argentins en Grande-Bretagne étaient gelés ainsi que les crédits à l'exportation.

Le chargé d'affaires de la mission permanente du Royaume-Uni auprès de l'O.N.U. notifiait dans une lettre au président du Conseil de Sécurité la mise sur pied d'une « zone d'exclusion marine » de 200 miles marins (environ 370 km) autour des îles à compter de 4 heures G.M.T. le 12 avril⁷⁸. Cette mesure était prise par les Anglais dans « l'exercice de leur droit de légitime défense » étant donné que les Argentins passaient outre à la Résolution 502 du Conseil de Sécurité et continuaient à renforcer leurs positions. Les Argentins de leur côté utilisaient le même argument que les Anglais. Et dans une lettre au président du Conseil de Sécurité⁷⁹, ils prenaient acte de la mesure britannique et y voyaient un acte d'agression suivant la Résolution 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974 de l'Assemblée générale de l'O.N.U et déclaraient exercer leur droit à la légitime défense.

76 *ibid.* document S/14946

77. Voir Parliamentary Debates. House of Commons, 3 avril 1982, cols. 633-638.

78. Official Records... *op. cit.* documents S/14963.

79. *Ibid.*, document S/14961.

Le 8 avril 1982, le gouvernement des Etats-Unis offrait ses bons offices et le secrétaire d'Etat d'alors, M. Alexander Haig Jr, entreprit une série de visites à Londres et Buenos Aires dans ce sens. Il devait indiquer le 14 avril que le problème était d'une difficulté exceptionnelle et d'un danger tel que la souplesse et la révision des positions des deux parties au conflit étaient nécessaires au règlement du différend. Le gouvernement argentin, dans un communiqué (n° 25) rendant compte des conversations avec M. Haig déclarait qu'il a toujours voulu tenir compte des intérêts des Malouins et a fait des propositions raisonnables en ce sens sans jamais vouloir sacrifier ceux des intérêts britanniques lui paraissant raisonnables. Le 26 avril se tenait à Washington D.C. une réunion au niveau ministériel de l'Organisation des Etats américains (O.E.A.) à laquelle M. Haig déclarait que la voie la plus sûre pour arriver à un règlement pacifique était la mise en œuvre de la Résolution 502 du Conseil de Sécurité. A la même réunion le ministre argentin des Relations extérieures, M. Nicanor Costa Mendez, en appelait au retrait des forces britanniques et à la fin des sanctions décidées par la Communauté économique européenne. Il qualifiait la reprise par les Anglais des îles de Géorgie du Sud (le 25 avril) « d'acte de perfidie à un moment où les négociations continuaient » et expliquait que l'invasion argentine des îles Malouines (du 2 avril) était une tentative « *to break the colonial knot* »⁸⁰.

Le 2 mai, le secrétaire général des Nations-Unies devait proposer une série de mesures en vue du règlement du conflit à la suite de réunions séparées avec le représentant argentin et M. Pym. Après avoir reçu

80 « Défaire le nœud colonial ». Le 29 avril Mme Thatcher réitérait son espoir de voir une solution négociée du problème. Elle mit l'accent sur la nécessité de prendre des mesures militaires de façon à renforcer les efforts diplomatiques. Elle annonça son intention de mettre sur pied une zone d'exclusion totale et expliqua que la reprise de Géorgie du Sud n'était que l'exercice du droit britannique à la légitime défense suivant l'article 51 de la Charte des Nations-Unies. Elle réaffirmait sa confiance dans les efforts de M. Haig. (cf. Parliamentary Debates, House of Commons, 29/4/82. Cols, 980-982). Ce dernier déclarait le 30 avril que la crise de l'Atlantique Sud allait entrer dans une « new and dangerous phase » dans laquelle une action militaire de grande envergure allait être entreprise. Il mit l'accent sur les raisons qui ont poussé les Etats-Unis à entreprendre la médiation, lesquelles se fondaient - selon lui - sur le règne du droit et le règlement pacifique des différends. M. Haig devait échouer dans sa médiation faute de compromis; les Argentins voulant une assurance sur la question de la souveraineté et les Anglais la faisant dépendre du choix des Falklanders. Les Etats-Unis devaient alors prendre des mesures à l'encontre de l'Argentine « pour marquer leur désaccord quant à l'usage de la force ». Ces mesures consistaient pour l'essentiel à la suspension des exportations militaires et des crédits à l'exportation.

le 8 mai des réponses positives des deux parties, il commença à élaborer un texte, point par point, sur la base de réunions séparées avec les deux parties, qui soit mutuellement acceptable. Il adressa cependant une lettre le 20 mai au président du Conseil de Sécurité lui disant que le temps qui lui était imparti pour arriver à un accord était extrêmement court d'après ses estimations⁸¹. Le lendemain, il rendit compte au Conseil de Sécurité des points d'accord entre les deux parties⁸², mais ces dernières firent valoir d'autres arguments en leur faveur⁸³.

A sa 2368^e séance du 26 mai, le Conseil de Sécurité adoptait à l'unanimité la 505 par laquelle il rappelait sa Résolution 502 et exprimait sa vive préoccupation de voir la cessation des hostilités. Il devait saluer les efforts entrepris par le secrétaire général en vue de parvenir à un accord entre les parties et à mettre en œuvre la Résolution 502 dans le but de ramener la paix dans la région des Malouines. La Résolution demanda par ailleurs au secrétaire général de soumettre au Conseil de Sécurité un rapport provisoire dans les sept jours. Celui-ci sera soumis le 2 juin par le secrétaire général qui y indique qu'il a eu des échanges approfondis avec les parties en cherchant avec chacune d'entre elles les conditions acceptables pour un cessez-le-feu. Il devait arriver à la conclusion que l'attitude des deux parties n'offrait pas une possibilité sérieuse de cessez-le-feu à ce moment mais que conformément à son mandat, il garderait le contact avec les deux parties⁸⁴.

81 Official Records [of the Security Council, op. cit.. document S/15047.

82 Voir le document du Conseil de Sécurité A/AC 109/712 op. cit., p. 36, p.

83 Ibid., par. 37-43. L'accord recherché par le secrétaire général avait un caractère temporaire sans préjudice pour les prétentions des belligérants. Il avait trait au cessez-le-feu, au retrait mutuel des forces, à la fin de la zone d'exclusion totale et des mesures économiques à l'administration provisoire du territoire ainsi qu'aux négociations en vue du règlement du différend. Le retrait devait se faire sous le contrôle des Nations-Unies qui devaient se charger de l'administration provisoire des îles.

84 *Official Records*, op. cit.. Document S/15151.

Le lendemain à sa 2372^e séance, le Conseil de Sécurité devait continuer l'examen de la situation des îles, à la demande de Panama⁸⁵. Ce dernier pays proposera le lendemain 4 juin, avec l'Espagne, un projet de résolution à la 2373^e séance du Conseil, qui sera mis aux voix. Le vote donnera 9 voix pour, 2 contre (les Etats-Unis, et la Grande-Bretagne) et 4 abstentions. Le vote négatif de deux membres permanents du Conseil de Sécurité en empêchera l'adoption⁸⁶. Ce projet de résolution demandait l'application stricte et intégrale par le Conseil de Sécurité des Résolutions 502 et 505 ainsi qu'un cessez-le-feu immédiat. Il autorisait le secrétaire général à utiliser l'ensemble des moyens nécessaires à cette fin et lui demandait de soumettre, dans les 72 heures, un rapport provisoire au Conseil de Sécurité et de le tenir informé de l'application de la Résolution⁸⁷. Le 14 juin à Port Stanley, les forces argentines, stationnées sur les îles sous le commandement du brigadier général Mario Mendez, devaient se rendre au major-général Jeremy Moore du Royaume-Uni après qu'un cessez-le-feu de facto eut été observé quelques heures plus tôt⁸⁸.

En parlant à la Chambre des Communes après la reprise des îles, Mme Thatcher déclarait qu'elle avait cherché à obtenir une confirmation de l'Argentine de cessation complète des hostilités étant donné que la victoire avait mis un terme à la guerre sur les îles et pas nécessairement

85 *Ibid.*. documents/15154.

86 *Ibid.*, document S/15156/Rev. 2.87. Avant le déroulement du vote de ce projet de résolution, le représentant anglais fit une déclaration dans laquelle il affirmait que le Royaume-Uni aurait souhaité qu'un lien intime eut été établi dans la résolution entre le cessez-le-feu immédiat et le retrait total des troupes argentines des îles. Il expliquait que le projet de résolution tel qu'il fut libellé n'établissait ce lien et permettrait à l'Argentine de rouvrir des négociations interminables tout en laissant ses troupes occuper illégalement une partie des îles. Et par ces motifs la Grande-Bretagne ne voterait pas ce projet de résolution. Après le vote, le représentant argentin devait déclarer que ce projet de résolution rejeté aurait pu permettre au Conseil de Sécurité d'assumer sa responsabilité minimale au terme de la Charte en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales. Il aurait pu exiger le cessez-le-feu épargnant par là des vies humaines et ainsi servir la cause de la paix. Cependant, poursuivait-il, le Royaume-Uni a empêché cela en utilisant son veto pour servir ses intérêts coloniaux. Il portera désormais la responsabilité de toutes les pertes en vies humaines que ce conflit pourrait occasionner.

88. En ce qui concerne les opérations militaires, se reporter aux communiqués envoyés par les deux parties au Conseil de Sécurité, n° 1 à 166.

à l'état de guerre non déclarée avec l'Argentine. Elle poursuivait qu'elle allait envoyer M. Hunt sur les îles pour prendre contact avec les autorités civiles tandis que les affaires militaires devaient rester sous le commandement du major-général Moore. Elle indiquait qu'elle n'avait pas l'intention de reconnaître à l'Argentine aucun droit de regard, à l'avenir, sur les îles et par conséquent " *(she did) not intend to negotiate on the sovereignty of the islands in any way except with the people who live there.*

Elle écartait aussi toute participation des Nations-Unies. Dans une lettre datée du 17 juin 1982 et adressée au président du Conseil de Sécurité, le chargé d'affaires de la mission permanente de l'Argentine auprès des Nations-Unies transmettait le communiqué n° 166 du 16 juin 1982 confirmant le cessez-le-feu de facto dans la région de Port Stanley⁸⁹

Il est un fait que l'Argentine, en choisissant de régler le problème des Malouines par le recours à la force, a violé le droit international (article 2, § 4 de la Charte). La légitimité de sa prétention qui ne fait pas de doute ne coïncide pas avec la légalité internationale, et la guerre n'est plus un rapport juridique où la force prouve le droit. La communauté internationale s'est donnée les moyens de règlement pacifique des différends et l'Argentine doit les utiliser pleinement si elle veut voir aboutir ses prétentions.

L'ennui ici, c'est que la passion est venue se greffer aux difficultés antérieures puisqu'il y a eu mort d'hommes et s'il y a eu un grand perdant dans cette affaire, c'est bien la communauté internationale et sa composante essentielle qu'est l'Organisation des Nations-Unies à laquelle on fait la gentillesse de n'offrir que des cadeaux piégés en matière de maintien de la paix. Il n'échappe à personne que là où les " *Big Five*" échouent au niveau relationnel, l'institutionnel (en l'occurrence le Conseil) ne pourra que constater l'échec un peu comme cet officier

89. Official Records, op. cil. document S/15229.

d'état-civil qui constate les décès en délivrant ses actes. Comme dit l'autre d'un jeu de mot: « Pacifier, pacifier... Faut pas s'y fier »⁹⁰.

Naturellement le premier mode de règlement d'un pareil litige qui vient à l'esprit du juriste est de porter l'affaire devant la Cour de La Haye, mais il n'est pas sûr qu'un compromis puisse intervenir entre les deux parties dans ce sens après tout ce qui s'est passé. Les problèmes posés étant juridiques et politiques, politiques en dernière instance, la solution la plus satisfaisante à notre avis est celle proposée par les Nations-Unies au niveau du Comité des Vingt-Quatre où le sous-Comité III a fait un travail considérable. Il faudrait associer les «Falklouins» (aussi appelés Kelpers) eux-mêmes à ces procédures de façon à arriver à des accords qui aient la faveur des trois parties. Autrement, demain ne sera pas la veille du règlement de ce conflit dont le théâtre aura une importance de plus en plus grande avec l'intérêt économique, stratégique et autres que suscitent les terres australes de l'Antarctique (le continent blanc) avec le développement de la science et de la technologie et dont les Falkland (Malouines) constituent un point de passage obligé⁹¹.

90. Rapporte par R.J. Dupuy dans son cours au Collège de France

91. On a même proposé d'étendre le traité sur l'Antarctique du 1^{er} janvier 1959, auquel sont parties la Grande-Bretagne et l'Argentine, à toute la zone des Malouines. Le traité ne s'applique qu'à la zone dite « continent blanc » qui se situe au-delà du 60^e parallèle Sud. M. Edgar Faure (par exemple) propose de placer l'archipel des Malouines dans la juridiction du traité par une extension pure et simple en plaçant l'ensemble des territoires considérés sous un statut pacifique comportant leur démilitarisation et leur dénucléarisation et de mettre un terme aux conflits de souveraineté. (Voir Le Monde du 23-24 mai 1982). Cette solution serait tout à fait convenable, mais il est fort à parier que les Anglais la récuseraient vu l'intérêt stratégique des îles.

ANNALES AFRICAINES
REVUE DE DROIT, D'ECONOMIE ET DE GESTION

de la faculté des sciences juridiques et économiques de
l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar (1989-1990-1991) 20bis

LE JUS COGENS

Avec le Jus Cogens (1), le droit international s'est enrichi d'une notion nouvelle qui a connu une fortune rapide à la mesure des espoirs en elle placés. Le concept de Jus Cogens a fait l'objet de controverses doctrinales. Si son existence dans le droit international positif ne fait plus de doute, ses fonctions peuvent être discutées. Comme on l'a remarqué (2), s'agit-il de règles de caractère constitutionnel, inhérentes à tout ordre juridique comme seules capables de l'engendrer ? D'une simple transposition de la notion d'ordre public comme en droit interne, mais liée alors à l'existence d'un législateur ? Ou encore d'une matérialisation du droit naturel, dont l'efficacité provient de la supériorité précisément « naturelle » par rapport au droit positif ? Ou enfin, ce qui revient au même sous une formulation différencié, de la consécration d'un principe nouveau de justice dans les relations internationales ? C'est avec la notion d'ordre public que l'analogie frappe le plus. En effet, en droit interne, la liberté créatrice des parties au contrat n'est pas absolue. La détermination de l'objet est assujettie au respect de l'ordre public et des bonnes mœurs. C'est pourquoi nombre de règles mettant en jeu l'ordre public et les bonnes mœurs sont impératives et par conséquent insus-

1. Les études relatives au Jus Cogens ne se comptent plus. Tous les manuels et traités contemporains de droit international y font référence. On citera en particulier: The concept of Jus Cogens in international law, Conférence on international Law (Lagonissi, Grèce) 3-8 avril 1966, Genève, Carnegie Endowment for international Peace, 1967, 140 p.: R. AGO, Droit des traités à la lumière de la convention de Vienne, RCADI, 1971, vol. 111: M. AKEHURST, « The hierarchy of the sources of international law », BYIL 1974, p. 274: J. BARBERIS, « La liberté de traiter des États et le Jus Cogens » ZAO RV 1970, n° I, pp. 19-45: K. MAREK, « Contribution à l'étude du Jus Cogens en droit international » Recueil d'études de Droit international, en hommage à Paul GUGGENHEIM, Genève, Imprimerie de la Tribune de Genève 1968, pp. 426-459; J. NISOT, « Le concept de Jus Cogens envisagé par rapport au droit international » RBDI, 1968, pp. 2-7: G. SCHWARZENBERGER, « International Jus Cogens », Texas Law Review, 1965, pp. 455-478: E. SCHEWELB, « Some aspect of international Jus Cogens as formulated by the International Law Commission AJIL, 1967, pp. 946-975: A. GOMEZ-ROBLEDO « Le Jus Cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions » RCADI, 1982. T.; 72, pp. 13-217: A. VERDROSS, « Forbidden Treaties in international Law », AJIL, 1966, pp. 55-63: M. VIRALLY « Réflexions sur le Jus Cogens » AFDI, 1966, pp. 5-29: Ch. de VISSCHER, « Positivism et Jus Cogens », RGDIP, 1971, t. 75, n° 1, pp. 5-11.

2. V. H. THIERRY et al., Droit international public, Paris, Ed. Montchrestien coll. Précis Domat, 1981, 780 p. pp. 76-77.

ceptibles de dérogation même par voie d'accord entre les parties. Pour les partisans de son introduction dans l'ordre juridique international, le Jus Cogens est un concept autonome (3). Il n'en reste pas moins qu'il présente une communauté de caractères avec l'ordre public: impossibilité de déroger par accord et nullité pour contrariété d'objet.

Avant l'introduction formelle du Jus Cogens dans le droit international positif, c'est-à-dire l'adoption de la Convention de Vienne sur le droit des traités le 23 mai 1969, les normes du droit international étaient simplement diapositives, c'est-à-dire que l'on pouvait y déroger librement par accord. La violation de ces normes engendrait la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat à qui elle est imputable.

L'émergence du Jus Cogens engendre une hiérarchie des normes en droit international qui le place au sommet. Dès lors, un traité contraire au Jus Cogens est nul pour illicéité d'objet. « Envisageant le problème sous l'aspect des conditions de validité des traités, la Convention (de Vienne) devait surtout saisir le Jus Cogens par ses conséquences en ce domaine. Elle ne pouvait toutefois éluder totalement sa définition, vivement souhaitée par les Etats occidentaux ».(4).

Sous ce rapport, deux méthodes s'offraient à la Conférence de Vienne. D'une part, établir une liste limitative de normes du Jus Cogens après s'être prononcée sur l'existence de telles normes ou alors donner une définition abstraite de la notion de norme impérative du droit international général, d'autre part. Les tenants de ces démarches différentes se sont opposés à Vienne.

Pour les uns, une liste même limitative de normes de Jus Cogens serait un moyen de figer le concept et d'empêcher l'émergence de nouvelles normes impératives. Pour les autres, une énumération de normes pouvait réduire l'incertitude qu'introduisait le Jus Cogens dans le droit des traités avec le risque d'instabilité qui s'y attache. Avant d'envisager l'étude du Jus Cogens en droit positif (II), il convient de le situer d'abord dans le droit international (I).

3.M VIRALLY, op. cit. écrit p. 7 « Dans ces conditions, les analogies utilisées ici, plutôt que d'éclairer la notion qu'on cherche à définir, ont pour effet de susciter des obstacles artificiels à son introduction dans le droit international. Dès le moment où on lie cette dernière à une structure institutionnelle étrangère à la société internationale, on se condamne à opposer à son utilisation dans l'ordre qui régit cette société des impossibilités logiques qui n'existent peut-être qu'en raison du point de départ choisi ».

4.H THIERRY et al., op. Cit. 77.

1. Jus Cogens et droit international

Les ordres juridiques apparaissent comme des êtres humains et arrivent novices à chaque âge de la vie, pour parodier CHAMFORD. Et, lorsqu'ils sont pénétrés par des concepts nouveaux, ils ne cessent de rendre le juriste perplexe. Ce dernier réagira par l'examen d'autres ordres juridiques pour voir si la notion y est connue et la place qu'elle y tient. C'est à ce moment seulement qu'il tentera ou non la transposition de la notion dans un ordre juridique déterminé. L'émergence du Jus Cogens dans l'ordre international n'échappe pas à cette règle et a suscité une controverse doctrinale (A) quant à son introduction dans cet ordre. Il faudra ensuite y déterminer sa place (B).

A. UNE NOTION CONTROVERSEE

Le Jus Cogens - on l'a déjà relevé - a fait l'objet de controverses doctrinales que l'on pourrait faire remonter à l'entre-deux guerres (5). L'introduction de la notion dans le droit des traités apparaissait comme souhaitable à certains et révolutionnaire voire même dangereuse aux autres. On y a vu la transformation du droit international et sa refonte (6).

Les expressions doctrinales relatives aux Jus Cogens peuvent être classées entre les défenseurs, les auteurs hostiles et les autres. L'un des plus ardents défenseurs du Jus Cogens a été sans conteste le Pr Alfred Von VERDROSS. Il distingue dès 1935, les traités contestables de traités nuls. Les premiers sont ceux atteints par les vices du consentement (erreur, dol, violence) que la ratification par la partie lésée peut réparer

5. Evidemment on trouve trace du Jus Cogens chez les Jus naturalistes. V.A. GOMEZ-ROBLEDO, op. cit. pp. 17-36.

6. Le Pr. E.P. NICOLOUDIS, La nullité de Jus Cogens et le développement contemporain du droit international public, Athènes, 1974, p. 10 a pu écrire: « Cette refonte, qui semble être aussi bien le résultat dialectique du mépris accru que ce droit à surtout souffert pendant la deuxième guerre mondiale, réside dans la reconnaissance par la convention de Vienne, pour la première fois avec une telle netteté et autant de force, d'une volonté générale qui transcende, dans le domaine des relations internationales, la volonté particulière de sorte que cette dernière loin d'être sur le plan juridique toute puissante, comme c'était jusqu'ici le cas, se voit désormais fléchie, plus ou moins soumise à l'impératif de la volonté éveillée de la communauté mondiale qui réalise actuellement ses premiers pas dans la voie d'une sorte d'auto-conscience ».

en toute liberté et dont la nullité est assujettie à la demande des parties. En revanche, les traités nuls sont nuls de plein droit et ne peuvent lier les parties en raison de leur contenu intrinsèque parce que contraires soit à une norme positive contraignante, soit stipulant une impossibilité, soit encore contraires à quelque chose de moralement prohibé. VERDROSS dira en 1937 que « la volonté des parties (à un traité) ne peut en rien déroger à ce que lesdites normes (Jus Cogens) prescrivent de manière inconditionnelle » (7), avant d'établir une typologie des normes impératives. Il distingue les normes impératives du droit international coutumier: la liberté de la haute mer, l'annexion de terra nullius et le droit de passage inoffensif: et les normes prohibitives de traités contra bonos mores, le maintien de l'ordre public, le droit de défense d'un Etat contre toute attaque extérieure, le souci pour un Etat d'assurer le bien-être physique et spirituel de ses ressortissants à l'intérieur du pays et la protection de ses nationaux à l'étranger. Il s'agit là de la sauvegarde des attributs de la souveraineté. Malgré ses relents naturalistes, sa doctrine a ouvert de nombreuses perspectives au débat sur le Jus Cogens.

A côté de VERDROSS, on peut ranger les auteurs anglais OPPENHEIM et LAUTERPACHT qui établissent la théorie du Jus Cogens pré-existant et celle de Jus Cogens survenant s'apparentant à la doctrine du droit intertemporel (8). Pour eux, un traité ayant un objet immoral ne peut lier des parties et ils ajoutent qu'« it is a recognized customary rule of international Law that obligations which are at variance with universally recognized principles of Law cannot be the object of a treaty » (9).

Mc NAIR affirme, quant à lui, qu'il existe des régies coutumières du droit international apparaissant comme des normes de sommet et qui sont insusceptibles de dérogation par voie conventionnelle. Les règles

7. A. VERDROSS, «Forbidden Treaties in International Law»AJIL, vol. 31, 1937, pp. 571-577. L'auteur dit p. 571 « For it is the quintessence of norms of this character that they prescribe a certain, positive or negative behavior unconditionally: norms of this character, therefore, cannot be derogated by the will of the contracting parties »

8. OPPENHEIM, LAUTERPACHT, *International Law*, 8 ed., Londres, 1958, vol. I, § 546 où on peut lire: « Just as treaties have no binding force when concluded with reference an illegal object, so they lose their binding force, when through a progressive development of international Law they become inconsistent with the latter ». Les auteurs citent en exemple la Déclaration de Paris de 1856 relative au droit maritime.

9. Ibid. § 506.

sont nécessaires à la sauvegarde des intérêts de la Communauté internationale ou au maintien des bonnes moeurs par elle reconnues (10).

Pour M. VIRALLY, « le Jus Cogens étant l'expression d'un intérêt commun à la société internationale toute entière ou d'une prescription éthique reconnue universellement, il ne peut être établi que par un processus engageant la société internationale toute entière, ce qui est d'ailleurs en parfaite conformité avec le fait qu'il appartient au droit international général » (11).

Mme K. MAREK affirme pour sa part que « le Jus Cogens en tant qu'ensemble de normes impératives limitant la liberté contractuelle des parties existe non seulement en droit interne, mais également en droit international: il ne peut pas ne pas exister, sinon le droit international ne serait pas un ordre juridique. Tout comme en droit interne, le Jus Cogens en droit international est une notion autonome qui ne se confond avec aucune autre notion. Tout comme en droit interne, le Jus Cogens en droit international est une institution de droit positif. Ses normes sont de deux catégories: celles de la première résultent directement de l'essence et de la structure même du droit international, celles de la deuxième résultent de son évolution progressive » (12).

Pour le Pr Ian BROWNLIE, l'existence du Jus Cogens ne fait pas de doute (13). Se référant à l'*Obiter dictum* célèbre de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, il affirme que la haute juridiction fit sienne la doctrine du Jus Cogens. De plus, l'auteur oppose le Jus Cogens non seulement aux actes bilatéraux et multilatéraux

10. Lord McNAIR, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961. L'auteur dit p. 215: « There are many rules of customary international law which stand in a higher category and which cannot be set aside or modified by contracting States. They are rules which have been accepted either expressly by treaty or tacitly by custom, as being necessary to protect the public interest of the society of States or to maintain the standards of public morality recognized by them. The community of States does not escape this principles althrough judicial and arbitral practice contains few invocations regarding the application of the rule ».

11. M. VIRALLY, *op. cit.*

12. K MAREK, *op. cit.* pp. 458-459.

13. I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law* 3 ed. Oxford, 1979. L'auteur écrit p. 513: « The major distinguishing feature of such rules (Jus Cogens) is their relative indebility. They are rules of customary law which cannot be set aside by treaty or acquiescence but only the formation of a subsequent customary rule of contrary effect. The last controversial examples of the class are the prohibition of aggressive war, the law of genocide, the principle of racial non-discrimination, crimes against humanity, and the rules prohibiting trade in slaves and piracy ».

raux mais également aux actes unilatéraux. Sous ce rapport, pour M. BROWNLIE, la règle *ex-injuria jus non oritur*, qui est en conflit dans la pratique avec le principe de l'effectivité, retrouve toute son intégrité par le fait que les situations qui tirent leur origine de l'emploi de la force apparaissent désormais contraires à une norme de Jus Cogens en vertu de laquelle lesdites situations ne pourront, comme par le passé, devenir valables, en raison de la reconnaissance ou de l'acquiescement (14). En effet, la guerre n'est plus un rapport licite où la force prouve le droit. Il suffit de rappeler ici l'article 2 paragraphes 4 de la charte des Nations-Unies dont le caractère de Jus Cogens ne souffre aucune contestation.

La doctrine soviétique est très favorable au concept du Jus Cogens. Le plus représentatif est sans doute le Pr. TUNKIN qui constate que « la nécessité des principes et normes impératifs est apparue et s'est renforcée avec l'extension des relations internationales » (15).

En ce qui concerne la doctrine italienne, il faut relever les positions du Pr. R. QUADRI pour qui « il ne paraît pas que l'on puisse mettre en doute la nullité d'un traité *contra bonos mores*. Il faut se débarrasser du préjugé positiviste des contractants alors qu'au contraire il repose sur le principe selon lequel le caractère obligatoire d'un traité repose sur la volonté du corps social, qui ne saurait autoriser la poursuite de fins contraires aux conceptions éthiques essentielles de la communauté internationale » (16).

Quant à la doctrine espagnole, elle est toute entière acquise à la théorie du Jus Cogens. Il faut y voir l'influence de la tradition *jus naturaliste*. Il n'est que de citer des noms tels que SUAREZ ou VITTORIA pour s'en convaincre.

14. Ibid, p. 83.

15. G. I. TUNKIN, *Droit international Public, Problèmes théoriques*, Paris, Pedone, 1965. L'auteur ajoute p. 100: « C'est pourquoi le droit international contemporain a vu se développer considérablement le nombre des normes et principes impératifs. Tous les principes fondamentaux du droit international généralement reconnus en font partie... Ainsi, on trouve dans le droit international contemporain des principes et des normes à caractère impératif, formes sur la base d'accords entre Etats qui, des lors, ne peuvent conclure de traités régionaux excluant ces principes et ces normes dans leurs relations. L'existence de normes impératives ne freine nullement la marche du droit international vers le progrès. Elle ne fait pas obstacle à la création de normes nouvelles qui iraient plus loin dans le sens de la sauvegarde de la paix et des relations amicales entre Etats ».

16. Cite par A. GOMEZ-ROBLEDO, *op. cit.* p. 78.

Il nous faut maintenant envisager les doctrines hostiles au Jus Cogens.

Il faut commencer par le maître du positivisme juridique, Dionisio ANZILOTTI pour lequel il n'est rien qui puisse empêcher les Etats d'abroger les normes qu'ils ont établies ou de les remplacer par d'autres étant donné que les Etats sont en même temps les créateurs et les sujets des normes du droit international. De ce point de vue, on pourrait dire que toutes les normes internationales sont dispositives, estime ANZILOTTI, sauf peut-être certains traités de portée générale qui prohibent tout accord particulier contraire (17). Le problème de la différenciation en droit international entre le Jus Cogens et le Jus dispositivum est à peine une question de technique juridique, et non pas une question de nature spécifique. Par leur nature même, les normes peuvent revêtir indifféremment un caractère ou un autre, et le problème sera simplement de chercher à savoir si par sa teneur ou son sens une norme est exclue ou non des accords particuliers contraires. ANZILOTTI admet la transposition au droit international des deux catégories de Jus dispositivum que l'on rencontre dans la doctrine: les normes supplétives, destinées à compléter une manifestation de volonté incomplète et les normes permissives, destinées à régir les rapports des sujets intéressés sans pour autant exclure une réglementation différente.

Comme l'observe M. GOMEZ-ROBLEDO (18), d'un point de vue purement volontariste, en somme, il ne fait pas de doute que les objections d'ANZILOTTI contre la légalité du Jus Cogens et de son autonomie spécifique sont d'un grand poids.

Si toutes les normes du droit des gens, toutes, sans aucune exception et quelle que soit la source dont elles sont issues (traités, coutume, principes généraux de droit) sont un produit de la volonté des Etats, on ne voit pas pourquoi un Etat ne pourrait-il pas se délier d'une norme quelconque.

17.D. ANZILOTTI, Cours de droit international, Trad. GIDEL, Paris, Sirey 1929, vol. 1, p. 98 ou l'auteur explique que: « lorsqu'il s'agit de normes générales ou même de normes qui valent pour un groupe plus ou moins nombreux d'Etats, il devient important de déterminer si ces normes excluent absolument ou admettent dans des limites plus ou moins grandes des accords particuliers dérogatoires. C'est à cela que se ramène, purement et simplement, le problème des normes impératives en droit international ».

18.GOMEZ-ROBLEDO, op. cit p. 83.

Le problème des volontaristes réside dans le fait que l'ensemble des normes du droit international ne sont pas un produit de la volonté des Etats..

Pour Von LISZT, le droit international est un droit dispositif. Il n'oblige pas les Etats d'une manière absolue, et dans certains cas, il permet une modification par voie consensuelle entre les parties intéressées. Ceci est la conséquence du droit fondamental de l'indépendance des membres de la communauté internationale. Le juriste italien SERENI qui partage ce point de vue soutient qu'il n'existe aucune norme conventionnelle ou coutumière insusceptible de dérogation dans l'ordre juridique international. En envisageant même la norme *Pacta sunt servanda*, il affirme qu'il n'y a aucune impossibilité juridique ou conceptuelle qui s'oppose à sa dérogation. Et lorsque l'on parle de Jus Cogens, on confond d'après SERENI, la légalité d'une norme avec son efficacité. Le point de vue de SERENI apparait, pour le moins osé et repose de notre point de vue sur une contradiction logique. En effet, même en l'absence d'une impossibilité juridique ou conceptuelle s'opposant à une dérogation à la norme *Pacta sunt servanda* - ce qui reste à être démontré- il y a une impossibilité simplement logique. Comme l'écrit M. VIRALLY (19), on voit mal comment des Etats pourraient, par voie de traité, convenir de déroger à une norme qui, précisément, confère aux traités leur caractère obligatoire. Il s'agit d'une véritable contradiction in se. On pourrait en dire autant de la règle de la bonne foi. L'obligation de bonne foi est un accessoire d'autres obligations internationales et il est difficile d'imaginer comment deux Etats pourraient convenir par voie de traité d'appliquer suivant un autre principe c'est-à-dire de mauvaise foi - les obligations que le droit international leur impose.

Le juriste beige J. NISSOT (20) est quant à lui radicalement hostile au Jus Cogens et défend une position insolite. Il va jusqu'à récuser la distinction universellement admise entre norme impérative et norme dispositif car, dit-il, tout le droit est par définition Jus Cogens, vu que la norme juridique, à la différence de la norme morale, doit être exécutée d'une manière inexorable, ce qui fait que le terme Jus Cogens ne serait qu'un truisme, une tautologie. Ce point de vue - pour le moins insuffisant

19.M. VIRALLY, op Cit., p. 10.

20.J. NISSOT, op. Cit., p. 1.

- n'apporte rien au débat dans la mesure où il nie l'évidence. En effet, tous les ordres juridiques connaissent une hiérarchie normative parce que cela procède d'une nécessité logique et participe de la ratio legis du droit lui-même en tant que phénomène social.

Comme le remarque à juste titre le Pr GOMEZ-ROBLEDO, le véritable problème (comportant une négation possible, mais pourvue de sens d'un Jus Cogens international) réside dans la transposition du droit interne au droit international de toute cette constellation conceptuelle: ordre public, normes impératives ou prohibitives, avec les sanctions qui en découlent, à la tête desquelles se trouve celle de la nullité de plein droit des actes contraires.

C'est sur ce terrain que se place le Pr G. SCHWARZENBERGER qui est l'adversaire le plus résolu du Jus Cogens. Pour lui, la transposition est absolument impossible car l'ordre juridique international est très loin de posséder la consistance et l'effectivité de l'ordre juridique interne et repose non pas sur une base de pouvoir, mais sur des considérations d'intérêt réciproque, de sens commun et de conduite raisonnable comme dans un club quelconque. Son réquisitoire est implacable (21).

A côté des auteurs favorables au Jus Cogens et de ses détracteurs, nous trouvons une autre partie de la doctrine - que l'on a nommée, plus

21. G. SCHWARZENBERGER op. cit., p. 476. L'auteur écrit: « Le droit international, au niveau de la société internationale inorganisée, ne connaît aucun Jus Cogens. L'explication réside dans l'absence de tout centre de gouvernement doté de force physique incontestable, et de tribunaux avec une juridiction obligatoire et la compétence pour formuler des règles analogues à celles de l'ordre public au niveau national. Ce qui est extraordinaire, par contre, c'est qu'au cours d'un millénaire et en l'absence de toute concentration du pouvoir dans la société internationale, le droit international coutumier ait pu développer empiriquement un ordre de *facto d'une stabilité remarquable. Cet ordre a entraîné certaines limites de sens commun à la liberté contractuelle, sur la base du principe de réciprocité... Lorsque celle-ci été écartée pour frayer le chemin à des sentiments plus élevés, mais sans rapport avec les réalités immuables de la société internationale, le nouveau droit international a montré qu'il n'est pas autre chose qu'un effort éphémère, quand il n'est pas, comme cela arrive souvent, un affichage inutile... Dans une société mondiale organisée, les principes des Nations-Unies, avec leurs formes correspondantes de Jus Cogens dans d'autres institutions internationales, se présentent comme des tentatives tendant à la création de normes consensuelles d'un ordre public international. Ces efforts sont malgré tout assez précaires, comme c'est le cas dans les Nations-Unies, ou bien trop limités *ratione personae* ou *ratione materiae*, comme il arrive dans les organisations spécialisées des Nations-Unies ou bien dans les communautés européennes supranationales. Il s'agit tout au plus, de quasi-ordres internationaux ».*

haut, les autres - caractérisée par une valse hésitation, ballottée entre la prudence et le scepticisme.

D'abord le Pr Ch. ROUSSEAU dont la position est évolutive. Il écrit en 1944 qu'à «la différence de ce qui se passe en droit interne, la notion d'un ordre public limitant l'autonomie de la volonté étatique est à peu près inexistante, en raison de la structure essentiellement individualiste et volontariste de la Communauté internationale » (22). En ce qui concerne l'hypothèse d'un traité portant sur un objet illicite, l'auteur pense qu'elle est dépourvue d'intérêt pratique. Quant à la transposabilité du Jus Cogens de l'ordre interne à l'ordre international, M. ROUSSEAU estime qu'il existe entre les deux ordres juridiques des différences sérieuses de structure, qui sont de nature à exclure tout raisonnement par analogie car en l'absence de tout pouvoir central, de toute subordination, on ne peut concevoir l'existence de normes supra conventionnelles (23).

Ensuite, il y a le Pr GUGGENHEIM qui s'était rangé à l'origine parmi les négateurs du Jus Cogens. Il affirmait (24) qu'il n'existe aucune norme qui prohibe ou sanctionne les traités internationaux dont le contenu est contraire à la moralité et qu'aucun ordre public international ne peut limiter la liberté dont jouissent les Etats dans la création des normes de droit international. Sa position évoluera singulièrement en 1962. Le Pr GUGGENHEIM affirmera qu'un minimum de normes impératives est absolument nécessaire au moins pour assurer la compétence dans la contraction internationale et le caractère obligatoire des traités.

22. Ch. ROUSSEAU, *Principes généraux de droit international public*, Paris, Sirey, 1944, vol. 1, p. 340.

23. Le Pr ROUSSEAU critique très sévèrement l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités dans son traité, *Droit International Public*, Paris, Sirey, 1970, vol. 1.11 écrit p. 151 « Cette formule est peu satisfaisante en ce qu'elle répond à la question par la question. Dire qu'une norme internationale est impérative parce qu'elle n'est pas susceptible de dérogation n'est pas une réponse très sérieuse au problème posé. Il resterait en effet à rechercher pourquoi il n'est pas possible de déroger à une telle norme et qu'il est à craindre que la seule réponse valable soit précisément tirée du caractère impératif attribué à la norme en question. Le débat est des lors insoluble, à moins de faire appel à des considérations d'ordre politique ou idéologique imposées par voie majoritaire et abusivement érigées en règles pseudo juridiques. La conséquence inéluctable d'un tel confusionnisme serait d'offrir aux Etats un nouveau moyen de se soustraire unilatéralement à leurs obligations conventionnelles en invoquant la nullité d'un traité pour non conformité à un Jus Cogens reste informulé ».

24. P. GUGGENHEIM, *Traité de Droit International Public*, Genève, 1951, vol. I, p. 57.

Ce n'est pas uniquement pour les normes juridiques formelles mais également pour les normes juridiques substantielles qu'il peut y avoir des normes impératives en droit international et qui peuvent, à la fin, provenir de n'importe laquelle des trois sources reconnues du droit international: le traité, la coutume, ou les principes généraux du droit (25).

Enfin il faut faire une place au Pr W. WENGLER qui caractérise le Jus Cogens de façon plutôt formelle que matérielle. Pour lui les normes du droit international peuvent normalement être modifiées. Cependant certaines normes, de par leur importance, non seulement s'imposent à tous les Etats mais aussi tout Etat peut en réclamer l'exacte application. Et par droit international impératif, il faut entendre ces normes de droit international coutumier dont l'exécution est assurée par la coaction juridique de la communauté internationale.

Ce débat sur le Jus Cogens est, à dire vrai, celui de l'existence ou non de la communauté internationale où le pouvoir de l'Etat serait concentré et conditionné justifiant de ce fait l'existence de normes de sommet connues pour sauvegarder les intérêts supérieurs de cette structure qui s'organise (26).

Il apparaît par conséquent indiqué de délimiter les contours du Jus Cogens dans cet ordre, c'est-à-dire à travers les procédés extérieurs de formation du droit dans l'ordre international.

B. LES CONTOURS DU JUS COGENS

Les normes appartenant au Jus Cogens apparaissent comme des normes impératives. Ce sont des normes du droit international général et sont non-immuables.

Leur caractère impératif découle de la sanction suprême du droit international qui s'attache à leur violation. Tandis que la violation d'une norme dispositive met en cause la responsabilité internationale de l'Etat à qui elle est imputable, celle d'une norme impérative conduit à la nullité de l'acte contraire.

25. Article in « Wörterbuch Des Völkerrechts » cite dans ROBLEDÓ, p. 76.

26. Sur la notion de communauté internationale, voir la leçon inaugurale du Pr. J. J. DUPUY, faite au Collège de France le vendredi 22 février 1980. Voir aussi R. J. DUPUY Cours Général à l'Académie de Droit International de la Haye intitulé « Communauté internationale et disparités de développement », RCADI, Tome 165, pp. 9-242.

Les normes du Jus Cogens sont des normes du droit international général. «Ce fait... souligne qu'il (le Jus Cogens) présente un caractère d'universalité » (27). Il faut cependant noter que la généralité n'est pas unanimité mais plutôt représentativité au sein de la communauté internationale. Le Pr AGO, Président de la Conférence de Vienne s'est prononcé en ce sens. Pour lui, «la conviction du caractère impératif (doit être) partagée par toutes les composantes essentielles de la communauté Internationale, et non seulement, par exemple, par les Etats de l'Ouest et de l'Est, par les pays en voie de développement. Par ceux d'un continent ou d'un autre » (28). L'appartenance du Jus Cogens au droit « international général » signifie qu'il n'existe pas - à tout le moins dans le système de la Convention de Vienne - de Jus Cogens régional même si certains auteurs l'admettent (29).

Le caractère de non-immutabilité du Jus Cogens est destiné à soustraire à la nullité les traités multilatéraux généraux susceptibles de modifier une règle de Jus Cogens.

Etant donné ces caractères des normes appartenant au Jus Cogens, on peut se demander dans laquelle des différentes sources énoncées à

27. M. VIRALLY, op. cit. p. 13.

28.R. AGO, « Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne » RCADI, 1971 (III), p. 323.

29.M. VIRALLY, op. Cit., écrit p. 14: « Peut-on concevoir un Jus Cogens régional, c'est-à-dire une situation dans laquelle un groupe d'Etats reconnaît certaines règles comme suffisamment importantes à l'égard de la communauté particulière qu'ils forment pour qu'aucune dérogation ne soit autorisée ? Une telle conception, qui rappelle, cette fois, plus directement ce qu'est l'ordre public dans le droit étatique, lequel constitue, lui aussi, une unité à l'intérieur de la société internationale, n'est pas impossible, mais elle n'a évidemment pas à être reconnue et sanctionnée par le droit international général. Il est donc tout à fait normal que la Commission du droit international n'ait pas introduit cette idée dans son projet d'articles. Notons, au surplus... que si certaines règles valables à l'intérieur d'un groupe particulier d'Etats sont considérées comme spécialement importantes et comme devant, en conséquence, prévaloir sur d'autres, il n'en résulte pas nécessairement qu'elles prennent le caractère de Jus Cogens. En tout état de cause, même si un Jus Cogens régional peut ainsi se former, il sera, bien entendu, subordonné au Jus Cogens mondial, tel que le définit la Commission du droit international, puisque celui-ci interdit, précisément qu'un groupe d'Etats quelconques puisse déroger à ses exigences, même dans les relations mutuelles de ses membres. En d'autres termes, on constate que la notion qui nous occupe conduit nécessairement à la conception d'une société internationale universelle, dotée de ses valeurs propres et pouvant invoquer, à son profit, un véritable intérêt général qui doit l'emporter sur les intérêts particuliers de ses membres: il s'agit donc d'une société internationale à laquelle les Etats ne sont pas libres de s'ouvrir ou de se refuser ».

l'article 38 du Statut de la C.I.J. Le Jus Cogens trouve-t-il son meilleur nid.

Le concept est apparu dans le droit des traités. Il est donc logique de l'examiner d'abord dans ce droit.

Le problème qui se pose ici est celui de savoir si le traité multilatéral constitue ou non une source du droit international général. La difficulté réside dans le fait de l'inexistence d'une convention universelle susceptible de générer directement des normes du Jus Cogens. De plus la *res inter alios acta* est une règle rémanente qui apparaît comme un postulat de base du droit des traités. De sorte que lorsqu'un traité prévoit qu'une norme qu'il contient relève du Jus Cogens, on se trouve devant le dilemme, à savoir s'il s'agit d'une codification d'une norme coutumière ayant un caractère de Jus Cogens ou d'un principe général ou d'un simple développement progressif du droit se traduisant par la création d'une norme de Jus Cogens.

Cette situation conduit certains auteurs à nier la possibilité pour un traité de créer des normes impératives du droit international général (30).

Cependant, comme le fait remarquer à juste titre M. GOMEZ ROBLEDÓ (31), nous avons un traité pratiquement universelle dans la Charte des Nations-Unies laquelle apparaît à la fois comme traité et constitution, regroupant presque tous les Etats du monde. Or, dans la Charte, on trouve l'essentiel des principes reconnus comme appartenant

30. Il en est ainsi de M. J. BARBERIS, op. cit., p. 45. Il en est de même de Mme K. MAREK, « Thoughts on Codification », ZAO R V, 1971, vol. 3 ou l'auteur écrit p. 497: « Indeed, general international law exists only and exclusively as customary law: there is no such thing as general treaty law. The voluntarist element in customary law, is infinitely weaker than in conventional law: indeed, the notion of « third States » whom legal rules nec prosunt nec nocent has no place here. Arising out of this admittedly less vulnerable than is treaty law to all voluntarist dangers, thus, reservations which have become a source of weakness of more than one multilateral treaty are excluded with regard to customary rules. Nor is it possible to invoke the *clausula rebus sic stantibus* against the continuous norm can be « denounced » by a state while the danger of denunciation hovers permanently over a treaty, whether the latter does or does not include a denunciation clause. The now discarded *si omnes* clause was a purely and exclusively conventional institution. Finally, it is believed that, as a spontaneous phenomenon, particularly recalcitrant to all artificial constructions, customary law adheres much more closely to the infrastructure which it governs, that is to say, that in the long run, it corresponds better to the genuine needs of the international community ».

31. M. GOMEZ-ROBLEDÓ, op. cit., p. 97.

au Jus Cogens: égalité souveraine des Etats, recours à la menace ou à l'emploi de la force. Avec le principe de l'égalité souveraine, la Charte a codifié un des postulats de base de l'ordre juridique international apparaissant comme un préalable nécessaire vu la nature du droit international. On ne peut en dire autant du principe de la prohibition de la menace ou de l'emploi de la force dans les relations internationales qui se présente plutôt comme une création de la Charte en fonction d'un de ses objectifs fondamentaux.

En effet, jusqu'à l'avènement de l'ONU, la guerre était un rapport licite entre Etats faiblement réglementé d'ailleurs. Le Pacte de la SDN renfermait « certaines obligations de ne pas recourir à la guerre » tandis que le Pacte Briand-Kellogg stipulait la renonciation à la guerre « en tant qu'instrument de politique nationale ». C'est avec la Charte des Nations-Unies que la guerre sera mise hors-la-loi ou plutôt sous le coup de la loi et l'usage de la force fut confié de manière exclusive au Conseil de Sécurité dans le cadre du chapitre VII. Rien, par conséquent, ne permet d'exclure l'origine conventionnelle de normes appartenant au Jus Cogens. Et il semble que pendant la Conférence de Vienne, la majorité des Représentants fut en faveur du traité multilatéral, en tant que véhicule potentiel du Jus Cogens (32).

En ce qui concerne la coutume internationale, elle est une source incontestable de droit international général même si elle perd du terrain face au droit conventionnel pour des raisons de commodité et de sécurité juridique. La doctrine s'est traditionnellement installée dans l'idée que la coutume lie non seulement les Etats ayant participé à sa formation mais également ceux nouvellement constitués et que le seul moyen de s'y soustraire est de la rejeter de manière non équivoque et constante dès le commencement de son processus de formation.

Cependant, le Tiers-Monde s'emploie à « contester la valeur obligatoire des règles et principes coutumiers qui sont l'expression de l'inégalité de droit et de fait qui existait pendant la période du colonialisme » (33).

32. Ibid, p. 100.

33. M. SAHOVIC, « Influence des Etats nouveaux sur la conception du droit international » AFDI, 1966, pp. 34-35; voir aussi R. J. DUPUY, « Coutume sage et coutume sauvage » Mélanges ROUSSEAU, Paris, Pédone, 1974, pp. 75 et ss.; R. J. DUPUY, Cours général, op. cit., p. 171; M. THIERRY et al., op. cit., pp. 106-108.

De fait, la coutume traduit deux réalités: le processus de création de la norme et la norme elle-même. C'est la première que les pays du Tiers-Monde veulent remodeler au double motif qu'elle traduit les besoins des pays les plus puissants et qu'ils n'ont pas participé à son élaboration. En somme, une manière de prendre en compte la réalité internationale qui se caractérise par la diversité. Des lors, « le processus coutumier n'est pas arrêté mais il agit dans un univers conflictuel. Aux coutumes sages, établies sur la somptueuse lenteur de «l'éternel hier» s'opposent les contre-coutumes, sauvages, dont l'excroissance soudaine est nourrie de volonté alertées, dénonçant la désuétude et l'imposture des premières dont un long passé faisait oublier qu'elles devaient leur développement non à la sagesse des nations mais à l'action des plus puissantes d'entre elles » (34).

Celles-ci sont très attachées à la coutume classique qui «repose sur un équilibre subtil» de ses éléments constitutifs que sont l'élément matériel et l'élément psychologique qui relevent de « deux préoccupations antinomiques» (35). Le Tiers-Monde rejette l'élément matériel classique à cause de sa lenteur et voit dans l'opinion juris classique un frein. Il promeut ses « contre-coutumes » chargées de bombes, non à retardement mais à précipitation, pour assurer les fonctions d'éclatement et de reformation dont le Pr DUPUY nous enseigne qu'elles aboutissent à l'« abrogation » ou à la « séparation » (36).

Ce glissement est significatif. Il traduit la volonté pour les pays du Tiers-Monde de reformuler en des termes qui leur sont plus favorables le problème de combinaison des éléments constitutifs de la coutume et d'établir une hiérarchie entre les deux. De cette attitude, se dégage une nouvelle approche

34.R. J. DUPUY, op. Cit., p. 171.

35.M P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », RGDIP 1982, pp. 5-47; p. 34, « D'un côté, permettre l'émergence de règles coutumières sans pour autant exiger le consentement individuel de tous les Etats; d'un autre côté, permettre à un Etat de ne pas être lié par une règle qu'il ne reconnaîtrait pas comme telle ».

36.R. J. DUPUY, « Coutume sage...» op. Cit., p. 82-92. «L'effet abrogatoire, note-t-il, peut évidemment s'exercer à l'égard d'une coutume antérieure: le phénomène sera lent, et, en période de retournement des eaux qui portent la régie en cours de caducité et celle en essor, la confusion risquera d'être grande, sauf si l'homogénéité de la société, par hypothèse exempte de contradictions trop accusées, permet au changement de se faire comme à l'insu des consciences ou avec leur muet agrément. Et l'effet séparateur quant à lui, il résulte de l'apparition de coutumes qui se veulent propres à une région, géographique ou politique. Elles traduisent chacune une solidarité sociale profondément ressentie ».

de la coutume qui met l'accent sur *Fopinio juris* et qui, par conséquent, rejoint la solution volontariste, ne laissant qu'une place subalterne à l'élément matériel, la pratique, dévoreuse de temps et donc retardant l'émergence de la norme. La coutume apparaît ainsi évolutive.

Quant aux principes généraux du droit, ils « évoquent des données à la fois générales et primordiales, donc un ensemble de règles qui, au moins matériellement, domineraient l'ordre juridique international, assurant sa cohérence et sa complétude » (37). Ces caractères devraient faire des principes généraux du droit un nid privilégié d'éclosion des normes impératives du droit international général. Mais ces principes soulèvent des questions difficiles, dont celui de leur autonomie comme source du droit international n'est pas le moindre. De plus, ils ne jouent qu'un rôle limité dans la pratique. Ceci doit pousser à la prudence.

On le voit, la question de la source de prédilection des normes impératives du droit international général ne laisse de rendre perplexe. Sa détermination doit partir du constat suivant lequel, la Convention de Vienne sur le droit des traités n'assujettit la création des normes du *Jus Cogens* à aucune des sources formelles du droit international.

Il nous reste à étudier le concept du *Jus Cogens* dans le droit positif. Cette notion est l'objet d'une subsidence normative liée au désintérêt de la doctrine depuis l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne. De plus, elle n'a pas encore été invoquée devant une juridiction: ce qui ne laisse d'étonner.

II. Le *jus cogens* : un concept de droit positif

Il sera ici question du régime juridique des normes appartenant au *Jus Cogens* (A) et de leur identification (B).

A. LE RÉGIME JURIDIQUE DES NORMES DU *JUS COGENS*

Le *Jus Cogens* a été formellement introduit dans le droit international positif par la Convention de Vienne du 23 mai 1969. On se souvient que la Conférence de Vienne devait se prononcer en faveur d'une défi-

37.M. THIERRY et al. op cit., p. 131.

inition abstraite de la notion, ne comportant pas d'énumération, des normes impératives du droit international général.

L'article 53 de la Convention sera adopté par 87 voix contre 3 et 18 abstentions.

Il se lit: « Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ».

La définition abstraite retenue par la Convention de Vienne rend impérieuse la nécessité de préciser le mode de détermination des normes de Jus Cogens. Ces normes doivent être acceptées et reconnues comme telles par la communauté internationale des Etats dans son ensemble. Il s'agit des règles impératives, des règles du droit international général et des règles évolutives (38). La nature particulière du Jus Cogens justifiait amplement l'établissement d'un critère sûr de détermination. L'on se souvient que la Commission du droit international s'était abstenue de proposer un texte énumérant les normes de Jus Cogens en déclarant qu'il convenait de laisser à la pratique des Etats et aux tribunaux internationaux le soin de procéder progressivement à la détermination de ces normes impératives.

Il nous faut observer que la pratique internationale apparaît plutôt « timide » et pas déterminante. Lorsqu'elle caresse l'idée du Jus Cogens, la Cour internationale de Justice le fait par prétérition.

Dans l'Affaire du détroit de Corfou, la Cour internationale de Justice mentionne des « considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre » au titre de certains principes généraux et bien reconnus (39).

La Cour internationale de Justice qualifia le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers qu'est le génocide de « refus qui bouleversait la conscience humaine, infligeait de grandes pertes à l'humanité (et) était contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations-Unies ».

38. V. M. THIERRY, op. cit., pp. 76-81, voir aussi D. CARREAU, *Droit international, les Cours de droit (polycopie)*, 1980, pp. 81-90.

39. Affaire du détroit de Corfou, 1949, Rec. C.I.J., 1949, p. 22.

La Cour arrivait à la conclusion que les principes reconnus par la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide étaient « des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel » (40). La Cour internationale de Justice qualifia en 1962 le mandat relatif au Sud-ouest Africain de « engagement international d'intérêt général » (41).

Dans l'affaire de la Barcelona Traction Light and Power Co, la Cour dit dans un obiter dictum: « une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vue l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés: les obligations dont il s'agit sont des obligations « erga omnes » (42).

En outre, dans l'affaire du personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, la Cour internationale a relevé que « dans la conduite des relations entre Etats, il n'est pas d'exigence plus fondamentale que celle de l'inviolabilité des diplomates et celle des ambassades ». La Cour y voyait des « obligations impératives que comportent les relations diplomatiques » en notant « qu'elles sont maintenant codifiées dans les Conventions de Vienne de 1961 et 1963 » (43).

En ce qui concerne les exemples de traités dérogeant au Jus Cogens, la Commission du droit international en avait fourni quelques-uns dans son rapport dont certains éléments se retrouvent dans l'obiter dictum de la Cour internationale en l'Affaire de la Barcelona Traction lorsqu'elle

40. Affaire des réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1951, Rec. CIJ, 1951, p. 23.

41. Affaires relatives au Sud-ouest Africain, Rec. CIJ, 1962, p. 332.

42. Affaires de la Barcelona Traction Light and Power Company, Rec. CIJ, 1970, p. 32.

43. Affaire du personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, Ordonnance du 15 décembre 1979, Rec. CU 1979, pp. 129 et 130. Le tribunal de Nuremberg déclara contraire aux bonnes mœurs, et donc nul, un accord entre l'Allemagne et le Gouvernement de Vichy par lequel les prisonniers de guerre français devaient travailler dans les usines d'armement allemandes. Cf. l'Affaire Krupp - p. 55, Law reports of Trials of War Criminals. Vol. X, Londres 1949, p. 141. En outre, dans une Affaire qui a opposé l'Italie à l'Autriche en 1951, la Commission européenne des droits de l'homme décrit les obligations découlant de la Convention européenne comme étant « essentiellement de caractère objectif » dont la violation serait une « violation de l'ordre public de l'Europe » - Cf. Annuaire de la Convention Européenne des droits de l'homme, vol. 4, p. 141

dit: « Ces obligations découlent, par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide, mais aussi des principes et règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale, certains droits et protection correspondants se sont intégrés au droit international général; d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel» (44). Cependant, l'autorité de cette prise de position de la Cour est limitée en droit par le fait que les hypothèses envisagées ne sont guère en cause dans l'espèce.

En ce qui concerne le second problème que pose l'article 53 de la Convention de Vienne, celui des effets de l'introduction du Jus Cogens en droit international, on peut retenir que l'illicéité de l'objet d'un traité pour contrariété avec une norme impérative du droit international général entraîne la nullité de traité.

Le problème de la modification du Jus Cogens par une nouvelle norme de Jus Cogens apparaît quant à lui autrement difficile à résoudre. Il suffit de songer au processus de modification pour s'en convaincre.

Comme l'a relevé à juste titre M. J. P. JACQUE: l'article 53 prévoit qu'une règle impérative peut être modifiée par une nouvelle règle de droit international général présentant le même caractère. Le plus souvent, cette modification aura lieu par une voie coutumière. Mais les précédents coutumiers ne pourront être constitués que d'une série de traités bilatéraux ou multilatéraux contraires à la norme impérative qu'ils modifieront. Ces traités sont en principe nuls du fait de leur contrariété avec une norme de Jus Cogens. Il sera donc nécessaire d'établir que cette nullité n'a pas été invoquée en raison de l'existence d'une conviction selon laquelle la règle de Jus Cogens existante était modifiée » (45).

L'article 53 pose ainsi de difficiles problèmes. Qui plus est, de nouvelles normes de Jus Cogens peuvent voir le jour à l'avenir. En effet, l'article 64 de la Convention de Vienne dispose: « Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui

44. Affaire de la Barcelona Traction, op cit., p. 32

45. M. J. P. JACQUE, *Eléments pour une théorie de l'Acte juridique en droit international public*, Paris, LGDJ, 1972, 511 p.: p. 157.

est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin ».

Admettre cette mutabilité se justifiait initialement par la nécessité de permettre à certains traités, les traités multilatéraux généraux, de modifier une norme préexistante de Jus Cogens sans être frappés de nullité. « Cette conception dynamique du Jus Cogens, logique en soi, est dictée au surplus par la nécessité d'une adaptation continuelle du droit aux conditions variées des Etats nouveaux. Or, la Convention n'institue nulle part une procédure spécifique d'élaboration des normes du Jus Cogens. On est à nouveau confrontés à l'unique critère matériel toujours rempli d'imprécisions » (46).

S'il est difficile de déterminer dans un cas précis l'appartenance d'une norme au Jus Cogens, la nature de l'autorité chargée de le faire, prend un relief particulier. On se souvient que la Commission du droit international préconisait d'attendre que la pratique des Etats et la jurisprudence des tribunaux internationaux mettent au point la pleine teneur du Jus Cogens. Le problème ici est qu'il n'existe pas en droit international de juridiction à compétence obligatoire. Et puisque la pratique - comme on l'a vu - n'est pas déterminante, les difficultés demeurent. C'est pourquoi nombre de délégués ont demandé, à Vienne, la mise sur pied d'une procédure internationale destinée à constater la contrariété de l'objet d'un traité avec une norme impérative du droit international général.

La seule procédure que préconisait la Commission du droit international était la notification obligatoire de son attitude par la partie qui conteste la validité du traité.

C'est seulement au terme d'un long débat que la Conférence de Vienne a pu aboutir à l'idée d'un recours à une juridiction internationale. En effet, l'article 66 al. a. de la Convention de Vienne se lit « toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation des articles 53 ou 64 peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de Justice, à moins que les parties ne décident d'un commun accord de soumettre le différend à l'arbitrage ». Une solution juridiquement obligatoire paraît ainsi assurée. Elle a eu la faveur des Occidentaux

46. NGUYEN QUOC Dinh, P DAILLER, A. PELLET, *Droit international public*, Paris LGDJ, 2e Edition, 993 p., p. 195

qui ont œuvré dans ce sens.

En conséquence, l'objet d'un traité est illicite s'il est contraire au Jus Cogens. En cas de litige entre parties à la Convention en cette matière, la Cour internationale ou un tribunal arbitral tranchera. Mais quels sont les effets de la violation du Jus Cogens ?

La notion s'est développée dans le droit des traités. Il est par conséquent logique d'apprécier les effets de la violation d'une norme de Jus Cogens dans le droit des traités. On a vu émerger l'idée de crimes internationaux et celle selon laquelle tout comportement contraire au Jus Cogens pourrait être considéré comme un crime international.

Dans le domaine du droit des traités, ce qui est connu c'est le droit des nullités. Il y a un point sur lequel la Convention de Vienne sur le droit des traités est muette: c'est le problème de l'invocabilité de la notion de Jus Cogens. Ce qui pose le problème classique de l'*actio popularis*. Deux possibilités s'offrent: soit une partie au contrat invoque la nullité, soit le destinataire de la norme entachée de nullité peut agir.

En droit interne, l'*actio popularis* veut dire que tout individu qui de près ou de loin est touché par la nullité peut agir ! cet individu pouvant être le Ministère public.

Le droit international ne devait échapper à cette problématique. Le problème du Sud-ouest Africain en est un exemple, à propos duquel la Cour internationale constate l'inexistence de l'*actio popularis* en droit international. Elle dit: « Au surplus, si on l'envisage sous un autre angle, cet argument revient à dire que la Cour devrait admettre une sorte d'*actio popularis*, ou un droit pour chaque membre d'une collectivité d'intenter une action pour la défense d'un intérêt public. Or, s'il se peut que certains systèmes de droit interne connaissent cette notion, le droit international tel qu'il existe actuellement ne la reconnaît pas et la Cour ne saurait y voir l'un des principes généraux de droit mentionnés à l'article 38, § I c) de son statut»(47).

On remarquera que ce problème de la recevabilité s'était posé dans l'affaire de la Barcelona Traction ou la Cour internationale tente de recevoir la notion d'*actio popularis* dans le droit international. Elle dit dans un obiter dictum: « Vu l'importance des droits en cause, tous les

47. Affaire Sud-ouest Africain, Seconde phase, 18 juillet 1966, Rec. CIJ 1966 p. 47.

Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations erga omnes » (48). Conformément au concept d'ordre public, la Cour annonce la possibilité d'une actio popularis en cas de violation du Jus Cogens.

L'analogie avec le droit interne devient intégrale. On peut cependant se demander si l'obligation erga omnes équivaut à Jus Cogens. Il y a deux actions en cas de violation d'une norme de Jus Cogens: une action en nullité qui vise à faire cesser et une action en responsabilité qui vise à sanctionner.

Selon la Convention de Vienne, seules peuvent faire cesser le traité, les parties au traité. Une autre idée est concevable, ce serait que toutes les parties invoquent la notion de Jus Cogens. Mais cela voudrait dire que le Jus Cogens est une norme purement conventionnelle. En revanche, si on considère que le Jus Cogens est une norme de droit international général, n'importe quel membre de la société internationale peut agir pour faire constater la nullité d'un traité. Il y a la possibilité d'intervention dans un litige pour un Etat tiers mais ce serait reconnaître l'autorité de la Cour internationale de Justice. C'est le cas du forum provocateur.

On peut aussi se demander si le Juge lui-même ne peut pas invoquer le Jus Cogens, en poussant le parallèle avec l'ordre public(49). Ceci pose le problème de l'action possible de la communauté sur le plan politique avec l'Assemblée générale des Nations Unies. Mais cette communauté internationale pourrait-elle se saisir d'une norme de Jus Cogens?

On peut maintenant déterminer le régime de la nullité. L'article 71 al. 1 et 2 de la Convention de Vienne ; sur le droit des traités vise deux situations:

- a) La conclusion d'un traité en contradiction avec une norme du Jus Cogens existant;
- b) L'effet sur un traité de l'apparition d'une nouvelle norme de Jus Cogens.

48.Op. cit., p. 32.

49. L'Affaire du Canal de KIEL et la notion d'Ultra petita.

La première situation concerne un traité nul ab initio c'est-à-dire dès le moment de sa conclusion parce que contraire à une norme de Jus Cogens à ce moment-là. Dans ce cas, on élimine les conséquences dans ce qui est matériellement possible. Il est impossible de renoncer à invoquer la contrariété d'un traité avec une norme du Jus Cogens parce que l'on ne peut pas renoncer à la nullité. Et le traité tombe dans son entièreté c'est-à-dire qu'il n'est pas divisible.

La deuxième situation concerne l'article 64 de la Convention de Vienne, relatif à la survenance d'une nouvelle norme du Jus Cogens.

Il faut tout de suite relever que la nullité et l'abrogation ne sont pas équivalentes en droit international. Le problème de la Convention de Vienne était d'éviter les difficiles problèmes inter temporels. C'est là l'esprit de Vienne. En cas de survenance d'une nouvelle norme de Jus Cogens, le traité est annulé pour l'avenir. Il ne peut être évidemment pas frappé de nullité ab initio puisqu'il était valide « au moment de sa conclusion ». Les actes antérieurs accomplis dans la mise en œuvre du traité conservant par conséquent leur validité. C'est ce que veut dire l'article 64 lorsqu'il dispose que le traité « devient nul et prend fin ». Autrement dit, lorsqu'une nouvelle norme du Jus Cogens survient, tous les traités entrant en conflit avec elle cessent de produire des effets.

L'article 71, alinéa 2 ne pose-t-il pas tacitement le principe de l'Uti possidetis juris ?

Commentant cette disposition, M. REUTER écrit: « Mais les auteurs de la Convention de Vienne ont voulu également examiner une hypothèse toute différente dont l'intérêt plongeait pour certains ses racines dans de confuses aspirations politiques: le problème des effets d'une nouvelle règle impérative sur les traités existants. Manifestement, il ne s'agit plus de nullité, mais de la difficile question de droit inter temporel. Comme on l'a indiqué plus haut, on ne peut demander trop de rigueur et de précision à des formules dont la portée ne pourrait résulter que d'une pratique jurisprudentielle. Mais l'article 71 § 2 est particulièrement mal rédigé. Il décide que le traité « devient nul et prend fin »: en français tout au moins, cet énoncé est contradictoire ».

Par ailleurs, on a voulu simultanément proclamer la non rétroaction de cette caducité du traité et la fin de tous les droits, obligations et situations nés d'une juste application du traité avant sa caducité, dans la mesure où leur maintien serait « en soi en conflit avec la nouvelle norme

impérative du droit international général». Les effets du traité caduc qui ont eu un caractère instantané seront donc maintenus, mais ceux qui ont pris corps dans l'établissement d'une situation continue devront prendre fin. Ainsi donc, pour prendre un exemple, à supposer que naisse une règle impérative absolue relative au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, toutes les conquêtes territoriales consacrées en violation de ce droit par des traités antérieurs à la mise en vigueur de la Convention de Vienne et antérieurs à la naissance de cette nouvelle règle pourraient voir leurs effets dans l'avenir réduits à néant. Il est vrai que les laborieuses contradictions incorporées dans la Déclaration touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats de 1970 au sujet du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes montrent qu'il s'agit d'une hypothèse un peu théorique. Finalement, les incertitudes qui touchent aux effets du Jus Cogens sont atteintes d'une incertitude aussi grave que la notion elle-même ».(50)

B. DETERMINATION DU JUS COGENS

Le problème de l'identification des normes du Jus Cogens apparaît comme l'aspect le plus complexe et le plus controversé de la recherche relative au Jus Cogens. Chaque auteur s'emploie à suggérer une dé-

50. M. P. REUTER, Introduction au droit des traités, Paris, PUF 1985, Publications de ri.U.H.E.I. de Genève, 211 p.: p. 151. En outre, la non-rétroactivité des articles 53 et 64 de la Convention de Vienne a été clairement établie par la Commission du droit international dans le commentaire de l'article 50 du projet devenu l'article 53 de la Convention. « L'article doit être interprété compte tenu de l'article 61 (« Survenance d'une nouvelle régie du Jus Cogens ») et, d'après la Commission, il ne saurait être question qu'il produit des effets rétroactifs. L'article vise le cas où un traité est nul au moment de sa conclusion du fait que ses dispositions sont incompatibles avec une règle déjà existante du Jus Cogens... L'article 61 en revanche, vise le cas où un traité, valide au moment où il est conclu, devient nul et prend fin par l'établissement ultérieur d'une nouvelle règle du Jus Cogens avec laquelle ses dispositions sont incompatibles. Les mots devient nul et prend fin montrent clairement, selon l'avis de la Commission, que la survenance d'une nouvelle norme du Jus Cogens ne doit pas avoir d'effet rétroactif sur la validité d'un traité. La nullité ne joue qu'à partir du moment où est établie la nouvelle régie du Jus Cogens. Le caractère non-rétroactif des régies énoncées aux articles 50 et 61 est encore souligné au paragraphe 2 de l'article 67 qui prévoit, de la manière la plus expresse, que la fin d'un traité par suite de survenance d'une régie nouvelle du Jus Cogens ne doit pas avoir d'effet rétroactif*. Voir Conférence de Vienne, documents de la Conférence, p. 74.

marche ou à établir des critères d'identification (51). Telle norme est mise en exergue parce qu'elle conditionne la cohésion ou la survie de la communauté internationale, telle autre parce qu'elle sauvegarde les intérêts de la société internationale ou ceux de l'homme (52).

La Commission du droit international, de même que la Conférence de Vienne devaient s'abstenir de dresser une liste de normes appartenant au Jus Cogens en raison des désaccords sur nombre de règles.

La tâche de la détermination d'un critère pour l'identification du Jus Cogens revenait à la pratique des Etats et à la jurisprudence, parce que c'est sur ce point qu'un consensus a pu se dégager. La Commission du droit international devait reconnaître que jusqu'à présent il n'existe pas de critère généralement reconnu pour permettre d'identifier une norme de droit international général qui ait le caractère de Jus Cogens (53). C'était la porte ouverte à toutes formes de spéculation sur les normes de Jus Cogens.

Selon M. YASSEEN qui fut un observateur privilégié des débats à Vienne, les normes qui recueillaient les plus nombreux suffrages en tant que normes de Jus Cogens sont « les normes qui concernent les intérêts vitaux de la Communauté internationale en tant que telle, les normes qui interdisent le recours à la force ou qui n'admettent que le règlement pacifique des différends (art. 2 § 4, et art. 33 de la Charte): et les normes qui reconnaissent les droits fondamentaux de l'homme, et qui protègent certaines valeurs morales et certains principes du droit humanitaire » (54).

En ce qui concerne la première catégorie de normes telles qu'on les trouve aux articles 2 § 4 et 33 de la Charte, elle ne semble pas faire l'objet de difficultés particulières et ce du fait de l'illicéité absolue de l'usage de la force dans les relations internationales avec l'exception de la légitime défense qui prouve bien que la matière est réglementée.

En revanche, dès que l'on envisage les autres normes, la controverse

51.V.E.SUYop.cit., p.63.

52.M. ROBLEDO, op. cit., p. 93 note par exemple que « d'un point de vue historique, le Jus Cogens a surgi... du sentiment de certaines valeurs essentiellement humaines et universelles, dont le respect et le maintien sont estimés comme quelque chose d'absolument nécessaire à la vie et à la subsistance de la Communauté ».

53.V. *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. II, p. 198

54.M. YASSEEN, « Réflexions sur la détermination du Jus Cogens, in Colloque de la Société française pour le droit international intitulé l'Elaboration du Droit international, Colloque de Toulouse, Paris, Pedone, 1974, p. 208.

surgit. Tout le monde devrait accepter comme appartenant au Jus Cogens, les normes reconnaissant les droits de l'homme. La difficulté réside dans les conceptions multiples des droits de l'homme. C'est que les équivoques du langage politique et constitutionnel font que les Etats à régime très différent excipent chacun une conception des droits de l'homme: d'où la liste des principes que l'on trouve dans la charte et dans la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Nous allons prendre l'exemple du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et ses corollaires à titre d'illustration. Consacré par la Charte des Nations-Unies (art. 1er paragraphe 2), le principe du droit des peuples a été l'un des grands thèmes politiques en Europe au XVIIIe siècle où il a joué un rôle important dans la formation des nations européennes au XIXe siècle (55). La détermination de la signification et de la portée juridique du principe n'est pas chose aisée.

Recouvrant, en réalité, plusieurs droits, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes constitue donc une notion très vaste. Cependant, en raison précisément de son extension, la notion de libre disposition n'est pas, exempte d'une certaine ambiguïté... Mais à cause de son « contenu multiple », le principe de libre détermination présente néanmoins deux visages: révolutionnaire quand il soutient la sécession, il défend au contraire le statu quo, l'ordre établi, lorsqu'il protège les Etats» (56). Il peut de ce fait « entrer en conflit avec lui-même » comme le disait Georges SCELLE (57).

Après l'adoption de la Charte des Nations-Unies, le principe a connu une élaboration progressive mettant en jeu plusieurs conceptions politiques (58), suivant les différents groupes de pays qui composent la société internationale.

Pour les pays socialistes, le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes doit se composer de plusieurs éléments. Il signifie tout d'abord libération des peuples soumis à une domination coloniale. Lorsqu'il s'applique à un pays souverain « libre disposition signifie droit

56. J. F. GUILHAUDIS, *op. cit.*, p. 19.

57. G. SCELLE, quelques réflexions sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, *Mélanges Spiropoulos*, 1957, p. 388.

58. V. A. CASSESE, *op. cit.*, pp. 44-46. 59. *Ibid*

à choisir un régime socialiste » (59). En outre, ces pays établissent un lien intime entre droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et droits de l'homme en ce que l'autodétermination est une condition de l'exercice des droits de l'homme.

Pour les pays du Tiers-Monde, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes recèle trois principaux éléments: lutte contre le colonialisme et le racisme, lutte contre la domination de tout oppresseur étranger occupant illégalement un territoire et lutte contre les manifestations de néocolonialisme, notamment celles consistant en l'exploitation par des puissances étrangères des ressources naturelles des peuples et des pays en développement.

En ce qui concerne les pays occidentaux, le Pr CASSESE explique que leur stratégie consiste à repousser la nouvelle formulation du principe, avancée par les deux autres groupes, soutenant que l'article I paragraphe 2 de la Charte se limite à sanctionner un principe général, dépourvu comme tel de valeur juridique. Par la suite, quand l'assaut des deux autres groupes s'est vu peu à peu couronné de succès, les occidentaux ont proclamé le principe comme droit du peuple de chaque Etat à choisir librement un régime ou un gouvernement qui réponde complètement à ses aspirations. En d'autres termes, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes signifie pour ces pays libre disposition interne, synthèse des droits civils et politiques. Il est d'application universelle et a été connu comme « critère fondamental de légitimation démocratique des gouvernements ».

La difficulté est accentuée par le fait que l'Organisation des Nations-Unies accueille des éléments de ces trois conceptions dans la signification qu'elle assigne au principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Celui-ci a été conçu « soit comme un principe anticolonialiste, anti- néocolonialiste et antiraciste, soit comme un principe de liberté contre l'oppression par un Etat étranger. En revanche, le principe ne couvre pas les droits des minorités ou des nationalités qui vivent dans un Etat souverain. Enfin, le lien libre disposition et droit de l'homme a été compris de manière vague et assez floue, sans réel mordant » (60).

59. Ibid

60. Ibid p. 49..

La résolution 1514 (XV) fixe le contenu du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Elle déclare: « Tous les peuples ont le droit de libre détermination; en vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel ». On retrouve pour l'essentiel les mêmes termes dans la résolution 2625 (XXV).

La déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux affirme en outre que « la sujétion des peuples à une subjugation, à une domination et à une exploitation étrangère constitue un déni des droits fondamentaux de l'homme, est contraire à la Charte des Nations-Unies et compromet la cause de la paix et de la coopération mondiale ».

La valeur juridique du principe est niée par une partie de la doctrine (61). Le Pr J. CHARPENTIER a pu écrire par exemple « le seul texte de droit conventionnel général actuellement en vigueur qui mentionne le droit des peuples, à savoir l'article I paragraphe 2 de la Charte des Nations-Unies, consacre non pas le droit des peuples à être érigés en Etats, mais bien le droit des peuples déjà constitués en Etats à disposer d'eux-mêmes » (62).

Au reste, son appartenance au Jus Cogens apparaît très problématique. On énumère certains principes: droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, égalité souveraine, principe de bonne foi, principe de non intervention, respect des droits de l'homme, comme relevant du Jus Cogens. Il semble inutile d'assimiler tous les principes au Jus Cogens. Si on ne peut y déroger, c'est moins en raison de leur appartenance au Jus Cogens que d'impossibilités logiques. Dire par exemple que la souveraineté est une norme de Jus Cogens c'est à la limite prohiber la conclu-

61.J. F. GUILHAUDIS, op. cit., pp. 153 et ss.; de VISSCHER, *Théories et réalités en droit international*, Paris, Pedone, 1970, p. 160.

62.J. CHARPENTIER, préface de l'ouvrage de J. F. GUILHAUDIS, op cit., p. 7. De plus, M. MALECELA, ancien Président du Comité de décolonisation (comité des 24) qualifiait la Résolution 1514 (xv) de «... at once a declaration of faith, a new inspiration to people still under colonial rule, and expression of the universal desire to expedite the process of the liberation of colonial people ». J. W. S. MALECELA, *The UN and Decolonization of non Self Governing Territories*, *The UN monthly Chronicle*, vol. IV, n° 8. August-sent. 1967, pp. 84 et ss.

sion des traités. C'est le point de vue de certains détracteurs du Jus Cogens qui font remarquer qu'en droit international positif, la souveraineté est conçue plutôt pour les limites de la souveraineté.

De même, on range le principe de non intervention parmi les règles de Jus Cogens (63). Or on sait qu'il est possible de consentir à l'intervention (64). «Il apparaît que la formulation d'une qualification sur le caractère impératif du droit des peuples semble être encore précaire » (65).

Le problème du Jus Cogens est celui d'un long voyage dont la Convention de Vienne n'est que le premier pas. Il est aussi celui d'une pièce de musée à restaurer exigeant du juriste qu'il joue un rôle d'archéologue mais aussi d'architecte car la matière est demanderesse en régies. Il révèle la tension entre l'utopie et l'histoire.

Genève le 10 Octobre 1989

63. Voir par exemple, A. G. (XXII), annexes, point 87 de l'ordre du jour A/6799, paragraphe 315.

64. V.J. CHARPENTIER, *Les aspects juridiques d'intervention*, cours IHEI Paris, 1961-1962, pp. 36-39.

65. M. CALOGEROPOULOS-STRATIS, op. cit., p. 270, M. VIRALLY observe qu'il est difficile de poser en régie qu'un principe abstrait... fait partie du Jus Cogens, op. cit., p. 28

International Law:

New Actors, New Concepts
Continuing Dilemmas

Liber Amicorum
Bozidar Bakotic
Martinus Nijhoff Publishers
Leiden/ Boston 2010
pp. 265- 279

**LA RESPONSABILITE INTERNATIONALE DES
ETATS POUR DOMMAGES AU MILIEU MARIN**

I. Introduction

La protection et la préservation du milieu marin constituent un domaine d'influence croissante de nos jours affectant le droit international. La Convention des Nations Unies sur le Droit de la mer lui consacre sa partie XII ¹

Si les règles applicables à l'utilisation du territoire étatique et aux espaces étaient bien connues des internationalistes qui les examinaient sous l'angle des limites à l'exercice de la souveraineté, c'est plus récemment que le droit international de l'environnement a été étudié en tant que tel.

C'est que des séries d'accidents écologiques ont précipité la prise de conscience dans les différents Etats: Torrey Canyon; Amoco Cadiz, Ecofisk, Bhopal, Tchernobyl, etc.

1. R.J. Dupuy, dir., *Eavenu du droit international de l'environnement*, Nijhoff, Dordrecht, 1985, 514 p.; R.J. Dupuy et D. Vignes, dir., *Traité du Nouveau droit de In mer*, Economica/Bruylant, 1985, 1447 p.; EM. Dupuy, *La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Pedone, 1977, p. 319 p.; L. Boisson de Chazournes, «La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement. Enjeu et défis», *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, 1995/1, pp. 37-7®; PM. Dupuy, « La préservation du milieu marin », in R.J. Dupuy et D. Vignes, op. cit., Chapitre 20, pp. 979-1045; N. de Sadeleer, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 437 p.; P. Martin-Bidou, « Le principe de précaution ... » *RGDIP*, 1999, pp. 631-666; P.M. Dupuy, «Ou en est le droit international de l'environnement a la fin du siècle?», *RGDIP*, 1997/4, pp. 873-904; L. Boisson de Chazournes, R. Desgagne, C. Romano, *Protection internationale de Tenvironnement; Recueil d'instruments juridiques*, Paris, Pedone, 1998, 1117 p.; R. Wolfrum, « Purposes and principles of international environmental law », *German Yearbook of International Law*, 1990, vol. 33, pp. 308-330; Fred L. Morrison and Rudiger Wolfrum (eds.), *International, Regional and National Environmental Law*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2000, 976 p.; R. Wolfrum, Ch. Langenfeld, P. Minnerop, *Environmental Liability in International Law: Towards a Coherent Conception*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2005, 586 p.; P. Daillet, A. Pellet, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2002, 7e ed., 1510 p.; P.M. Dupuy, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 1998, 4C ed., 684 p.; J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2004, 6' ed., 809 p.; T.M. Ndiaye et R. Wolfrum (eds.), *Law ofSea, Environmental Law and Settlement of Disputes; Liber Amicorum Judge Thomas A. Nensah*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, Leiden, 1186p. spéc.pp. 1055-1186

C'est ainsi que la Conférence des Nations Unies sur l'environnement adoptait la fameuse Déclaration de Stockholm du 16 juin 1972 qui consacre les principes relatifs à la préservation du milieu marin. Il faut dire que les accidents écologiques ont révélé le caractère lacunaire du droit international en la matière. Les Etats se sont préoccupés de la pollution par les hydrocarbures, des dangers présentés par les immersions et la pollution d'origine tellurique, avant de s'atteler à définir les différentes obligations leur incombant et celles à la charge des différents utilisateurs de la mer placés sous leur juridiction.

Avec les travaux de la III^{ème} Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, les problèmes juridiques posés par la protection et la préservation du milieu marin ont été examinés dans une perspective globale.

Voilà, brièvement, quelques points de repères à l'étude en hommage au Professeur Bakotic.

Le fait, pour un sujet de droit, de violer le droit et de causer un dommage à autrui, engendre à sa charge l'obligation de réparer le dommage causé. L'obligation de réparer peut trouver son fondement dans un contrat liant les deux sujets de droit. Elle peut être délictuelle lorsqu'un fait illicite entraînant un dommage a été commis en l'absence d'un contrat.

Dans l'ordre international, c'est le droit international qui régit normalement la responsabilité des Etats pour des faits internationalement illicites, laquelle concerne les actes d'un Etat à l'égard d'un autre Etat. Le droit international général sur lequel repose, pour l'essentiel, cette responsabilité a fait l'objet d'une tentative de codification durant plusieurs décennies par la Commission du droit international des Nations Unies ².

2. Cf. J. Crawford, Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat, Paris, Pedone, 2003.
« On entend par responsabilité internationale l'institution juridique en vertu de laquelle l'Etat auquel est imputable un acte illicite selon le droit international, doit réparation à l'Etat à l'encontre duquel cet acte a été commis. Si d'une manière générale la responsabilité est une pièce essentielle de tout système juridique, elle présente une importance particulière dans l'ordre international.

Il Serait en effet inexact de la ramener à l'institution civiliste du même nom, une terminologie identique désignant en l'espèce deux institutions différentes: car si, dans le cadre du droit interne, on se trouve en présence d'un mécanisme d'indemnisation pécuniaire à fonction compensatrice, dans le cadre du droit des gens la responsabilité apparaît comme la sanction même des agissements de toute collectivité politiquement organisée et internationalement indépendante

Ces règles du droit international général ont-elles vocation à s'appliquer à l'environnement marin? Nous allons réfléchir sur cette question en passant en revue les principales règles applicables (I) et les régimes de responsabilités retenues (II).

II. Règles applicables

Il sera ici question du principe d'utilisation non dommageable du territoire (§ 1), du principe de prévention (§ 2) et de celui de précaution (§3).

1. Le principe d'utilisation non dommageable du territoire³

Ce principe traduit l'idée que dans l'exercice de ses droits souverains sur son territoire, l'Etat devra respecter l'intégrité du territoire de l'Etat voisin et son environnement. Un Etat ne peut donc permettre que des activités sises sur son territoire engendrent ou causent des dommages résultant de la pollution transfrontière⁴.

Ainsi, l'Etat est tenu de réparer les dommages causés à un Etat contigu par un acte illicite commis sur son territoire.

Le principe de la prohibition de la pollution transfrontière apparaît comme une règle coutumière aujourd'hui. La doctrine l'énonce à profusion même si la jurisprudence est moins catégorique en raison, sans

. Droit encore primitif à beaucoup d'égards, le droit international public ne réserve qu'une faible place à la technique évoluée de la sanction contre l'acte et ne connaît guère que la sanction contre les sujets de droit eux-mêmes. Par suite la forme normale du contentieux international est celle du contentieux d'indéfini et non, comme en droit interne, celle du contentieux de la légalité ou de l'annulation. Et d'autres termes, la réparation par équivalent sous la forme habituelle d'une indemnisation pécuniaire—constitue la sanction normale du droit international ». Charles Rousseau, *Droit international public*, Tome V, Les rapports conflictuels, Paris, Sirey, 1983, p. 6.

Suivant l'heureuse expression de P.M. Dupuy, *La responsabilité internationale* op. cit. (note 1).

3. Suivant l'heureuse expression de P.M. DUPUY. « la responsabilité internationale ...op. cit. (note 1), *Supra*

4. Cet aspect est particulièrement souligné dans la Convention de Bale du 22 mars 1989 sur le Contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux, *International Legal Materials* (I.L.M.), vol. 28, p. 649 (1989).

doute, de la rareté des affaires contentieuses y relatives dans l'ordre international. On invoque surtout dans cet ordre d'idées la sentence rendue le 11 avril 1941 dans *I'affaire de la fonderie de Trail* par le tribunal arbitral.⁵

Suivant cette sentence, « aucun Etat n'a le droit d'user de son territoire ou d'en permettre l'usage, de manière que des fumées provoquent un préjudice sur le territoire d'un autre Etat voisin ou aux propriétés des personnes qui s'y trouvent, s'il s'agit de conséquences sérieuses et si le préjudice est prouvé par des preuves claires et convaincantes ».⁶

Le principe sera ultérieurement confirmé et développé dans l'affaire du Lac Lanoux⁷ et dans celle du Gut Dam.⁸ La Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain, tenue en 1972 à Stockholm devait réitérer la règle. Le Principe 21 de la Déclaration de Stockholm se lit comme suit :

5. Tribunal arbitral institué entre les Etats-Unis et le Canada par le compromis du 15 avril 1935 et relatif aux dommages causés aux propriétés de ressortissants américains de l'Etat de Washington par des fumées délétères émanant d'une fonderie située en Colombie britannique à 7 milles de la frontière. texte dans R.S.A., vol. III, pp. 1938-1981.

6. Ibid., p. 1965. Le même problème s'est posé dans les rapports franco-suisses avec l'affaire des fumées nauséabondes de la décharge d'Annemasse, RGDIP, 1969, pp. 185-186.

7. Le Tribunal dit: «§ 21: L'article 11 de l'Acte additionnel impose aux Etats dans lesquels on se propose de faire des travaux ou de nouvelles concessions susceptibles de changer le régime ou le volume d'un cours d'eau successif, une double obligation. L'une est d'en donner préalablement avis aux autorités compétentes du pays limitrophe; l'autre est d'aménager un régime de réclamations et de sauvegarde de tous les intérêts engagés de part et d'autre.

8. La première obligation n'appelle pas beaucoup de commentaires puisqu'elle a pour objet de permettre la mise en œuvre de la seconde. Toutefois, l'éventualité d'une atteinte au régime ou au volume des eaux envisagée à l'article 11 ne saurait, en aucun cas, être laissée à l'appréciation exclusive de l'Etat qui se propose d'exécuter ces travaux ou de faire de nouvelles concessions; l'affirmation du Gouvernement français, suivant laquelle les travaux projetés ne peuvent causer aucun préjudice aux riverains espagnols ne suffit pas, contrairement à ce qui a etc. soutenu (...), à dispenser celui-ci d'aucune des obligations prévues à l'article 11 (...). L'Etat exposé à subir les répercussions des travaux entrepris par un Etat limitrophe est seul juge de ses intérêts, et si ce dernier n'en a pas pris l'initiative, on ne saurait méconnaître à l'autre le droit d'exiger notification des travaux ou concessions qui sont l'objet d'un projet; (...I) §22: Le contenu de la deuxième obligation est plus délicat à déterminer. Les <réclamations> visées à l'article 11 sont relatives aux différents droits protégés par l'Acte additionnel, mais le problème essentiel est d'établir comment doivent être sauvegardés <tous les intérêts qui pourraient être engagés de part et d'autre>», in (http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/volXII/281-317_Lanoux.pdf), p. 314.

Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leurs politiques d'environnement, et ils ont le devoir de s'assurer que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale.⁹

⁹ Voir, Settlement of Gut Dam Claims (US. V. Canada)vol. 8, p. 118 (Lake Ontario Claims Tribunal 1969). Voir aussi, United Nations Treaty Series (U.N.T.S.), 1970, n° 8802 portant « Agreement between the Government of the United States of America and the Government of Canada concerning the establishment of an International Tribunal to dispose of United States Claims relating du Gut Dam. Signed at Ottawa on 25 march 1965 (U.N.T.S., vol. 607, p. 141). Dans !'« Exchange of Notes constituting an agreement for the final settlement of claims relating to Gut Dam. Ottawa, 18 November 1968», on peut lire: «Following the conclusion of the Tribunal's second session in February, 1968, it was suggested by the Tribunal that compromise settlement might be negotiated. In consequence, representatives of the two Governments have consulted over the past few months in an effort to resolve the longstanding dispute in respect of Canada's alleged liability arising out of the construction of Gut Dam. These discussions were held in the atmosphere of good neighbourliness and friendship which traditionally characterizes the relationship of our two Governments. As a result of the discussions, the two Governments were in a position to inform the Tribunal at its meeting of September 27,1968, that a settlement had been reached for the final disposal of the dispute. [...]», pp.320-322. ⁹ Déclaration de Stockholm adoptée le 16 juin 1972 par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement.

Le même principe sera proclamé par la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement adoptée le 13 juin 1992.¹⁰ Dans son avis consultatif du 8 juillet 1996 relatif à la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, la Cour Internationale de Justice confirme la force obligatoire du principe. Elle dit:

L'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir. L'obligation générale qu'ont les Etats de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement.¹¹

La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer met à la charge des Etats «l'obligation de protéger et de préserver le milieu marin»¹². Elle réitère le principe de l'illicéité de la pollution transfrontière. Le paragraphe 2 de l'article 194, en effet, se lit ;

Les Etats prennent toutes les mesures nécessaires pour que les activités relevant de leur juridiction ou de leur contrôle le soient de manière à ne pas causer de préjudice par pollution à d'autres Etats et à leur environnement et pour que la pollution résultant d'incidents ou d'activités relevant de leur juridiction ou de leur contrôle ne s'étende pas au-delà des zones où ils exercent des droits souverains conformément à la Convention.

10. Déclaration de Rio, 14 juin 1992, Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, A/Conf./51/26/Rev. 1.

Le principe se lit: « Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources conformément à leurs propres politiques en matière d'environnement et de développement, et ils ont le devoir de veiller à ce que les activités qui relèvent de leur compétence ou de leur pouvoir ne portent pas atteinte à l'environnement d'autres Etats ou de zones situées au-delà des limites de leur juridiction nationale*.

11. Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, spec. pp. 241-242, paragraphe 29.; voir en outre, l'affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, C.I.J. Recueil 1997, p. 7, spec. p. 41, paragraphe 53.

Dans l'affaire du Détroit de Corfu, la C.I.J. proclamait déjà «l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats ». C.I.J. Recueil 1949, p. 22.

12. Article 192.

Il en va de même de la Convention de Bâle de 1989 relative au contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux ainsi que de la Convention de 1992 sur la diversité biologique.¹³

Le principe a généré un corps de règles dont les principales sont le principe de prévention, le principe de précaution et celui de coopération.

2. *Le principe de prévention*

Le principe de prévention est consacré par la Déclaration de Stockholm. Il est repris par celle de Rio.¹⁴

The preventive principle requires action to be taken at an early stage and if possible, before damage has actually occurred. This means that when an environmental incident has occurred, measures are to be taken to confine damage ... It does require the establishment of a licencing procedure which makes prior environmental assessment of activities mandatory and provides for governments to prohibit such activities if no overriding interests exist.¹⁵

Les Etats doivent mettre en œuvre les obligations pertinentes formulées par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.¹⁶

Le caractère souvent irréversible des dommages à l'environnement dont se réfère la Cour de La Haye, justifie d'en prévenir la survenance.¹⁷ Le principe de prévention oblige les Etats à la vigilance nécessaire en fonc-

13. Voir l'article 3

14. Voir notes 9 et 10 supra.

15. Wolfrum, op. cit. (note 1), p. 8.

16. Celles prévues à la Section II de la partie XII de la Convention: Coopération au plan mondial ou régional, Notification d'un risque imminent de dommage ou d'un dommage effectif, Plans d'urgence contre la pollution, Etudes, programmes de recherche et échange d'informations et de données, Critères scientifiques pour l'élaboration de règlements. La Convention prévoit en outre une série d'obligations destinées à prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin. Voir les articles 207 à 212 qui forment la Section 5.

17. Dans l'affaire du Projet Gabčíkovo-Nagyuntaros, la C.I.J. dit: "[...] La Cour ne perd pas de vue que, dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages.

Au cours des âges, l'homme n'a cessé d'intervenir dans la nature pour des raisons économiques ou autres. Dans le passé, il l'a souvent fait sans tenir compte des effets sur l'environnement. Grâce aux nouvelles perspectives qu'offre la science et à une conscience croissante des risques que la poursuite de ces interventions à un rythme inconsidéré et soutenu représenterait pour l'humanité qu'il s'agisse des générations actuelles ou futures—, de nouvelles normes et exigences ont été mises au point, qui ont été énoncées dans un grand nombre d'instruments au cours des deux dernières décennies. Ces normes nouvelles doivent être prises en considération et ces exigences nouvelles convenablement appréciées non seulement lorsque des Etats envisagent de nouvelles activités, mais aussi lorsqu'ils poursuivent des activités qu'ils ont engagées dans le passé. Le concept de développement durable traduit bien cette nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement.

tion de standards internationaux de façon à éviter que les activités menées sur le territoire national affectent l'environnement transfrontière. Il a inspiré les premières conventions sectorielles relatives à la préservation de certains espaces,¹⁸ et il fonde les règles essentielles relatives à la préservation du milieu marin figurant à la partie XII de la Convention.

En effet, l'article 194 dispose:

Mesures visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin

1. Les Etats prennent, séparément ou conjointement selon qu'il convient, toutes les mesures compatibles avec la Convention qui sont nécessaires pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin, quelle qu'en soit la source; ils mettent en œuvre à cette fin les moyens les mieux adaptés dont ils disposent, en fonction de leurs capacités, et ils s'efforcent d'harmoniser leurs politiques à cet égard.

2. Les Etats prennent toutes les mesures nécessaires pour que les activités relevant de leur juridiction ou de leur contrôle ne soient de manière à ne pas causer de préjudice par pollution à d'autres Etats et à leur environnement et pour que la pollution résultant d'incidents ou d'activités relevant de leur juridiction ou de leur contrôle ne s'étende pas au-delà des zones où ils exercent des droits souverains conformément à la Convention.

3. Les mesures prises en application de la présente partie doivent viser toutes les sources de pollution du milieu marin [...].

3. Le principe de précaution

Il se rattache, au plan matériel, au principe de prévention et est en attente d'une consécration coutumière formelle en l'absence de consistance et de précision nécessaires pour traduire l'expression d'une *opinio juris* collective.¹⁹

Aux fins de la présente espèce, cela signifie que les Parties devraient, ensemble, examiner à nouveau les effets sur l'environnement de l'exploitation de la Centrale de Gabčíkovo-Nagytaras. En particulier, elles doivent trouver une solution satisfaisante en ce qui concerne le volume d'eau à déverser dans l'ancien lit du Danube et dans les bras situés de part et d'autre du fleuve», projet Gabčíkovo-Nagytaras (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7, spec. pp. 74-75, paragraphe 140.

18. Voir R. Wolfrum, op. cit. (note 1), p. 8; Burhennew (ed.), *International Environmental Law—Multilateral Treaties*, pp. 951-992. Ces conventions sectorielles établissent des régimes spéciaux de responsabilité, en droit international privé, à la charge de personne privée ou publique [*Jure Gestionis*] expressément désignée. Voir en outre Wolfrum, Langenfeld, Minnerop, op. cit. (note 1), spec. pp. 4-135.

19. Voir L. Boisson de Chazournes, «La mise en œuvre du droit international de l'environnement: enjeux et défis», *RGDIP*, 1995, p. 37 et suivantes; L. Lucchini, «Le principe de précaution en droit international de l'environnement: ombres plus que lumières», *Annuaire français de Droit international (AFDI)*, 1999, p. 710 et suivantes; P.M. Dupuy, «Le principe de précaution et le droit international de la mer» in *La Mer et son droit*, Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean Pierre Queneudec, Paris, Pedone, 2003, pp. 205-220; R. Wolfrum, op. cit. (note 1), pp. 10-15; O. McIntyre et T. Mosedale, «The precautionary Principle as a norm of Customary International Law», *Journal of Environmental Law*, 1997, vol. 9, pp. 221-235.

Le principe de précaution est pour ainsi dire pollué par la polysémie et les invocations multiples dans les domaines les plus divers et les plus dissemblables dont il est l'objet²⁰. On le trouve consigné au principe 15 de la Déclaration:

Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leur capacité. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement.²¹

Exhortatoire, le principe semble désigner des obligations de moyen, pas de résultat. Il « reflects the growing tendency in international environmental law, and in particular with respect to the marine environmental law, that the environment is better protected through prevention rather than through restoration or remedial measures. It has become an intrinsic part of international environmental policy [...] »²².

Inscrit dans une série de résolutions et déclarations, le principe de précaution est repris par la suite dans nombre de traités qui en précisent la portée²³.

20 Comme l'écrit P.M. Dupuy, op. cit. (note 19), p. 205: «Le principe de précaution semble à la fois partout et nulle part. Tout le monde en parle, et son évocation anime les médias au gré des scandales ou des catastrophes qui affligent nos sociétés techniciennes, trop vite développées dans l'optique d'un progrès immédiatement rentable pour prendre le temps d'étudier l'incidence de bien des innovations sur l'équilibre écologique ou la santé humaine; sang contaminé, vaches folles, hécatombes d'ovins britanniques frappés par la fièvre aphteuse, incertitudes sur l'innocuité des organes génétiquement modifiés, crainte de voir la recherche génétique perdre son âme, tout semble inciter un monde devenu apprenti sourcier à prendre ce que le principe 15 de la Déclaration de Rio, adoptée lors du premier sommet de la terre en 1992 appelait <des mesures de précaution >».

21 Voir note 10 supra.

22. R. Wolfrum, op. cit. (note 1), p. 10. Aussi, D. Freestone, D. and E. Hey (eds.). *The Precautionary Principle: A Fundamental Principle of International Law*, Kluwer, 1996, 274 p.

23. P.M. Dupuy, op. cit. (note 19), pp. 207-215. Par exemple, l'article 2 paragraphe 2(a) de la 11 Convention for the protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic » dispose: «Contracting Parties shall apply:

a. the precautionary principle, by virtue of which preventive measures are to be taken when there are reasonable grounds for concern that substances or energy introduced, directly or indirectly, into the marine environment may bring about hazards to human health, harm to living resources and marine ecosystems, damage amenities or interfere with other legitimate uses of the sea, even when there is no conclusive evidence of causal relationship between the inputs and the effects ».

Le principe pose deux questions essentielles. D'une part, dans quelles conditions peut-on invoquer le principe de précaution et le fait de restreindre une activité sur la base du principe peut-il garantir la revue ou la reconsidération de celle-ci, d'autre part ?

Il a été suggéré que le principe de précaution ne devrait s'appliquer qu'en cas de risque de dommages graves ou irréversibles à l'environnement.

Cette approche est conforme à l'esprit de la Déclaration de Rio. L'on peut aussi penser que, plus le dommage est susceptible de se produire, le plus tôt doit-on invoquer le principe de précaution²⁴. Une autre démarche recommande une attitude prudente en toute hypothèse de manière à garantir la protection vigilante de l'environnement.

Lorsqu'une activité a été restreinte ou interdite sur la base du principe de précaution, le risque ou l'absence de certitude scientifique ayant justifié la restriction ou l'interdiction doit faire l'objet de revue ou reconsidération de temps en temps, en tant que de besoin.

La Convention des Nations Unies sur les stocks chevauchants prévoit une procédure en réponse aux questions ci-dessus posées. En effet, elle dispose en son article 6:

Application de l'approche de précaution

1. Les Etats appliquent largement l'approche de précaution à la conservation, à la gestion et à l'exploitation des stocks de poissons chevauchants et des stocks de poissons grands migrateurs afin de protéger les ressources biologiques marines et de préserver le milieu marin.

2. Les Etats prennent autant de précautions que les données sont incertaines, peu fiables ou inadéquates. Le manque de données scientifiques adéquates ne saurait être invoqué pour ne pas prendre de mesures de conservation et de gestion ou pour en différer l'adoption.

3. Pour mettre en œuvre l'approche de précaution, les Etats:

a. Améliorent la prise de décision en matière de conservation et gestion des ressources halieutiques en se procurant et en mettant en commun les informations scientifiques les plus fiables disponibles et en appliquant des techniques perfectionnées pour faire face aux risques et à l'incertitude;

24 R. Wolfrum, op. cit. (note 1), p. 13, explique que: « However, it is common to all interpretations that there must be at least a prima facie finding that a given activity may result in considerable harm to the marine environment. Nonetheless, there remains some uncertainty over when the precautionary

b. Appliquent les directives énoncées à l'annexe I et déterminent, sur la base des informations scientifiques les plus fiables dont ils disposent, des points de références pour chaque stock, ainsi que les mesures à prendre si ceux-ci sont dépassés;

c. Tiennent compte notamment des incertitudes concernant l'importance numérique des stocks et le rythme de reproduction, des points de référence, de l'état des stocks par rapport à ces points, de l'étendue et de la répartition de la mortalité due à la pêche et de l'impact des activités de pêche sur les espèces non visées et les espèces associées ou dépendantes, ainsi que des conditions océaniques, écologiques et socio-économiques existantes et prévues; et

d. Mettent au point des programmes de collecte de données et de recherche afin d'évaluer l'impact de la pêche sur les espèces non visées et

les espèces associées ou dépendantes sur leur environnement, et adoptent les plans nécessaires pour assurer la conservation de ces espèces et protéger les habitats particulièrement menacés.

[...],²⁵

Les directives figurant à l'Annexe II de L'Accord décrivent avec minutie les mesures préventives et les modalités d'application des divers points de référence dans le cadre des stratégies de gestion des ressources halieutiques qui appliquent le principe de précaution.

L'on peut penser que la consécration formelle du principe proviendra de la réglementation conventionnelle, laquelle connaît une fortune rapide en ces temps de l'urgence d'autant que le juge international observe une certaine prudence en cette matière.²⁶

25. Voir 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 de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs, adopté le 4 août 1995; in *Textes de Base du Tribunal du droit de la mer*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 357-401.

26. L'on se souvient que la C.I.J. s'est abstenue, dans l'affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (op. cit., note 17), de se prononcer sur l'existence et la portée du principe de précaution en droit international général. De même dans les affaires du thon à nageoire bleue, l'Australie et la Nouvelle-Zélande invoquaient le principe de précaution pour demander au Tribunal international du droit de la mer la prescription de mesures conservatoires pour empêcher le Japon de continuer à pêcher en surcroît du quota à lui alloué. Selon le conseil de l'Australie [Pr. J. Crawford], « *the Applicants view of the SBT stock and its current state is a plausible view, and it indicates a reasonable concern. That is all we need for present purposes. You do not have to decide the merit of this case; that is for the future. What you have to decide is the possibility of a prospective future, that it should be kept open by suitable conservation measures now, and especially by the avoidance of unilateral increases in catch. But in fact the Applicants can show, and have shown, that their view of the stock is not only arguable or reasonable, but that it is the better view, that it is to be preferred, and the five additional reasons I have given powerfully contribute to that conclusion.* [..]

III. *Regimes de responsabilités*

La Convention retient la démarche la plus classique tant en ce qui concerne la nature de la responsabilité que les règles d'imputation (§1). Cependant, l'adaptabilité des règles classiques en la matière est douteuse; d'où l'importance du principe de coopération (§2) qui devra organiser des actions éventuelles (§3).1.

1. Approche classique

La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer prévoit qu'il incombe aux Etats de veiller à l'accomplissement de leurs obligations internationales en ce qui concerne la protection et la préservation du milieu marin. Ils sont responsables («liable»), c'est-à-dire tenus de réparer les dommages qu'ils ont causés conformément au droit international.²⁷

Les Etats veillent à ce que leur droit interne offre des voies de recours permettant d'obtenir une indemnisation rapide et adéquate ou autre réparation

The effect of these five points is cumulative. They all point the same way; Even without the precautionary principle, they make the case for conservation now. With the precautionary principle or approach in their support, the effect is decisive.», in Tribunal International du droit de la mer, *Memoires, Procès-verbaux des audiences publiques et documents*, 1999, vol. 4, Martinus Nijhoff Publishers [Thon a nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon) mesures conservatoires], p. 427.

Si le Tribunal n'a pas formellement désigné le principe et ne s'est pas prononcé sur son existence et sa portée dans le droit international général, il a en revanche retenu la substance;

*Considérant que, de l'avis du Tribunal, les parties devraient, dans ces conditions, agir avec prudence et précaution et veiller à ce que des mesures de conservation efficaces soient prises dans le but d'en pêcher que le stock du thon a nageoire bleue ne subisse des dommages graves».

IIDM, *Affaires du Thon a nageoire bleue, Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon, Demande en prescription de mesures conservatoires, Ordonnance du 27 août 1999, paragraphe 77-*

27. Voir l'article 23 5 paragraphe 1 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982.

«Dans son acception traditionnelle, la responsabilité pour manquement se définit par sa fonction, elle-même limitée à la réparation du dommage cause par un fait internationalement illicite. C'est l'institution qui assure la réparation du dommage», J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 4^e ed., 1999, p. 521 et s.; également, Ch. de Visscher, «le déni de justice en droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1935.11, Tome 32, p. 421; Rousseau, op. cit. (note 2), p. 6; aussi fart. 29 du projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat, 2001.

des dommages résultant de la pollution du milieu marin par des personnes physiques ou morales relevant de leur juridiction.²⁸

Il y a un lien qui unit ces dispositions et celles de l'article 194 de la Convention qui désignent spécifiquement les différents domaines de la « due diligence » par les Etats pour préserver le milieu marin. Il résulte du paragraphe 2 de l'article 235 que les dommages causés par les personnes privées ou morales relevant de la juridiction de l'Etat ne seront pas imputables à celui-ci à l'exception d'un manquement à une obligation de « *due diligence* ». Les dommages en question relèveront du contentieux de droit interne.

La Convention consacre également la responsabilité des Etats du fait des mesures de mise en oeuvre²⁹ des compétences ayant trait à la réglementation interne et internationale.³⁰ L'article 232 dispose, en effet, que « les Etats sont responsables de pertes ou dommages qui leur sont imputables à la suite de mesures prises en application de la section 6, lorsque ces mesures sont illicites ou vont au-delà de celles qui sont raisonnablement nécessaires, eu égard aux renseignements disponibles. Les Etats prévoient des voies de recours devant les tribunaux pour les actions en réparation de ces pertes ou dommages ». Il s'agit d'une application particulière de la responsabilité pour faits illicites retenue par la Convention.

La Convention prévoit en outre un système de responsabilité dans le domaine de la recherche scientifique marine. En effet, aux termes de l'article 263 paragraphe 3, les Etats et les organisations internationales compétentes sont responsables, en vertu de l'article 235, des dommages causés par la pollution du milieu marin résultant de recherches scientifiques marines effectuées par eux ou pour leur compte.³¹

28. Article 235 paragraphe 2 de la Convention sur le droit de la mer.

29. Section VI de la Partie XII de la Convention relative à la mise en application.

30. Section V de la Partie XII de la Convention « Réglementation internationale et droit interne visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin », art. 207 à 212.

31. Pour les régimes spéciaux de responsabilité établis en droit international privé, voir Wolfrum, Langenfeld, Minnerop, op. cit. (note 1), pp. 5-100; P.M. Dupuy, « La préservation du milieu marin », op. cit. (note 1), pp. 981-1004; B. Bollecker-Stern, « A propos de l'accident d'EKOFISK, Problèmes posés par la pollution provoquée par les installations de production pétrolière offshore », A I !, XXIX, 1978, pp. 772-791

2. *Obligation de coopérer*

Le paragraphe 3 de l'article 235 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer dispose qu'

En vue d'assurer une indemnisation rapide et adéquate de tous dommages résultant de la pollution du milieu marin, les Etats coopèrent pour assurer l'application et le développement du droit international de la responsabilité en ce qui concerne la réévaluation et l'indemnisation des dommages et le règlement des différends en la matière, ainsi que, le cas échéant, l'élaboration de critères et de procédures pour le paiement d'indemnités adéquates, prévoyant, par exemple, une assurance obligatoire ou des fonds d'indemnisation.

Le libellé de ces dispositions donne à penser que la matière est demanderesse en règles qui soient en adéquation avec le droit international de l'environnement; autrement dit, les règles traditionnelles de la responsabilité pour fait internationalement illicite retenues par la Convention semblent mal adaptées à la matière.

Comme on a pu le relever bien quelles soient, en théorie, applicables aux faits internationalement illicites attribuables à l'Etat en matière d'environnement, les règles classiques n'y sont guère adaptées. Plusieurs facteurs contribuent à cette inadaptation: du fait des caractères des normes environnementalistes (imprécision, fluidité), l'appréciation des manquements est difficile; les dommages eux-mêmes sont fréquemment diffus (les phénomènes des pluies acides ou de l'effet de serre); et la source des pollutions est souvent difficilement identifiable, du fait notamment des incertitudes scientifiques, si bien que le lien nécessaire de causalité entre le manquement et le dommage, indispensable à la mise en œuvre de la responsabilité, ne peut, dans bien des cas être établi avec certitude³². Qui plus est, à l'exception de quelques rares affaires mentionnées plus haut, on peut remarquer que la jurisprudence relative à l'environnement marin n'est guère prolifique. Cette situation laisse les règles essentielles du droit de l'environnement dans leur généralité initiale. Il faudra peut-être se résoudre à recourir à des principes généraux de droit avec la conscience écologique observable dans les ordres juridiques internes.

32. Daillet, A. Pellet, *op. cit.* (note 1), p. 1296.

Même les débats au sein de la Commission du droit international n'ont pu apporter des réponses claires en la matière.³³

Dans ces conditions, l'obligation de coopérer joue un rôle crucial dans la , protection et la préservation du milieu marin. Elle traduit l'idée que l'action unilatérale des Etats est inapte à la maîtrise de la pollution de l'environnement marin³⁴ Le principe 7 de la Déclaration de Rio énonçait déjà que «les Etats doivent coopérer dans un esprit de partenariat mondial en vue de conserver, de protéger et de rétablir la santé et l'intégrité de l'écosystème terrestre». L'obligation de coopérer se retrouve dans les traités relatifs à la protection de l'environnement ou elle couvre le champ le plus vaste.

D'abord, les Etats doivent coopérer à la formulation et à l'élaboration de règles et de normes, ainsi que de pratiques et procédures pour protéger et préserver le milieu marin³⁵. Ils doivent notifier un risque imminent de dommage ou un dommage effectif. Dans ces cas, les Etats concernés coopèrent en vue d'éliminer les effets de la pollution et de prévenir ou réduire à un minimum les dommages.

Ensuite, les Etats doivent élaborer, à cette fin, des plans d'urgence pour faire face aux incidents entraînant la pollution du milieu marin³⁶. Les Etats doivent, enfin, coopérer en vue de promouvoir des études, entreprendre des programmes de recherche scientifique et encourager l'échange d'informations et de données sur la pollution du milieu marin. Ils doivent, sur cette base, coopérer en vue d'établir des critères scien-

33. Voir par exemple le Rapport de la CDI, 1990, U.N. Doc. A/53/10 et Corr. 1., voir aussi Peter-Tobias Stoll «Transboundary pollution» in Fred L. Morrison and R. Wolfrum (eds.), op. cit. (note 1), pp. 169-200. L'auteur explique, p. 185: «International treaty law often expressly excludes liability questions and defers decision on future deliberation; Iliis may indicate that liability is not considered a sufficient means of solving transboundary pollution problems. This may be so because, in quite a number of cases, the harmful environmental processes taking place are so complex that it is impossible to clearly establish proof of causation. Moreover, states seem reluctant to raise a claim, perhaps for fear that their own conduct may easily amount to liability too.

34 Voir F. Orrego Vicuna, « State Responsibility, Liability and Remedial Measures Under International Law: New Criteria for Environmental Protection», in E.B. Weiss (ed), *Environmental Change and International Law: New Challenges and New Dimensions*, 1992, p. 132. L'obligation fait l'objet de la Section 2 de la Partie XII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (art. 197-202) ainsi que de l'article 5 (Principes généraux) de l'Accord sur les stocks chevauchants.

35. Article 197 de la Convention sur le droit de la mer.

36. L'obligation de notification d'un danger imminent à un autre Etat a été mise en exergue par la Cour Internationale Internationale de Justice dans l'affaire du *Detroit de Corfu*, C.I.J. Recueil 1949, p. 22, et dans celle relative aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, C.I.J. Recueil 1986, p. 48.

tifiques appropriés pour formuler et élaborer des règles destinées à prévenir la pollution du milieu marin. Cet aspect de l'obligation trouve un précédent dans l'affaire du Lac Lanoux.³⁷

3. *Action en responsabilité*

La protection de l'environnement marin apparaît dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer comme une obligation collective puisque l'article 192 dispose que « Les Etats ont l'obligation de protéger et de préserver le milieu marin ». Cette disposition donne à penser quelle est la contrepartie d'un droit détenu par la communauté des Etats dans son ensemble pour reprendre la terminologie relative au Jus Cogens.³⁸

L'existence d'obligation *erga omnes* a été largement acceptée à la suite de l'obiter dictum de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire de la Barcelona Traction.³⁹ L'article 19 du projet de la Commission du droit international relatif à la responsabilité des Etats adopté en première lecture en 1996 cite parmi les exemples de « crimes internationaux de l'Etat », ceux résultant « d'une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde de l'environnement humain, comme celle interdisant la pollution massive de l'atmosphère ou des mers »⁴⁰.

Cette qualification n'a, jusqu'ici, pas été confirmée par une juridiction internationale, mais les pouvoirs reconnus à l'Etat du port par la Convention de Montego Bay confère à ce dernier un véritable droit d'action en protection du milieu marin⁴¹.

37. Voir supra note 7.

38. 3^{fi} Voir T.M. Ndiaye, « Le Jus Cogens », *Annales Africaines* (Université de Dakar), 1991, pp. 95-117.

39. *Affaires de la Barcelona Traction Light and Power Company*, C.I.J. Recueil 1970, p. 32 où il est dit: « une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés: les obligations dont ils'agit sont des obligations *erga omnes* ».

40. Article 19, paragraphe 3, alinéa d); voir *Annuaire CDI*, 1976, vol II, 2^{ème} partie, p. 112

41 Voir l'article 218, paragraphe 1 de la Convention.

Pour autant, l'Etat du port n'a pas encore exercé ce droit devant le juge international. En mettant à la charge des Etats l'obligation de coopérer pour assurer l'application et le développement du droit international de la responsabilité et le règlement des différends relatifs à l'environnement, les rédacteurs de la Convention avaient sans doute conscience de la nature de ce droit. La Cour de La Haye comme le Tribunal de Hambourg se sont dotés de chambres compétentes en matière d'environnement lesquelles n'ont jamais été saisies de différends dans le domaine de l'environnement et lorsque les dites juridictions ont eu à connaître d'affaires comportant des aspects du droit de l'environnement, elles les ont traitées par prétériorité en évitant d'en consacrer les principes fondamentaux⁴² et de fonder leurs décisions sur ceux-ci. C'est à se demander si le droit international de l'environnement est mûr pour des solutions juridictionnelles et s'il ne faut pas s'orienter vers d'autres pistes pour pouvoir protéger et préserver le milieu marin, en attendant que les gouvernements se décident à se rendre justiciables des juridictions internationales et de permettre à celles-ci d'en préciser les règles et régimes.

Le système établi par le Protocole de Kyoto ou le Panel d'inspection de la Banque Mondiale pourraient se révéler des mécanismes facilitants.

42. Cij, Affaire du projet Gabčíkovo- Nagymaros; affaire de la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires op.cit. (note11) supra; TIDM, Affaire du thon à nageoire bleue, op . cit. (note26) supra.

**LA RECEVABILITE DEVANT LES JURIDICTIONS
INTERNATIONALES**

LAW OF THE SEA, ENVIRONMENTAL LAW AND
SETTLEMENT OF DISPUTES

Liber Amicorum JUDGE THOMAS MENSAH

Edited by Tafsir Malick Ndiaye and rudiger wolfrum. Martinus NIJHOFF,
LEIDEN/ BOSTON, 2007, pp. 249-295.

Introduction

Dans les différents ordres juridiques internes, l'action en justice et son exercice sont assujettis à des conditions particulières dites conditions de recevabilité¹, dont le défaut affecte la reconnaissance juridictionnelle de la prétention ; que celle-ci soit un droit ou une obligation. Ces systèmes juridiques consacrent la distinction entre la recevabilité et le fond en raison de la nécessité de statuer sur la première avant d'aborder le second².

En droit international, la recevabilité désigne la « qualité que doit présenter une demande, une pièce de procédure ou une preuve pour qu'elle soit examinée par l'autorité à laquelle elle est soumise ».³ Sa récurrence dans l'ordre international est symptomatique de la nature profonde de la juridiction internationale laquelle ne peut fonctionner sans

1. Ch. De Visscher, *Aspects récents du droit procédural de la CIJ*, Paris, Pedone, 1966, 219 p.; R.J. Dupuy, « La réforme du règlement de la CIJ », *AFDI*, 1972, pp. 265-283 ; G. Guyomar, *Commentaire du règlement de la CIJ*, Paris, Pedone, 1983, 760p. ; G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour Internationale*, Paris, Pedone, 1967, 281 p.; M. Dubisson, *La Cour Internationale de Justice*, Paris, LGDJ, 1964, 471 p.; J. C. Witenberg, « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *RdC*, Vol. 41, 1932 (III), pp. 5-135. M. Mabrouk, *Les exceptions de procédure devant les juridictions internationales*, Paris, LGDJ, *Bibliothèque de droit international*, Vol. XXXV, 1966, 351 p.; J. Lang, « La jonction au fond des exceptions préliminaires devant la C.P.J.I. et la C.I.J. », *J.D.L.*, 1968, pp. 5-45 ; G. Sperduti, « La recevabilité des exceptions préliminaires de fond dans le procès international », *Riv. Dir. Int.*, Vol. LIU, 1970, pp. 461-490 ; M. Virally, « Le champ opératoire du règlement judiciaire international », *RGDI*, 1983, pp. 281-314 : SFDI, *La juridiction internationale permanente (Colloque de Lyon)*, Paris, Pedone, 1987 ; Sh. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, 3rd edn, Vol. II, *Jurisdiction*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pp. 517-603 ; J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, 4e édition, Paris, Montchrestien, 1997 ; P.M. Dupuy, *Droit international public*, 4e édition, Paris, Dalloz, 1998 ; P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, 7e édition, Paris, LGDJ, 2002 ; Ch. Rousseau, *Droit international public*, Vol. V, *Les rapports conflictuels*, Paris, Sirey, 1983.

2. Dans l'ordre interne, la recevabilité englobe des exceptions dont l'effet simplement dilatoire est de suspendre l'instance: nullités de procédure, exceptions d'incompétence: des fins de non-recevoir dont l'effet, si elles sont accueillies, sera de faire rejeter la demande en justice d'une façon définitive : a) moyens tirés de l'expiration d'un délai comme la péremption dans l'instance ou le retard dans l'appel; b) moyens liés au fond tels que le défaut d'intérêt, le défaut de qualité, la nouveauté de la demande en appel ou du moyen en cassation, la prescription, le délai préfix, la chose jugée; voir le nouveau Code de procédure civile français, institué par le décret No. 75-1123 du 5 décembre 1975.

3. *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, 750 p., p. 504.

le consentement préalable des Etats. Il y a là une différence qui la sépare de la juridiction interne. Qui plus est, l'opposition d'une exception de cette nature par le défendeur a pour conséquence automatique la suspension de l'instance relative au fond.

La recevabilité joue un rôle considérable dans l'hypothèse où la juridiction, parce qu'elle est constituée antérieurement à l'introduction de l'instance, peut être saisie par voie de requête. Lorsqu'un demandeur fait valoir un mécanisme de juridiction obligatoire, il est rare que le défendeur ne tente de s'y soustraire et c'est pourquoi les procès relatifs aux conditions d'exercice de la juridiction sont prolifiques dans l'ordre international.⁴

On entend par *irrecevabilité* le caractère d'une demande ou d'une réclamation qui, en raison d'un défaut de qualité du requérant ou de l'absence en elle d'une condition requise, autorise ou oblige l'autorité à laquelle elle est soumise à en refuser l'examen. *L'exception d'irrecevabilité* englobe, quant à elle, les exceptions dites extinctives et celles dites interruptives.⁵ C'est le moyen de procédure tendant à obtenir que le juge compétent pour connaître d'une affaire ne procède pas à l'examen au fond motif pris de ce qu'une condition préalable à cet examen fait défaut. L'exception peut être soulevée par l'une des parties à l'instance et par le juge *proprio motu*. Elle est présentée au début de la procédure et la décision rendue à son sujet est définitive.

4. Comme l'écrit le Juge M. Bedjaoui « dans le cas d'une introduction d'instance par voie de requête, le défendeur commence presque toujours par contester la compétence de la Cour, exception souvent assortie d'une mise en cause de la recevabilité de la requête », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Mélanges Michel Virally, Paris, Pedone, 1991, pp. 87-107, spec. p. 89. De plus, une exception d'irrecevabilité peut être soulevée *proprio motu* par la juridiction elle-même qui doit se demander à titre préliminaire si elle tire, de son statut ou de l'interprétation qu'elle en adopte, le pouvoir de connaître de l'affaire et de statuer sur la prétention.

5. Exceptions extinctives: exception de forclusion, exception tirée de la prescription, exception tirée de la transaction, exception de désistement, exception d'acquiescement, exception de chose jugée, exception de litispendance, exception tirée de la nationalité exception de défaut de « mains propres », exception de nullité, exception de connexité, estoppel; Exceptions interruptives : exception tirée de l'absence de différend, exception du défaut d'épuisement des voies de recours internes, l'absence de négociations diplomatiques, exceptions dirigées contre les voies de recours.

La pratique internationale retient habituellement cette expression d'«exception d'irrecevabilité ». Il faut dire que la Cour permanente ne s'était guère montrée enthousiaste à l'idée de s'engager dans la typification des exceptions allant même jusqu'à mettre en doute son intérêt procédural. Elle craignait d'introduire, sans expérience suffisante, dans la jurisprudence internationale, des notions et des terminologies empruntées aux procédures internes. C'est progressivement qu'elle le fera. Elle dit :

« La Cour n'a pas à tenir compte, pour apprécier la conclusion par laquelle on lui demande de surseoir à statuer, des divers systèmes de procédure et des diverses terminologies juridiques en usage dans les différents pays. Que cette conclusion se qualifie d'« exception » ou qu'elle prenne le nom de « fin de non-recevoir », rien n'empêche la Cour de s'en occuper, préalablement à tout débat sur le fond, puisque c'est de sa non-admission que dépendra la possibilité d'un tel débat »⁶.

La question de l'irrecevabilité se révèle complexe. La doctrine et la jurisprudence tendent à la définir par son but et ses effets par rapport à la procédure sur le fond. Elle est alors entendue comme l'ensemble des moyens par lesquels le défendeur dénie au demandeur le droit d'action ou se prévaut de l'inobservation de prescriptions formelles et autres exigences de procédure pouvant s'imposer à cette action. Le débat tourne autour de deux éléments ou deux traits communs auxdits moyens : la « pertinence » et la « non-incidence au fond ».

La *pertinence* signifie que l'exception est à même de mettre fin à l'instance sur le fond. C'est dire que lorsqu'elle est accueillie, l'exception est, par exemple, de nature à soustraire le défendeur à toute condamnation. La *non-incidence* au fond traduit le fait que le résultat peut être atteint sans avoir à examiner ni à préjuger le fond. L'irrecevabilité peut être déclarée par le juge alors même que l'obligation alléguée existerait et *a contrario*, cette irrecevabilité peut être rejetée sans que ce rejet permette de présumer l'existence de l'obligation invoquée.⁷

6. CPJI, Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute Silesie polonaise, arrêt du 25 août 1925, Série A, No. 6, p. 19.

7. Voir J.C. Witenberg, op. cit. (note 1), p. 17. Vauteur écrit, p. 16 : «En notre matière, la jurisprudence est même de beaucoup la source la plus riche. Saisis des réclamations sur la base de traités parfois laconiques et qui, surtout lorsqu'il s'agissait d'un nombre important d'affaires, n'ont pu prévoir les conjonctures spéciales à chacune, les tribunaux internationaux, maîtres de leurs méthodes, le plus souvent, maîtres aussi de leur procédure, se sont accoutumés à discriminer, parmi les questions posées par les cas concrets soumis à eux, celles communes à tous et desquelles, en chaque cas, un examen préalable s'imposait. C'est ainsi que la notion de recevabilité a passé du droit interne au droit international».

La jurisprudence de la Cour permanente fournit des exemples qui corroborent cette façon de voir.⁸

L'autre débat sur la recevabilité est plus proprement juridictionnel. Il présente deux caractères qui infèrent la séparabilité de l'objet de l'exception du fond de l'affaire. D'une part, le préliminaire qui signifie que la question de la recevabilité fait toujours l'objet d'un débat préalable à celui relatif au fond. La pratique internationale a soumis à une procédure préliminaire l'examen des moyens qui participent de la notion de recevabilité en ce qu'il est de nature à entraîner le rejet de la demande sans parvenir à l'instance au fond. D'autre part, la spécialité qui traduit le fait que le moyen de recevabilité est sans incidence sur le fond et qu'il est examiné au cours d'une procédure spéciale.⁹ Ce caractère de spécialité résulte d'une longue pratique et apparaît comme inséparable de la préliminarité.

La recevabilité est parfois regardée par le caractère préalable de son objet, sa relation logique et prioritaire, c'est-à-dire de priorité logique, par rapport au fond et donc la possibilité de l'examiner dans un débat préalable à l'instance au fond. Comme on l'a fait remarquer, « ce n'est qu'après avoir admis implicitement ou explicitement, d'une part que le demandeur jouit du droit d'action, d'autre part qu'il a exercé ce droit conformément aux règles prescrites, que le juge peut se prononcer au fond, c'est-à-dire sur l'obligation elle-même, objet fondamental du débat ».¹⁰

8. Voir Affaire du Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, CPJI, Série A/B, No. 76, p. 22 « La seconde exception... étant présentée afin d'exclure l'examen par la Cour du fond de l'affaire, et la Cour pouvant statuer sur ladite exception sans se prononcer en aucune façon sur le fond de l'affaire, l'exception doit être retenue comme préliminaire dans le sens de l'article 62 du Règlement » ; voir aussi l'Opinion dissidente du Juge Anzilotti dans l'affaire de la Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie, CPJI, Série A/B, No. 77, p. 95 ou il parle de l'« exception dont le but et l'effet sont d'empêcher le procès devant la Cour, sans préjuger la question de savoir si le droit réclamé par le demandeur existe ou non ».

9. Ce second aspect est tempéré par la question du « factual background ». Ce, parce qu'il n'est pas de point de recevabilité qui puisse être apprécié sans un certain examen des faits. En parlant de la documentation se limitant aux textes essentiels, le Juge Bedjaoui fait observer que « cette remarque ne garde cependant pas toute sa valeur si la question de la compétence est compliquée par une contestation de la recevabilité de la requête, car pour débattre de celle-ci, il faut souvent aborder des questions de fond », in *Mélanges Virnliy*, op. cit., p. 89 ; l'autre atténuation de la spécialité procède des jonctions éventuelles de l'exception et du fond.

10. Witenberg, op. cit. (note 1), pp. 8-9 ; Sur la séparabilité des exceptions préliminaires du fond, voir G. Abi-Saab, op. cit. (note 1), pp. 179-204

Nous traiterons de la recevabilité de l'action, laquelle est subordonnée à la satisfaction des conditions posées par les actes institutifs (Statut/Règlement de procédure) de la juridiction (I), avant d'en arriver à la *recevabilité de la requête* ou demande en justice laquelle exprime le droit d'action et qui consiste en l'exercice de celui-ci (II).

I. Recevabilité de l'action contentieuse

Selon le nouveau Code de Procédure civile, « l'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention ». ¹¹ Il apparaît ainsi que l'action doit être envisagée, tant du point de vue du demandeur que de celui du défendeur. Elle traduit le pouvoir légal, le droit conféré au demandeur de saisir la juridiction à l'effet de se prononcer sur le fond de sa demande. L'action s'analyse également en une prérogative permettant au défendeur de discuter le bien-fondé de cette demande.

Il convient de distinguer le droit d'action du droit invoqué au fond (ou droit substantiel), parce que l'existence du droit d'action n'engendre pas forcément celle du droit invoqué au fond et qui justifie l'instance. C'est le cas lorsque la demande est déclarée recevable mais non fondée. Il faut rappeler que c'est la demande qui concrétise le droit d'action du demandeur tandis que la défense concrétise celui du défendeur.

Le droit d'action est également distinct de la demande qui l'exprime. La demande en justice ou requête consiste dans l'exercice du droit d'action et ne doit pas être confondue avec ce droit lui-même. Le droit d'action peut exister sans qu'aucun acte procédural ne vienne le concrétiser parce que précisément l'action a un caractère facultatif.

La juridiction internationale compétemment saisie sur le fondement de sa compétence d'attribution doit s'assurer que l'action introduite devant elle est recevable, c'est-à-dire qu'il entre dans sa fonction juridictionnelle d'entendre les prétentions et contestations des parties et de statuer à leur sujet. Elle doit par conséquent vérifier si les conditions d'ouverture de l'action sont remplies, faute de quoi la procédure serait irrégulière et la demande déclarée irrecevable.

11. Article 3 0 du nouveau Code de Procédure civile français, institué par le décret No. 75-1123 du 5 décembre 1975, entre en vigueur pour l'essentiel le 1^{er} janvier 1976.

Les conditions de recevabilité de l'action apparaissent multiples. Elles tiennent pour l'essentiel à la fonction juridictionnelle et à la validité de l'instance.

1. Conditions tenant à la nature de la fonction juridictionnelle contentieuse

La fonction juridictionnelle contentieuse des tribunaux les conduit à connaître de différends, lesquels doivent être réglés sur la base du droit. C'est dire que le différend doit exister et être justiciable.

a. L'existence du différend

L'exercice de toute juridiction contentieuse est assujéti à l'existence d'un différend lequel doit être constaté *ab initio* par la juridiction saisie ; faute de quoi, celle-ci doit déclarer la demande irrecevable.

Par différend judiciaire international, on entend « un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes »¹² La divergence d'opinions ne doit cependant pas être abstraite. Comme on a pu l'observer,¹³ le différend, au sens technique que lui assigne la procédure internationale, procède des positions ou attitudes antithétiques suffisamment précises que des Etats adoptent délibérément l'un vis-à-vis de l'autre relativement au règlement par le juge international de certains intérêts. Il y a différend, au sens judiciaire du terme, quand un Etat énonce une prétention qui se heurte sur le terrain du droit à une contestation de la part d'un autre Etat. C'est le schéma classique : le différend se dégage de l'opposition ouverte de deux volontés expressément et successivement déclarées.¹⁴

Dans l'affaire relative à certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise,¹⁵ la Cour permanente indique qu' « une divergence d'opi-

12 CPJI, arrêt du 30 août 1924 dans l'affaire Mavrommatis, Publications de la Cour, Série A, No. 2, p. 11. Cette définition a été reprise par la Cour de La Haye dans plusieurs de ses rendus : Affaire des Emprunts serbes, CPJI, Série A, No. 20, (1929), pp. 16-18 ; Affaire de l'Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie (première phase), CIJ Recueil 1950, p. 74 ; Affaire du Droit de passage sur territoire indien (exception préliminaires), CIJ Recueil 1957, pp. 148-149 ; Affaire du Droit de passage sur territoire indien (fond), CIJ Recueil 1960, p. 34 ; Affaires du Sud-ouest africain (exceptions préliminaires), CIJ Recueil 1969, p. 319.

13. Charles de Visscher, op. cit., p. 32.

14 Voir Affaires du Sud-ouest africain précitées, CIJ, arrêt du 21 décembre 1962, p. 328 : « Il n'est pas suffisant non plus que les intérêts des deux parties à une telle affaire sont en conflit. Il faut démontrer que la réclamation de l'une des Parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre ».

15. Arrêt du 25 août 1925, CPJI, Série A, No. 6, p. 14.

nions se manifeste dès qu'un des gouvernements en cause constate que l'attitude observée par l'autre est contraire à la manière de voir du premier ». Il ressort de la jurisprudence internationale¹⁶ que l'existence d'un différend international demande à être établie objectivement, tout différend se définissant par ses caractères intrinsèques et non par la qualification subjective que lui donnent les parties.

La question de la recevabilité prend un relief particulier lorsque la juridiction peut être saisie par voie de requête comme c'est le cas pour les Cours et tribunaux permanents constitués antérieurement à l'introduction de l'instance.

Si l'existence d'un différend est une condition préalable à l'exercice de la juridiction contentieuse, il faut en outre qu'il soit un différend réel.

(i) Réalité du différend

Au sens juridique du terme, le différend réel s'entend d'un différend qui se fonde sur des motifs juridiques de sorte que la sanction judiciaire de la situation litigieuse puisse engendrer un effet sur les positions juridiques des parties. Un lien intime doit s'établir entre le différend et l'exercice de la fonction judiciaire.

Pour veiller à l'« intégrité de la fonction judiciaire », la Cour internationale de justice a eu l'occasion de refuser de faire droit à une demande de jugement déclaratoire, dans l'affaire du Cameroun septentrional.¹⁷

Dans son arrêt, la Cour rappelle que le Cameroun est l'une des possessions sur lesquelles l'Allemagne a renoncé à ses droits en vertu du

16. Voir Rapport de la Commission de Conciliation franco-siamoise en date du 27 juin 1947; Avis consultatif de la Cour Internationale de Justice du 30 mars 1950 dans l'affaire de l'interprétation des traités de paix, CIJ Recueil 1950, p. 74 ou il est dit: Il s'est donc produit une situation dans laquelle les points de vue des deux Parties, quant à l'exécution ou à la non-exécution de certaines obligations découlant des traités, sont nettement opposés. En présence d'une telle situation, la Cour doit en conclure que des différends internationaux se sont produits ». En outre, «l'existence d'un différend international demande à être établie objectivement. Le simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas ». Ibid. La Cour reconnaît l'opinion contraire dans les affaires du Sud-ouest africain lorsqu'elle dit que «la simple affirmation ne suffit pas pour prouver l'existence d'un différend, tout comme le simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas», CIJ Recueil 1962, op. cit., p. 328

17. Affaire du Cameroun septentrional, exceptions préliminaires, arrêt du 2 décembre 1963. CIJ Recueil 1963, p. 15.

Traité de Versailles et qui ont été placées sous le système des mandats de la Société des Nations. Il a été divisé en deux mandats, l'un administré par la France et l'autre par le Royaume-Uni. Ce dernier à lui-même divisé son territoire en Cameroun septentrional, administré comme faisant partie du Nigeria, et en Cameroun méridional, administré comme une province distincte dans le cadre du Nigeria. Après la création de l'Organisation des Nations Unies, les mandats sur le Cameroun ont été placés sous le régime international de tutelle, aux termes d'accords de tutelle approuvés par l'Assemblée générale le 13 décembre 1946.

Le territoire sous administration française a accédé à l'indépendance, sous le nom de République du Cameroun, le 1er janvier 1960 et est devenu Membre des Nations Unies le 20 septembre 1960. En ce qui concerne le territoire sous administration britannique, l'Assemblée générale des Nations unies a recommandé que l'autorité administrante y organise des plébiscites afin de déterminer les aspirations des habitants. A la suite de ces plébiscites, le Cameroun méridional s'est uni le 1er octobre 1961 à la République du Cameroun et le Cameroun septentrional le 1er janvier 1961 à la Fédération du Nigeria (elle-même indépendante depuis le 1er octobre 1960). Le 21 avril 1961, l'Assemblée générale avait pris acte des résultats des plébiscites et décidé que l'accord de tutelle pour le Cameroun sous administration britannique prendrait fin au moment où les deux parties de ce territoire s'uniraient l'une à la République du Cameroun, l'autre au Nigeria [Résolution 1608 (XV)].

La République du Cameroun a voté contre cette dernière résolution, après avoir critiqué la manière dont le Royaume-Uni avait administré le Cameroun septentrional et organisé le plébiscite, manière qui aurait modifié la révolution politique du territoire et le déroulement normal de la consultation. Ces critiques ont notamment été développées dans un livre blanc auquel les représentants du Royaume-Uni et du Nigeria ont répondu. Après l'adoption de la résolution, la République du Cameroun a adressé le 5 mai 1961 au Royaume-Uni une note où elle faisait état d'un différend relatif à l'application de l'accord de tutelle et proposait de conclure un compromis à l'effet de saisir la Cour. Le Royaume Uni a répondu négativement le 26 mai 1961. Quatre jours plus tard, la République du Cameroun a déposé une requête devant la Cour.¹⁸

La requête faisait valoir l'injustice qu'aurait constitué le rattachement du Cameroun septentrional à un autre Etat. Le Cameroun recon-

18. Voir <www.icj-cij.org> pour les décisions.

naissait cependant que la Résolution 1608 (XV) de l'Assemblée générale des Nations Unies avait eu un effet juridique définitif qu'il n'était au pouvoir de la Cour ni de réviser, ni d'infirmier. En revanche, le requérant demandait à la Cour de dire et juger que, dans l'application de l'Accord de tutelle, le Royaume-Uni n'a pas respecté certaines obligations qui découlent dudit accord.

Le Royaume-Uni souleva une exception au motif de l'inexistence d'un différend réel. L'arrêt n'a pas retenu l'exception. La Cour s'est plutôt référée aux différentes définitions du différend découlant de celle donnée par la Cour permanente dans l'affaire Mavrommatis.¹⁹ Si elle a admis l'existence d'un différend « à la date de la requête »²⁰, en revanche elle n'était pas tenue d'y statuer « au moment du jugement »²¹. La Cour invoquera l'absence d'intérêt juridique de l'objet de la demande pour rejeter la requête du Cameroun.

Sa volonté de ne pas sortir de sa fonction contentieuse l'emmènera à énoncer une position de principe: « La fonction de la Cour est de dire le droit, mais elle ne peut rendre des arrêts qu'à l'occasion de cas concrets dans lesquels il existe, au moment du jugement, un litige réel impliquant un conflit d'intérêts juridiques entre les Parties. L'arrêt de la Cour doit avoir des conséquences pratiques en ce sens qu'il doit pouvoir affecter les droits ou obligations juridiques existants des Parties, dissipant ainsi toute incertitude dans leurs relations juridiques. En l'espèce, aucun arrêt rendu au fond ne pourrait répondre à ces conditions essentielles de la fonction judiciaire ».²²

La réalité du différend s'apprécie également aux fins de l'instance à l'aune des relations directes entre les parties. le requérant a la charge de la preuve relativement à la cristallisation du différend dans ses rapports directs avec le défendeur avant le dépôt de l'acte introductif d'instance. Cet aspect du différend peut, le cas échéant, avoir des conséquences sur son existence même.

Dans les affaires du Sud-ouest africain, la CIJ a eu à relever qu' «il convient d'observer que cette question préliminaire l'existence d'un dif-

19. Affaire précitée, supra note 12.

20. Affaire du Cameroun septentrional, op. cit., p. 27.

21. Ibid. p. 34.

22. Ibid. pp. 33-34.

férend porte en réalité sur le problème de l'existence d'un différend entre les demandeurs et le défendeur, quels que soient la nature et l'objet du différend soumis à la Cour dans la présente instance ». ²³ La difficulté dans cette affaire avait trait à la nature de la relation entre les demandeurs et le défendeur. La contradiction s'est établie entre l'Assemblée générale de l'ONU et l'Union sud-africaine. C'est donc en leur qualité de membres des Nations Unies que les demandeurs avaient fait connaître leur point de vue. C'est pourquoi, les troisième et quatrième exceptions soulevées par l'Union sud-africaine posent le problème des conditions d'existence du différend international et de la recevabilité de la demande en justice

La troisième exception contestait l'existence d'un différend entre les demandeurs et l'Union au motif que le différend doit être établi antérieurement au dépôt de la requête. ²⁴ Pour l'Union, un différend au sens de la clause de juridiction obligatoire de l'article 7 du mandat n'existe que lorsqu'il met en jeu un intérêt « concret » c'est-à-dire personnel et direct de l'Etat demandeur ou de ses ressortissants. Or, la requête avait en vue, non des intérêts de cette nature, mais l'inexécution par le Gouvernement sud africain de ses obligations générales comme mandataire tant à l'égard des habitants du territoire sous mandat qu'à l'égard des autres Etats ex-membres de la SDN, ainsi que de celles concernant la surveillance et le contrôle de la Société. Selon le défendeur, de telles obligations ne conféraient aux membres de la Société aucun droit ou intérêt juridique autorisant un recours individuel à la clause juridictionnelle de l'article 7 du mandat.

La Cour a rejeté cette troisième exception. Selon elle, ladite exception consiste essentiellement dans la proposition selon laquelle le différend soumis à la Cour n'est pas un différend comme il est prévu à l'article 7 du mandat.

La Cour rappelle que l'article 7 mentionne « tout différend quel qu'il soit » qui viendrait à s'élever entre le mandataire et un autre Membre de la Société des Nations. Ces termes sont larges, clairs et précis et visent tout différend relatif à l'ensemble ou à l'une quelconque des dispositions

23. Affaires du Sud-Ouest africain, op. cit. (note 12), p. 328.

24 CPJI, Affaire de la Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, Serie A/B, No. 77, p. 83

du mandat, qu'elles aient trait aux obligations de fond du mandataire à l'égard des habitants ou à l'égard des autres Membres de la Société des Nations, ou encore à l'obligation de se soumettre à la surveillance de la Société des Nations, ou à la protection prévue par l'article 7. La portée et l'objet de ces dispositions indiquent en effet qu'on entendait que les Membres de la Société eussent un droit ou un intérêt juridique à ce que le mandataire observât ces obligations à l'égard à la fois des habitants et de la Société des Nations et de ses Membres. Tandis que l'article 6 du mandat contient des dispositions visant la surveillance administrative par la Société, l'article 7 instaure en fait, avec l'accord exprès du mandataire, la protection judiciaire de la Cour permanente. Il va de soi que la protection des intérêts concrets des membres est comprise dans ce cadre, mais le bien-être et le développement des habitants ne sont pas moins importants.²⁵ La Cour conclut que le présent différend est un différend prévu à l'article 7 et que la troisième exception préliminaire doit être rejetée.

Une interprétation littérale de l'article 7 du mandat, «tout différend quel qu'il soit», a permis à la Cour de disposer de cette exception. On se rappellera que l'arrêt reconnaît aux demandeurs un intérêt juridique à obtenir de la Cour qu'elle se prononce sur les violations du mandat alléguées par eux. C'est un fait que le droit international reconnaît lui-même, dans les domaines relevant des intérêts généraux de l'humanité, un intérêt à la protection de ce que l'on pourrait qualifier de «légalité internationale».

L'article 7 a été interprété dans ce sens qui reconnaît le droit individuel d'action de tout membre de la Société des Nations sur la base de dispositions que le mandataire avait expressément faites. La Cour qualifiera d'ailleurs le mandat d'« engagement international d'intérêt général »²⁶. Le rejet de cette exception préliminaire a été vivement critiqué²⁷. La quatrième exception sud-africaine posait quant à elle le problème important de l'actualité du différend.

(ii) L'actualité du différend

L'actualité du différend s'entend des démarches diplomatiques du demandeur auprès du défendeur préalables au dépôt de l'acte introductif

25. Voir supra note 18.

26. Affaire du Sud-ouest africain, op. cit., p. 332 ; Dans l'affaire de la Barcelona Traction Light and Power Co, la Cour dit dans un obiter dictum: « une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt

d'instance. Ce fut une condition de recevabilité qui s'attache à la situation litigieuse dont le but est d'assurer que le litige est mûr pour être tranché. Les négociations diplomatiques préalables étaient au coeur de l'organisation de la procédure arbitrale internationale. Leur rôle s'est atténué avec les juridictions permanentes où elles se présentent souvent comme une condition expresse de juridiction. La règle est posée par certaines conventions internationales qui évoquent un préalable diplomatique. Sa consécration coutumière est cependant douteuse au regard de la jurisprudence internationale.

La quatrième exception sud-africaine posait un problème important de recevabilité en ce qu'elle remettait en cause l'actualité du différend. Elle énonçait que «le prétendu conflit ou disaccord n'est pas, eu égard à son état d'avancement, un différend qui ne soit pas susceptible d'être réglé par des négociations au sens de l'article 7 du mandat pour le Sud-Ouest africain »²⁸.

Pour les demandeurs, des négociations répétées avaient eu lieu pendant une période de plus de dix ans au sein de l'Assemblée des Nations Unies et de divers organes, entre eux et les autres Etats anciens membres de la Société des Nations partageant leur manière de voir d'une part et le défendeur de l'autre, et que ces négociations avaient abouti chaque fois à une impasse en raison de l'attitude du défendeur. Celui-ci retorque que « des négociations collectives au sein des Nations Unies sont une chose, que des négociations directes entre les demandeurs et lui-

t juridique a ce que ces droits soient protégés: les obligations dont il s'agit sont des obligations « erga omnes ». CIJ Recueil 1970, p. 32. Par ces mots, la Cour admet la notion d'actio popularis dans le droit international; notion dont elle constatait pourtant l'inexistence dans la deuxième phase des affaires du Sud-ouest africain lorsqu'elle dit: « Au surplus, si on l'envisage sous un autre angle, cet argument revient à dire que la Cour devrait admettre une sorte d'actio popularis, ou un droit pour chaque membre d'une collectivité d'intenter une action pour la défense d'un intérêt public. Or, s'il se peut que certains systèmes de droit interne connaissent cette notion, le droit international tel qu'il existe actuellement ne la reconnaît pas et la Cour ne saurait y voir l'un des principes généraux de droit mentionnés à l'article 38, § 1 c) de son statut ». Affaires du Sud-ouest africain. Seconde phase, 18 juillet 1966, CIJ Recueil 1966, p. 47.

27. Voir l'opinion dissidente commune des juges Spender et Fitzmaurice et celle du Juge Morelli; voir aussi Ch. de Visscher, op. tit. (note 1), p. 22, où l'auteur dit: « La où l'arrêt nous paraît s'écarter des règles de la procédure, c'est quand d'un droit général à l'action il conclut à l'existence actuelle d'un différend justiciable et à la recevabilité de la demande en justice. Le droit & Faction n'est en soi qu'un pouvoir legal lequel demeure à l'état de simple virtualité tant que son titulaire n'a pas rempli les conditions procédurales auxquelles est subordonnée la demande en justice. Parmi ces conditions figure au premier chef la manifestation des attitudes antithétiques des Parties à l'instance, attitudes qui ne peuvent se déduire que de la prise à partie directe caractérisée par l'opposition classique de la prétention et de la contestation

28. Affaire précitée, note 12.

même en sont une autre et qu'aucune négociation directe n'avait jamais été engagée entre eux »²⁹.

La Cour examinera cette quatrième et dernière exception pour la rejeter. Selon elle, le fait que, dans le passé, les négociations collectives aient abouti à une impasse et le fait que les écritures et les plaidoiries des parties aient clairement confirmé que cette impasse demeure oblige à conclure qu'il n'est pas raisonnablement permis d'espérer que de nouvelles négociations puissent aboutir à un règlement. En ce qui concerne l'argument du défendeur selon lequel des négociations directes entre les demandeurs et lui-même n'ont jamais été engagées, la Cour déclare que « lorsqu'il s'agit d'une question affectant les intérêts mutuels de nombreux Etats, qu'ils fassent ou non partie d'un corps organisé, il n'y a aucune raison pour que chacun d'eux se conforme au formalisme et au faux-semblants d'une négociation directe avec l'Etat auquel ils s'opposent s'ils ont déjà pleinement participé aux négociations collectives avec cet Etat adverse »³⁰. Ce qui importe donc en la matière, ce n'est pas tant la forme des négociations que l'attitude et les thèses des parties sur les aspects fondamentaux de la question en litige. Pour la Cour, au vu de la nature des circonstances de l'espèce, la diplomatie parlementaire ou diplomatie par conférence s'est souvent avérée la voie de négociation la plus pratique.³¹

Cette nouvelle approche de la Cour rompt avec l'interprétation classique de la condition des négociations diplomatiques préalables et elle se soustrait au régime des rapports directs des Parties dans la détermination de la situation litigieuse. Elle peut brouiller les repères en ce qui concerne les contours du différend judiciaire dans la mesure où la

29. Ibid

30. Ibid.

31. Sur la notion de « diplomatie parlementaire » ou « diplomatie par conférence », voir l'Opinion individuelle du Juge Philip C. Jessup sous le même arrêt précité (CIJ Recueil 1962, pp. 43 3-436) qui explique qu'aujourd'hui une clause relative au recours préalable aux négociations diplomatiques doit être interprétée « comme comprenant ce que l'on a appelé la diplomatie parlementaire, c'est-à-dire la négociation des solutions aux problèmes internationaux dans le cadre et par les voies d'une institution organisée agissant selon des règles établies, comme l'Assemblée générale des Nations Unies. 1/Assemblée générale et même l'ensemble du système des Nations Unies, avec ses missions permanentes et ses comités spéciaux, font aujourd'hui partie des moyens normaux de la diplomatie, c'est-à-dire de la négociation ». Pour une opinion contraire, voir l'opinion dissidente conjointe des Juges Sir Percy Spender et Sir Gerald Fitzmaurice (ibid. p. 562). Selon ces juges « Ces discussions sont nécessairement d'un caractère trop général et trop vague pour constituer des négociations entre les parties mêmes qui se présentent ensuite devant la Cour au sujet d'un différend détermine les séparant en tant qu'Etats ».

diplomatie par conférence dans les assemblées plénières peut embrasser des questions juridiques et politiques. On ne peut exiger des délégués représentant leur Etat respectif qu'ils soient tous des juristes.³²

Le problème de l'actualité du différend s'est également posé dans l'affaire relative aux travaux de polderisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de JOHOR devant le Tribunal International du Droit de la Mer³³.

Dans cette affaire, Singapour [le défendeur] prétend que la Malaisie [le demandeur] n'a pas rempli les obligations lui incombant au titre du paragraphe 1 de l'article 283 de la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer du 10 décembre 1982. Il dit « les négociations entre les parties, dont l'article 283 de la Convention fait un préalable au déclenchement des procédures obligatoires de règlement des différends définies à la partie XV de la Convention n'ont pas eu lieu »³⁴.

Le défendeur fait valoir que la saisine du tribunal arbitral (prévu à l'annexe VII de la Convention) par le demandeur était prématurée puisqu'aucun échange de vues n'avait eu lieu contrairement à ce qu'exige l'article 283 de la Convention. Le paragraphe 1 de celui-ci se

32. La conclusion de l'opinion dissidente conjointe de Sir Percy Spender et Sir Gerald Fitzmaurice (ibid. p. 563) est à méditer. Elle se lit: « Nous concluons en faisant observer que les prescriptions touchant les « différends » et les « négociations » ne constituent pas de simples questions d'ordre technique. Elles apparaissent sous une forme ou sous une autre dans presque toutes les clauses du règlement judiciaire qui aient jamais été rédigées, et pour une excellente raison. Elles y sont insérées à dessein pour protéger les Parties, dans toute la mesure du possible, contre des litiges internationaux inutiles, prématurés, insuffisamment motivés ou simplement spécieux. Faute de cette mesure de protection, les Etats n'accepteraient pas de signer des clauses de règlement judiciaire obligatoire. C'est là un aspect de la question auquel il ne nous semble pas qu'on ait accordé assez d'attention.

33. Affaire des Travaux de polderisation à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c/ Singapour), ordonnance du 10 septembre 2003, TIDM Recueil 2003, p. 4 ; pp. 18-21; voir également les opinions individuelles des Juges Ndiaye, pp. 48 et suivantes et Chandrasekhara Rao, p. 36 et suivantes ; voir en outre le contre-mémoire de Singapour, Chapitre 3 [Compétence et Recevabilité], p. 23 et suivantes ainsi que la Pièce de l'Affaire du Professeur Riesman, ITLOS/PV. 03/02, 25 septembre 2003 p.m., disponible sur le site web du Tribunal: <www.itlos.org> ou <www.tidm.org>, affaire No. 12.

34. Voir Réponse, paragraphe 6

lit: « Lorsqu'un différend surgit entre des Etats Parties à propos de l'interprétation ou de l'application de la Convention, les parties en litige procèdent promptement à un échange de vues concernant le règlement du différend par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques ». Le demandeur indique, pour sa part, qu'il a demandé à plusieurs reprises la tenue de réunions destinées à examiner les préoccupations de chaque partie en vue de régler le différend à l'amiable. Il fait valoir que le défendeur a refusé à maintes reprises de procéder à des consultations, exigeant de la partie adverse qu'elle prouve, au préalable le bien-fondé de sa cause. Il y aurait donc un principe d'épuisement préalable des négociations ; d'où l'exception *in limine litis*. Ce qui pose le problème de l'*actualité* du différend.

Il apparaît qu'il y a divergence d'opinions entre les parties sur l'échange de vues concernant le règlement du différend par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques.

Dans son exposé des conclusions, la Malaisie dit: «Il ressort clairement de cette correspondance qu'un différend existe entre la Malaisie et Singapour à propos de la délimitation des eaux territoriales au-delà du détroit de Johor et de l'impact des travaux de poldérisation (à Tuas Reach, Pulau Ubin et Pulau Tekong) sur les eaux, bandes côtières et installations malaisiennes et sur le milieu marin.

Il est également clair que l'échange de vues exprimé dans cette correspondance n'a pas abouti et ne saurait aboutir à un règlement négocié. En fait, Singapour refuse même de débattre des points en question. Dans ces conditions, il n'y pas lieu de prolonger l'échange de vues entre les deux Etats ». ³⁵ La Malaisie déclare que Singapour a rejeté ses demandes maintes fois réitérées en vue de la tenue d'urgence d'une réunion de hauts fonctionnaires des deux pays pour examiner ses préoccupations de façon à résoudre le problème à l'amiable en indiquant qu'une réunion « ne serait utile que si le Gouvernement malaisien pouvait avancer des faits ou des arguments nouveaux à l'appui de sa thèse », que Singapour s'érigait ainsi en juge des griefs de la Malaisie et qu'elle ne se montrait pas disposée à coopérer ni à négocier. ³⁶

Pour sa part, Singapour fait valoir qu'il n'y a pas eu de négociations

35. Voir exposé des conclusions en date du 4 juillet 2003, paragraphe 20.

36. Suite à la soumission des exposés des conclusions le 4 juillet 2003, il y a eu un nouvel échange de correspondances entre les parties [reproduit à l'annexe B à la demande de mesures

sur le fond entre les parties. Elle soutient que la Malaisie a subitement soumis son exposé des conclusions, sans lui avoir d'abord donné la possibilité de prendre la mesure de ses préoccupations particulières et d'y répondre, qu'elle a demandé des précisions sur les griefs de la Malaisie et que celle-ci a fait savoir à maintes reprises qu'elle lui fournirait des indications détaillées sur lesdits griefs. Elle fait observer en outre que ce n'est que le 4 juillet 2003 que la Malaisie lui a fourni des précisions sur ses préoccupations quant aux effets néfastes allégués des travaux de poldérisation de Singapour qui a répondu le 17 juillet 2003 aux préoccupations de la Malaisie en lui communiquant toute une série de documents s'y rapportant qui dressait un tableau complet et des bilans de travaux qu'elle projetait, et en se déclarant prête à engager des négociations avec la Malaisie au sujet de toute question non encore résolue. Singapour ajoute que c'est à la réunion de Singapour que les deux parties ont eu pour la première fois la possibilité d'examiner aussi bien les préoccupations de la Malaisie que la position de Singapour, que cette réunion a aidé à la fois Singapour et la Malaisie à déterminer les questions qui les divisaient et celles sur lesquelles leurs point de vue convergeaient, préparant ainsi les parties à la phase de fond des négociations, et que les préoccupations de la Malaisie pourraient être prises en compte grâce au processus de négociation.³⁷

C'est dans ce contexte que le Tribunal International du Droit de la mer a eu à examiner la question des négociations diplomatiques préalables. Le Tribunal rappelle que l'article 283 de la Convention s'applique «lorsqu'un différend surgit» et qu'il n'y a pas de divergence entre les

conservatoires de la Malaisie]. Il y a eu également un nouvel échange de vues lors de la réunion de Singapour, tenue les 13 et 14 août 2003 à l'issue de laquelle, la Malaisie a informé Singapour dans une note datée du 22 août 2003 de ce qui suit: « A la fin de la réunion tenue les 13 et 14 août, la délégation Malaisienne s'est réservée le droit de demander au Tribunal International du Droit de la mer (TIDM) de prescrire des mesures conservatoires et après ladite réunion, le Gouvernement malaisien ne voit d'autre solution que d'en appeler immédiatement au TIDM. La Malaisie est néanmoins disposée à tenter une nouvelle fois de régler les questions considérées par voie de consultation. Pour ce faire, il est cependant indispensable que Singapour accepte de reporter la poursuite et l'achèvement des travaux de poldérisation, en particulier proximité de Pulau Tekong. Le Ministère des Affaires étrangères est fermement d'avis qu'il ne saurait y avoir de véritables négociations sur ce point si, dans le même temps, Singapour achève en toute hâte les travaux de poldérisation, quels que soient leurs impacts sur la Malaisie

37. Singapour a en outre rappelé l'assurance donnée à la Malaisie dans sa note diplomatique du 2 septembre 2003: « Si ces éléments de preuve étaient concluants, Singapour réexaminerait sérieusement les travaux qu'elle mène et envisagerait de prendre toutes mesures nécessaires et adéquates, y compris une suspension, pour remédier à l'effet dommageable en question ».

parties quant à l'existence d'un différend et que cet article exige seulement un prompt échange de vues concernant le règlement du différend « par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques ». Il indique que l'obligation de procéder « promptement à un échange de vues » vaut également pour les deux parties au différend. Après avoir passé en revue les moyens soulevés par les deux parties, le Tribunal constate qu'elles n'ont pas pu régler le différend ou s'entendre sur un moyen de le faire. Il a estimé - rappelant sa jurisprudence - qu'« un Etat Partie n'a pas l'obligation de poursuivre les procédures prévues à la section 1 de la partie XV de la Convention lorsqu'il conclut que les possibilités de règlement du différend ont été épuisées »³⁸ et qu'« un Etat partie n'a pas obligation de poursuivre un échange de vues, lorsqu'il arrive à la conclusion que les possibilités de parvenir à un accord ont été épuisées ».³⁹

Selon le Tribunal, la Malaisie n'était pas tenue, dans les circonstances de l'espèce, de poursuivre un échange de vues lorsqu'elle a conclu que cet échange ne pouvait pas aboutir à un résultat positif.

Il rappellera à ce propos le mot de la Cour Internationale de Justice selon lequel «il n'existe ni dans la Charte (des Nations Unies), ni ailleurs en droit international, de règle générale selon laquelle l'épuisement des négociations diplomatiques serait un préalable à la saisine de la Cour».⁴⁰ C'est sur la base de ce qui précède que le Tribunal a rejeté l'exception soulevée par Singapour.

Au nombre des conditions assimilables à l'actualité du différend, en ce

38. Affaires du thon a nageoire bleue (Australie c/ Japon; Nouvelle Zélande c/ Japon), Ordonnance du 27 aout 1999, paragraphe 60; voir site web du Tribunal: <www.tidm.org>.

39. Affaire de l'usine Mox (Royaume-Uni c/ Irlande), Ordonnance du 3 décembre 2001, paragraphe 60; <www.tidm.org>.

40. Affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria (Cameroun c/ Nigeria), Exceptions préliminaires, arrêt, CIJ Recueil 1998, p. 303. En effet, si la règle de l'épuisement préalable des négociations se retrouve dans certains traités, elle ne s'impose guère en droit international général. La Cour Internationale de Justice a refusé de l'admettre à plusieurs reprises. Elle a même jugé, s'appuyant sur la pratique des Etats, que la requête pouvait lui être soumise alors que les négociations se poursuivaient. Dans l'affaire du plateau continental de la mer Egée, la Cour a dit: « L'attitude du Gouvernement de la Turquie pourrait donc s'interpréter comme sous-entendant que la Cour ne devrait pas connaître de l'affaire tant que les parties continuent à négocier et que l'existence de négociations activement menées empêche la Cour d'exercer sa compétence en l'espèce. La Cour ne saurait partager cette manière de voir. La négociation et le règlement judiciaire sont l'une et l'autre cités comme moyens de règlement pacifique des différends à l'article de la Charte des Nations Unies. La jurisprudence de la Cour fournit divers exemples d'affaires dans lesquelles négociations et règlement judiciaire se sont poursuivis en même temps. Plusieurs affaires, dont la plus récente est celle du Procès de prisonniers de guerre pakistanais (CIJ Recueil 1973, p. 347), attestent qu'il peut être mis fin à une instance judiciaire lorsque de telles négociations aboutissent à un règlement. Par conséquent, le fait que des négociations se poursuivent activement pendant la procédure actuelle ne constitue pas, en droit, un obstacle à l'exercice par la Cour de sa fonction judiciaire »(arrêt, CIJ Recueil 1978, p. 12, paragraphe 29); voir en outre Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence et recevabilité, arrêt, CIJ Recueil 1984, p. 440, paragraphes 106 et 108.

qu'elles se destinent à assurer que le litige est mûr pour être tranché par la juridiction internationale, il faut ajouter l'absence de litispendance et de connexité. Elle est d'application très rare en droit international vu la structure de celui-ci et, qui plus est, la nature juridique de cette condition fait l'objet de controverses dans la mesure où elle s'apparente à la compétence par certains de ses aspects et à la recevabilité par d'autres.⁴¹

Dans l'affaire de Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise,⁴² le Gouvernement polonais faisant état d'une instance engagée devant le Tribunal arbitral mixte germano-polonais en vue de la restitution à une société privée d'une usine qu'il croyait avoir injustement perdue, demandait à la Cour la suspension de son arrêt jusqu'au rendu de la sentence du Tribunal arbitral.

La Cour a observé que ce n'est que dans les plaidoiries qu'il a été employé et, semble-t-il, surtout pour la commodité du langage. Si, cependant, on voulait apprécier ce moyen d'après les principes ordinairement admis en matière de litispendance, la Cour devrait arriver à la conclusion qu'il n'est pas fondé. C'est une question vivement controversée dans la doctrine des auteurs et dans la jurisprudence des principaux Etats, que celle de savoir si la litispendance, qui a pour objet de prévenir un conflit de choses jugées, peut être invoquée dans les rapports internationaux, en ce sens que les juges d'un Etat devraient refuser de connaître, en l'absence d'un traité, de toute affaire pendante devant un tribunal étranger, exactement comme ils auraient le devoir de le faire si un tribunal national avait été, à une époque antérieure, régulièrement

41. Comme le remarque le Pr. *Abi-Saab*, *op. cit.*, p. 116 : « La litispendance s'apparente à la compétence dans la mesure où elle trouve son origine dans l'organisation judiciaire, en présupposant une compétence concurrente de deux ou plusieurs instances judiciaires. En droit judiciaire français, la litispendance et la connexité appartiennent au même genre (déclinatoires) mais non à la même espèce que les exceptions d'incompétence, en raison du fait qu'elles ont toutes trait à l'organisation judiciaire. Cela a conduit certains auteurs à considérer l'exception de litispendance comme une exception d'incompétence. D'autre part, la litispendance s'apparente à la recevabilité, notamment en droit international, vu l'absence d'une organisation judiciaire en ce domaine, car elle ne se présente pas comme une limite au champ d'application de l'activité judiciaire en général ou dans un cas d'espèce, mais plutôt comme une condition de l'exercice de cette activité judiciaire ». Voir également, *G. Tenekides*, « l'exception de litispendance devant les organismes internationaux », *RGDIP*, Vol. 36 (1929), pp. 505-527.

42. Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (compétence), arrêt du 25 août 1925, *CPIJ*, Serie A, No. 6, pp. 19-20.

saisi de la même affaire.

Selon la Cour, cette discussion ne saurait retenir son attention dans le présent litige, car il est évident que les éléments essentiels qui constituent la litispendance ne se rencontrent pas ici. Il ne s'agit pas de deux demandes identiques ; la requête encore pendante devant le Tribunal arbitral mixte germano-polonais de Paris poursuit la restitution à une société privée de l'usine dont celle-ci prétend avoir été indument dépouillée; ce qui, d'autre part, est demandé à la Cour permanente de Justice internationale, c'est l'interprétation de certaines clauses de la Convention de Genève. Les plaideurs ne sont pas les mêmes. Enfin, les tribunaux arbitraux mixtes et la Cour permanente de Justice internationale ne sont pas des juridictions du même ordre; et cela serait vrai, à plus forte raison, de la Cour et du Tribunal civil polonais de Kattowice.

L'exception de litispendance a également été soulevée par le Gouvernement français dans l'affaire Camouco devant le Tribunal International du Droit de la mer.⁴³ Le Représentant de la France, M. Dobelle, s'exprime ainsi: «il y a une seconde question que je souhaiterais évoquer à propos de l'examen de la recevabilité de la requête et elle porte sur l'épuisement des recours internes. La règle de l'épuisement des recours internes énoncée à l'article 295 de la Convention est généralement considérée comme ne constituant pas un préalable nécessaire à l'introduction d'une action au titre de l'article 292. Certes. Mais on peut néanmoins faire remarquer qu'une instance judiciaire interne est actuellement pendante devant la Cour d'Appel de Saint-Denis de la Réunion et que cette instance judiciaire tend à obtenir exactement le même résultat que celui qui est recherché à travers la présente procédure ».

Le Tribunal observe que l'argument revient à soutenir que le requérant n'est pas qualifié pour invoquer la procédure prévue à l'article 292 en tant que « deuxième voie d'appel » à l'encontre d'une décision rendue par une juridiction interne et pour avancer que la demande fait clairement ressortir l'existence d'une « situation de litispendance qui jette un doute sur la recevabilité » de ladite demande. Le défendeur attire l'attention à ce sujet sur l'article 295 de la Convention qui traite de l'épuisement des recours internes, tout en observant en même temps que « la

43. Affaire du « Camouco » (Panama c/ France), prompte mainlevée, arrêt du 7 février 2000, TIDM Recueil 2000, Vol. 4, pp. 10-76. voir en outre ITLOS/PV.002 du 27 janvier 2000, lignes 1-8.

règle de l'épuisement des recours internes, énoncées à l'article 29 5 de la Convention, [ne devrait pas être] considérée comme étant une condition nécessaire à l'introduction d'une action au titre de l'article 292 ». Le Tribunal note que le requérant rejette l'argument du défendeur et soutient que l'appel interjeté devant les juridictions internes ne porte nullement préjudice à son droit d'invoquer la compétence du Tribunal en vertu de l'article 292 de la Convention.

De l'avis du Tribunal, il ne serait pas logique de lire dans l'article 292 l'applicabilité de la condition de l'épuisement des recours internes ou de toute autre règle analogue. L'article 292 de la Convention vise à obtenir la mainlevée de l'immobilisation d'un navire et la mise en liberté de son équipage après une immobilisation et une arrestation prolongée dues à l'imposition de cautions déraisonnables par des juridictions internes, qui infligent des pertes - pouvant être évitées - au propriétaire du navire ou à d'autres personnes affectées par cette immobilisation et cette arrestation. Parallèlement, l'article préserve les intérêts de l'Etat côtier en prévoyant que la mainlevée ne pourrait intervenir que contre le dépôt d'une caution raisonnable ou d'une autre garantie financière, à déterminer par la Cour ou le Tribunal visés à l'article 292, sans préjudice de la suite qui sera donnée à toute action dont le navire, son propriétaire ou son équipage peuvent être l'objet devant la juridiction nationale appropriée.

Le Tribunal conclut que l'article 292 prévoit une procédure indépendante mais non un recours en appel contre une décision rendue par une juridiction interne. Aucune limitation ne doit être lue dans l'article 292, qui irait à l'encontre de son objet et de son but. De fait, il autorise la soumission d'une demande de mainlevée après une courte période à compter du moment de l'immobilisation et, dans la pratique, les recours internes ne peuvent normalement pas être épuisés dans un délai aussi court.⁴⁴

Cependant, avec la prolifération des juridictions internationales, « des cas de litispendance pourraient se concevoir entre tribunaux internationaux du même ordre comme le seraient des tribunaux institués par une même convention ou par des conventions parallèles. On y retrouverait les raisons qui justifient l'exception de litispendance: d'une part, le

44. Ibid. pp. 28-29.

souci d'éviter l'inutile concurrence des activités juridictionnelles, d'autre part la nécessité de prévenir le conflit de choses jugées. Le défendeur doit établir l'identité du litige en démontrant la triple identité de personnes, d'objet et de cause et demander son renvoi devant le juge qui a été en premier lieu saisi ».⁴⁵

b. Justiciabilité du différend

La justiciabilité désigne l'aptitude d'un différend à être réglé sur la base des principes du droit⁴⁶. Il s'agit de différends dans lesquels les parties sont en désaccord sur l'application ou l'interprétation du droit existant. Cette aptitude du différend à être tranché sur cette base est une condition de recevabilité de l'action contentieuse.

L'article 38 du Statut de la CIJ énonce que «la mission de la Cour est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis », et l'article 40 indique que les affaires sont portées devant la Cour, selon le cas, soit par notification du compromis, soit par une requête adressée au Greffier; dans les deux cas, l'objet du différend et les Parties doivent être indiquées ».

Comme la Cour l'a indiqué, «l'existence d'un différend est donc la condition première de l'exercice de sa fonction judiciaire »⁴⁷. C'est dire l'importance de la qualification du différend qui apparaît comme un prérequis, quelles que soient les motivations qui ont mu les Parties à engager une procédure devant la juridiction saisie.

Dans l'affaire relative à des actions armées frontalières et transfrontalières,⁴⁸ la Cour fait remarquer qu'aux termes de la première exception d'irrecevabilité du Honduras, la requête du Nicaragua est une

45. Ch. de Visscher, op. cit., p. 175

46. L'arbitrabilité s'entend, quant à elle, de la conformité d'un différend à un engagement d'arbitrage obligatoire. Max Huber qualifie de différend arbitral un différend « susceptible de faire l'objet d'une décision sur la base du droit international » ; Rapport arbitral du Pr. Max Huber en date du 27 avril 1924 dans l'affaire des réclamations pour dommages causés aux sujets britanniques dans la zone espagnole du Maroc, RSA, Vol. II, p. 632.

47. Voir Affaires des Essais nucléaires, arrêt du 20 décembre 1974 (Australie/ France), CIJ Recueil 1974, p. 271, paragraphe 55.

48. Affaire relative à des actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c/ Honduras), Compétence de la Cour et recevabilité de la requête, arrêt du 20 décembre 1988, CIJ Recueil 1988, p. 91, paragraphes 51-52.

requête « artificielle, d'inspiration politique, dont la Cour ne saurait connaître sans se départir de son caractère judiciaire ». Le Honduras prétend que le Nicaragua cherche à utiliser la Cour ou la menace d'une procédure devant la Cour comme moyen d'exercer des pressions politiques sur les autres Etats d'Amérique Centrale.

Selon la Cour, en ce qui concerne le premier aspect de cette exception, la Cour n'ignore pas que tout différend juridique porté devant elle peut présenter des aspects politiques. Mais, en tant qu'organe judiciaire, elle doit seulement s'attacher à déterminer d'une part si le différend qui lui est soumis est d'ordre juridique, c'est-à-dire s'il est susceptible d'être résolu par application des principes et des régies du droit international, et d'autre part si elle a compétence pour en connaître et si l'exercice de cette compétence n'est pas entravée par des circonstances qui rendent la requête irrecevable. L'objet de la saisine de la Cour est le règlement pacifique de tels différends.

La Cour se prononce en droit et n'a pas à s'interroger sur les motivations d'ordre politique qui peuvent amener un Etat, à un moment donné ou dans des circonstances déterminées, à choisir le règlement judiciaire. L'exception du Honduras, dans la mesure où elle est fondée sur la prétendue inspiration politique de l'instance, ne peut donc être retenue.

La détermination de l'existence du différend d'ordre juridique résulte de l'examen, par la Cour, des positions des Parties. Ce, à travers leurs pourparlers diplomatiques au plan bi ou multilatéral, leurs plaidoiries respectives, l'interprétation du titre de compétence ou d'un acte juridictionnel antérieur ou encore les circonstances pertinentes de l'espèce, étant entendu que la juridiction cherche toujours à établir de façon objective l'existence ou non du différend pour pouvoir exercer ou non sa fonction judiciaire.

C'est dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci⁴⁹ que la CIJ a envisagé le plus frontalement la question de la justiciabilité d'un différend.

La Cour indique qu'elle croit utile de s'arrêter sur une question préliminaire, liée à ce qu'on pourrait appeler la justiciabilité du différend

49. Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c/ Etats-Unis d'Amérique), Fond, arrêt du 27 juin 1986, p. 14, pp. 26-28, paragraphes 32-35.

dont le Nicaragua l'a saisie. Dans leur contre-mémoire sur la compétence et la recevabilité, les Etats-Unis ont avancé plusieurs raisons pour lesquelles la demande devait être jugée irrecevable : d'après eux, notamment, un grief relatif à l'usage illicite de la force armée relève de la compétence exclusive d'autres organes, et plus particulièrement du Conseil de Sécurité, en vertu de la Charte des Nations Unies et de la pratique ; et la Cour ne saurait connaître efficacement d'un « *d'un conflit armé en cours* » comportant l'emploi de la force armée en violation de la Charte sans sortir des limites d'une activité judiciaire normale. Dans son arrêt du 26 novembre 1984 la Cour a examiné et rejeté ces arguments, et les Etats-Unis, qui n'ont pas participé à la suite de la procédure, n'en ont pas présenté à la Cour de nouveaux qui iraient dans le même sens. Il apparaît toutefois, au terme de l'examen du fond auquel la Cour s'est à présent livrée, que des circonstances existent qui, pourrait-on soutenir, rendraient non justiciables le litige lui-même ou les questions d'emploi de la force et de légitime défense collective qui en font partie.

En premier lieu, il a été soutenu que le présent différend devrait être déclaré non justiciable parce qu'il n'entre pas dans la catégorie des « différends d'ordre juridique » au sens de l'article 36 paragraphe 2, du Statut. Il est vrai qu'en vertu de cette disposition, la compétence de la Cour est limitée aux « différends d'ordre juridique » ayant pour objet l'une quelconque des matières énumérées. La question de savoir si un différend entre deux Etats est ou n'est pas un « différend d'ordre juridique » aux fins de cette disposition peut être elle-même en litige entre ces deux Etats ; dans ce cas, il appartient à la Cour de décider, comme le prévoit le paragraphe 6 de l'article 36. En la présente espèce, cependant, ce point particulier ne semble pas être en litige entre les Parties.

Durant la procédure consacrée aux questions de compétence et de recevabilité, les Etats-Unis ont avancé diverses raisons pour que la Cour conclue qu'elle n'était pas compétente ou que la demande n'était pas recevable. Ils se sont appuyés notamment sur la réserve c) de leur propre déclaration d'acceptation de la juridiction en vertu de l'article 36, paragraphe 2, sans jamais avancer l'argument plus radical qui voudrait que la déclaration soit en totalité inapplicable pour la raison que le différend dont le Nicaragua a saisi la Cour n'est pas un « différend d'ordre juridique » au sens de ce paragraphe. Pour ce qui est de la recevabilité,

les Etats-Unis ont élevé une objection contre l'application de l'article 36, paragraphe 2, au motif, non pas que le différend n'est pas «juridique», mais que les questions sur lesquelles portent les demandes du Nicaragua relèvent expressément d'organes politiques en vertu de la Charte des Nations Unies, et c'est là un argument que la Cour a rejeté dans son arrêt du 26 novembre 1984.⁵⁰

De même, si les Etats-Unis ont soutenu que la nature de la fonction judiciaire empêche d'examiner au fond les allégations du Nicaragua en l'espèce - argument que la Cour n'a pas non plus été en mesure d'accepter⁵¹ ils ont néanmoins tenu à souligner qu'ils ne considéraient pas pour autant le droit international comme dénué de pertinence ou inapplicable à un différend de cette nature. Bref, la Cour ne voit aucune raison de penser que, du point de vue des Etats-Unis eux-mêmes, le présent différend échapperait à la catégorie des « différends d'ordre juridique » auxquels s'applique l'article 36 paragraphe 2, du Statut. Elle doit donc aborder l'examen des demandes concrètes du Nicaragua sous l'angle du droit international applicable.

Il est hors de doute que les problèmes d'emploi de la force et de légitime défense collective soulevés dans la présente instance sont réglés à la fois par le droit international coutumier et par les traités, en particulier la Charte des Nations Unies. Il a cependant été affirmé que, pour une autre raison, les questions de cette nature qui se posent en la présente espèce ne sont pas justiciables et ne font pas partie des matières dont un tribunal puisse connaître. L'invocation de la légitime défense collective par laquelle les Etats-Unis cherchent à justifier leurs actions vis-à-vis du Nicaragua obligerait la Cour à déterminer si, leur sécurité se trouvant en jeu, les Etats-Unis étaient en droit de se proclamer eux-mêmes dans la nécessité d'employer la force afin de riposter à une intervention étrangère au Salvador.

Pour y parvenir, assure-t-on, la Cour devrait se prononcer sur des aspects politiques et militaires et non sur une question qui soit par nature de celles auxquelles un tribunal peut utilement s'efforcer de répondre.

Comme la Cour l'exposera plus loin, dans les circonstances de la

50. CIJ Recueil 1984, pp. 431-436.

51. Ibid. pp. 436-438.

présente espèce, c'est l'exercice, allégué par les Etats-Unis, d'un droit de légitime défense collective en riposte à une agression armée contre un autre Etat qui se trouve en cause. La question de la licéité d'une réaction à la menace d'une agression armée qui ne s'est pas encore concrétisée n'a pas été soulevée. La Cour doit donc déterminer d'abord si cette agression s'est effectivement produite et si, dans l'affirmative, les mesures présentées comme ayant été prises sous le couvert de la légitime défense constituaient en droit une réaction justifiée par la légitime défense collective. Pour répondre à la première question, la Cour n'a pas à déterminer si les Etats-Unis, ou l'Etat qui aurait été agressé, étaient acculés à la riposte.

Si elle décide qu'il y a eu agression armée en l'espèce, et afin de se prononcer dans cette hypothèse sur les questions afférentes au caractère collectif de la légitime défense et au type de réaction, elle n'aura pas non plus à se lancer nécessairement dans des appréciations d'ordre militaire. La Cour peut, en conséquence, se borner ici à conclure que, dans les circonstances de la présente espèce, les problèmes de légitime défense qui ont été soulevés font partie de ceux qui relèvent de sa compétence et qu'elle est en mesure de régler.

Il apparait donc que la Cour se reconnaîtra une compétence pour connaître des aspects juridiques d'un différend susceptible de présenter des facettes multiples et elle se soustraira à l'examen et à l'appréciation de tout ce qui n'est pas d'ordre juridique.

2. Conditions tenant à la validité de l'instance

Ces conditions de recevabilité ont trait à l'organisation judiciaire. Les règles de compétence, de forme et délais ou encore celles relatives à la réclamation sont parfois sanctionnées par des irrecevabilités qui affectent l'instance ou la procédure du fait de l'inobservation des principes régissant l'instance ou des règles de procédure. Il s'agit des conditions formelles de recevabilité et des conditions de recevabilité des réclamations internationales pour actes illicites.

(i) Formes

Les conditions formelles de recevabilité sont propres à chaque juridiction.⁵² Elles s'attachent à l'instance qui s'analyse comme la procédure engagée devant un organe juridictionnel dans l'exercice du droit d'action et dont l'objet est de faire valoir un droit contesté. Il s'agit d'actes successifs de procédure allant du dépôt de la requête au prononcé du jugement ou de l'ordonnance de radiation du rôle en cas de désistement d'instance. La validité de l'instance s'apprécie en fonction de l'observation des formes et délais relativement à l'acte introductif d'instance.

Il faut noter que la procédure juridictionnelle internationale est très peu formaliste. Il s'ensuit que les conditions de recevabilité formelle ne sont pas d'une importance décisive. En effet, « la Cour, exerçant une juridiction Internationale, n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne ».⁵³

Aux termes de l'article 40 paragraphe 1 du Statut de la CIJ, les affaires sont portées devant la Cour, selon le cas, soit par notification du compromis, soit par une requête, adressées au Greffier, dans les deux cas, l'objet du différend et les parties doivent être indiqués. Les dispositions de forme concernent plutôt la saisine par voie de requête.

L'article 38 du Règlement de la CIJ indique en effet que:

« 1. Lorsqu'une instance est introduite devant la Cour par une requête adressée conformément à l'article 40 paragraphe 1, du Statut, la requête indique la partie requérante, l'Etat contre lequel la demande est formée et l'objet du différend.

2. La requête indique autant que possible les moyens de droit sur lesquels le demandeur prétend fonder la compétence de la Cour, elle indique en outre la nature précise de la demande et contient un exposé succinct des faits et moyens sur lesquels cette demande repose ».⁵⁴

52. Voir par ex. Convention Européenne des Droits de l'Homme: art. 2; Règlement Commission des Droits de l'Homme: art. 47 paragraphe 1; commission du Droit international, projet d'articles sur la responsabilité internationale (Version 2001); art. 45.

53. Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine, op. cit. p. 34.

54. Voir également le Statut du TIDM, article 24 paragraphe 1 et les articles 54 et suivants de son Règlement.

Il faut rappeler que la Cour ne s'est pas encore refusée à procéder à l'examen d'un différend au fond pour des raisons de forme. Elle n'a pas non plus accueilli à ce jour une exception relative à une pièce de procédure imparfaite. Dans l'affaire du Cameroun septentrional, elle dit: « La Cour ne saurait être indifférente à l'inobservation, par le demandeur et par le défendeur, des dispositions du Règlement élaboré conformément à l'article 30 du Statut. La Cour permanente de Justice internationale a cru devoir rechercher à plusieurs reprises si les prescriptions de forme de son Règlement avaient été respectées. Dans ces questions de forme, elle avait tendance à « adopter une interprétation large » (affaire de la Société commerciale de Belgique, CPJI, Série A/B, No. 78, p. 173)... si aucune autre raison ne l'empêchait, à son avis, d'examiner l'affaire au fond, elle ne refuserait pas de le faire en prenant comme motif l'absence de ce que la Cour permanente a appelé dans l'affaire de l'interprétation du statut du territoire de Memel «la méthode opportune et appropriée pour soumettre la divergence d'opinions à la Cour» (CPJI, Série A/B, No. 49, p. 311).⁵⁵

Qui plus est, la Cour peut faire abstraction des imperfections de forme des pièces qui lui sont soumises comme elle a eu à l'indiquer dans des arrêts antérieurs.⁵⁶

(ii) Les délais

En ce qui concerne la question des délais, elle regarde pour l'essentiel les pièces de procédure intervenant en cours d'instance. La procédure des juridictions permanentes n'impose pas de délai pour le dépôt de l'acte introductif d'instance.⁵⁷ Cependant, leurs actes institutifs et autres documents de base fixent des délais pour toute une série de pièces ou actes et pour les procédures incidentes. Ces textes prévoient en outre

55. Aff. du Cameroun septentrional, op. cit., pp. 27-28.

56. Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine, op. cit., p. 34 ; Affaire de Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, op. cit., p. 14 ; Affaire de l'interprétation des arrêts Nos 7 et 8, CPJI, Série A No. 13 (1927), p. 16.

57. L'Affaire des Appels contre certains jugements du Tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque est l'unique affaire portée devant la CPJI où une exception préliminaire d'irrecevabilité s'est fondée sur l'inobservation du délai prescrit par le titre de compétence pour l'introduction d'un recours. En raison du désistement du demandeur, la Tchéco-Slovaquie, la Cour n'a pu se prononcer sur cette exception. Voir, CPJI, Série A/B, No. 56 (ordonnance du 12 mai 1933), p. 162.

que les Cours et Tribunaux fixent les délais pour l'introduction de certaines pièces de procédure ; en particulier celles ayant trait à la procédure écrite. Ceci résulte du fait que ces juridictions déterminent par un règlement le mode suivant lequel elles exercent leurs fonctions. Elles règlent notamment leur procédure comme le leur reconnaît leur statut respectif.⁵⁸

Dans ce domaine des délais également, la procédure juridictionnelle internationale est très peu formaliste. Les juridictions veillent essentiellement à l'égalité des parties sans pointillisme inutile.

Dans l'affaire *Losinger & Cie, S.A.*, le demandeur, la Suisse, a invoqué « l'invalidité en la forme de l'acte introductif de l'exception du Gouvernement yougoslave ». La demande formulée à ce titre par le Gouvernement suisse dans ses conclusions apparaît comme fondée sur les deux motifs suivants :

« 1. L'acte introductif n'a été présenté dans le délai fixé par la Cour qu'en un seul exemplaire; le dépôt en cinquante exemplaires imprimés n'a pas été effectué avant l'expiration du délai; ainsi, les dispositions de l'article 40 alinéas 1 et 4, du Règlement en vigueur n'auraient pas été observées par le Gouvernement yougoslave ;

2. L'exception du Gouvernement yougoslave n'a pas été présentée dans le délai imparti en premier lieu pour le dépôt du Contre-Mémoire, mais seulement dans le délai fixé après deux prolongations accordées par la Cour sur demande dudit Gouvernement; celui-ci serait ainsi allé à l'encontre de l'esprit de l'article 38 du Règlement en vigueur avant le 11 mars 1936 et de l'article 62, alinéa 1, du Règlement actuel, lesquels, en définissant le délai pour la présentation d'une exception préliminaire, ne viseraient que le premier délai fixé par la Cour pour le dépôt du contre-mémoire et n'y feraient pas rentrer « les prorogations ultérieurement accordées par la Cour à une partie ».⁵⁹

La Cour, considérant, en fait, qu'elle a accepté l'acte introductif de l'exception, lequel a été l'objet d'une ordonnance du Président suivie d'une procédure écrite et orale; que la question soulevée par le Gouver-

58. Voir en ce qui concerne le TIDM, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer: art. 290 (mesures conservatoires); art. 292 (prompte mainlevée); Statut: art. 16 ; art. 27. Règlement adopté le 28 octobre 1997: art. 46 ; art. 54; art. 59 ; art. 61 ; art. 69 ; 112.

59. Affaire *Losinger & Cie, S.A.*, exception préliminaire, ordonnance du 27 juin 1936, CPJI, Serie A/B, No. 67 (1936), p. 22.

nement suisse concerne moins les droits des parties que l'organisation des travaux de la Cour et son administration interne ; qu'en tout cas, la Cour aurait le pouvoir, conformément à l'article 37, alinéa 4, du Règlement, de décider dans certaines conditions « qu'un acte de procédure fait après l'expiration du délai fixé est considéré comme valable ».

En ce qui concerne en particulier le premier des motifs allégués par le Gouvernement suisse, que, tant selon la pratique constante de la Cour que d'après la genèse de l'article 40 du Règlement, cet article ne vise, en employant l'expression « pièce de la procédure écrite », que les mémoires, contre-mémoires, réplique et duplique (art. 43 du Statut; art. 41 du Règlement), à l'exclusion des actes introductifs d'instance, requêtes ou compromis ; que cette interprétation résulte également du contexte (art. 39 al. 4, du Règlement) ainsi que de la place de l'article 40 dans le Règlement; que, d'après la pratique de la Cour et les principes régissant la tenue du rôle général (art. 20 du Règlement), les actes introductifs d'exceptions préliminaires sont, au présent point de vue, assimilés aux actes introductifs d'instance.

La Cour ajoutera relativement au second motif allégué par le Gouvernement suisse, qu'en principe un délai prolongé est à toutes fins le même délai que le délai primitivement fixé. Elle a pu sur ces bases disposer des deux exceptions du demandeur.

b. Conditions de recevabilité des réclamations Internationales pour actes illicites

(i) La nationalité du réclamant

La protection diplomatique peut s'étendre à toutes les personnes, physiques ou morales, qui peuvent se prévaloir de la nationalité de l'Etat réclamant. C'est donc normalement de la nationalité que résulte le lien qui unit le particulier lésé et l'Etat réclamant. C'est ce qu'énonce la Cour permanente dans l'affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis : « En prenant fait et cause pour l'un de ses ressortissants, en mettant en mouvement en sa faveur l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, l'Etat fait valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international. Ce

droit ne peut être nécessairement exercé qu'en faveur de son national, parce que, en l'absence d'accords particuliers, c'est le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui seul donne à l'Etat le droit de protection diplomatique ». ⁶⁰

Il revient à chaque Etat de déterminer de manière souveraine les conditions d'acquisition et de perte de la nationalité des sujets de droit soumis à son autorité. Il s'agit d'une compétence exclusive. Comme l'a indiqué la Cour permanente, « dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont en principe, de l'avis de la Cour, comprises dans le domaine réservé à la compétence exclusive de l'Etat ». ⁶¹

Cette opinion fut confirmée par la Cour Internationale de Justice dans l'affaire Nottebohm dans les termes les plus clairs: le droit international laisse à chaque Etat le soin de régler l'attribution de sa propre nationalité » ⁶². Le principe de la compétence exclusive connaît cependant quelques exceptions.

D'abord, le contrôle du juge tendant à vérifier si le particulier lésé possède effectivement la nationalité par lui revendiquée. La Cour Internationale de Justice a eu à se prononcer sur cet aspect.

Dans l'affaire Nottebohm, elle dit :

« Pour se prononcer sur la recevabilité de la requête, la Cour doit rechercher si la nationalité que le Liechtenstein a conféré à Nottebohm par une naturalisation intervenue dans les circonstances qui ont été rappelées peut être valablement invoquée à l'égard du Guatemala, si elle donne au Liechtenstein un titre suffisant pour exercer la protection de Nottebohm vis-à-vis du Guatemala et en conséquence saisir la Cour d'une réclamation concernant cette personne. La Cour n'entend pas sortir

60. Affaire du Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, arrêt du 28 février 1938 (Estonie c/ Lituanie), CPJI, Série A/B, No. 74, p. 28.

61. Avis consultatif du 7 février 1923 relatif à l'affaire franco-britannique des décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc, CPJI, Série B., No. 4, p. 24.

62 Affaire Nottebohm, deuxième phase, arrêt du 6 avril 1955, CIJ Recueil 1955, p. 23 ; le Tribunal arbitral chargé de trancher le différend relatif au filetage à l'intérieur du Golfe du Saint-Laurent a rappelé « que le droit, pour un Etat de déterminer par sa législation les conditions d'immatriculation des navires en général, et des bateaux de pêche en particulier, relève de la compétence exclusive de cet Etat », Sentence du 17 juillet 1986, paragraphe 27 ; voir également l'affaire du Navire « SAIGA » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c/ Guinée), arrêt du 1er juillet 1999, TIDM Recueil 1999, pp. 47-48, paragraphes 103-109 ; voir en outre l'Opinion dissidente du Juge Tafsir Malick Ndiaye en la même affaire, pp. 234-257.

du cadre limité de la question qu'il lui faut résoudre, à savoir si la nationalité conférée à Nottebohm peut être invoquée vis-à-vis du Guatemala pour justifier la présente procédure. Elle doit la résoudre sur la base du droit international, ce qui est conforme à la nature de la question posée et à celle de sa propre mission ». ⁶³

Ensuite, la compétence exclusive de l'Etat relative à l'attribution de la nationalité à une autre exception dans le fait qu'un Etat n'est guère tenu de reconnaître une nationalité conférée en violation de la coutume internationale, des conventions particulières ou encore des principes reconnus en la matière. ⁶⁴

Enfin, il y a l'exception d'inopposabilité des naturalisations actives telle qu'elle est dégagée par la Cour Internationale de Justice dans l'affaire Nottebohm. Selon la Cour:

« Plutôt que demandée pour obtenir la consécration en droit de l'appartenance en fait de Nottebohm à la population du Liechtenstein, cette naturalisation a été recherchée par lui pour lui permettre de substituer à sa qualité de sujet d'un Etat belligérant la qualité de sujet d'un Etat neutre, dans le but unique de passer ainsi sous la protection du Liechtenstein et non d'en épouser les traditions, les intérêts, le genre de vie, d'assumer les obligations - autres que fiscales - et d'exercer les droits attachés à la qualité ainsi acquise. Le Guatemala n'est pas tenu de reconnaître une nationalité ainsi octroyée. En conséquence, le Liechtenstein n'est pas fondé à étendre sa protection à Nottebohm à l'égard du Guatemala et il doit être pour ce motif déclaré irrecevable en sa demande». ⁶⁵

En ce qui concerne le moment auquel doit être appréciée la nationalité du particulier lésé pour que la réclamation soit considérée comme recevable, la demande doit être nationale à l'origine, c'est-à-dire que le

63. Affaire Nottebohm pré citée, CIJ Recueil 1955, pp. 16-17.

64. Dans l'avis relatif à l'acquisition de la nationalité polonaise, la Cour permanente a indiqué que le principe « n'est applicable que sous réserve des engagements conventionnels » souscrits par l'Etat: voir CPJI, avis du 15 septembre 1923, Série, No. 7, p. 16 ; La même règle est énoncée à l'article 1er de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 relative à certaines questions portant sur les conflits de lois sur la nationalité: « Il appartient à chaque Etat de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux. Cette législation doit être admise par les autres Etats, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité ».

65. Affaire Nottebohm, op. tit., p. 26.

réclamant doit posséder la nationalité de l'Etat demandeur à la date de survenance du fait illicite.⁶⁶ Pour ce qui est de la continuité de la nationalité, s'il paraît suffisant au plan procédural de lier la recevabilité de la réclamation au moment de son endossement par l'Etat réclamant devant la juridiction internationale, la règle de la possession ininterrompue de la nationalité depuis l'acte illicite jusqu'à la décision finale ou à la clôture des débats est aussi avancée.⁶⁷

(ii) L'épuisement des voies de recours internes

La règle a pour objet de réaliser l'équilibre entre la souveraineté des Etats et les exigences du droit international. La protection diplomatique est une voie exceptionnelle qui ne peut ouvrir une procédure internationale qu'après l'épuisement des voies de recours internes. La règle se présente ainsi comme une exception d'irrecevabilité à la disposition de l'Etat défendeur lequel peut l'invoquer in limine litis au début de l'instance en réparation.

C'est dire que le particulier lésé ne peut tenter d'obtenir la protection de son Etat que s'il a, au préalable, épuisé les voies de recours internes qui lui sont offertes par le système juridique de l'Etat dont il demande réparation.

Dans l'affaire ELSI, la Cour Internationale de Justice a dégagé les caractères intrinsèques de la règle. Elle dit : « ... la règle relative aux recours internes n'exige pas et ne saurait exiger qu'une demande soit présentée aux juridictions internes sous une forme et avec des arguments convenant à un tribunal international, celui-ci appliquant un autre droit à d'autres parties; pour qu'une demande internationale soit recevable, il

66. Affaire du Chemin de fer précitée.

67. Dans l'affaire des réclamations britanniques pour dommages survenus dans la zone espagnole du Maroc, sentence arbitrale rendue le 1er mai 1925 par le Pr. Max Huber, on peut lire: « C'est un principe bien établi de la jurisprudence internationale qu'une réclamation doit être, nationale du point de vue de l'Etat demandeur de l'origine jusqu'à sa présentation comme réclamation de droit international. Par présentation, il faut comprendre non seulement la première présentation par la voie diplomatique, mais la totalité des actes par lesquels la réclamation est soutenue sur la base du droit international. Il en résulte que le caractère national de la demande doit exister jusqu'au moment du jugement où tout au moins jusqu'à la clôture des débats », RSA, Vol. II p. 706. En ce qui concerne le changement de nationalité, et la question des personnes morales, voir Ch. Rousseau, op. cit. (note 1), pp. 121-151

suffit qu'on ait soumis la substance de la demande aux juridictions compétentes et qu'on ait persévéré aussi loin que le permettent les lois et les procédures locales, et ce sans succès ». ⁶⁸ L'épuisement préalable des recours internes apparaît ainsi comme une condition de recevabilité de la demande.

(iii) La conduite du réclamant dans l'ordre interne

L'étranger a droit à la légalité interne de son pays de résidence. En revanche, il a l'obligation de se conformer aux lois et règlements dudit pays. Leur violation par l'étranger serait une cause d'irrecevabilité de la réclamation formée en sa faveur. Sa conduite ne doit donc pas contribuer à la réalisation du dommage qu'il a subi et pour lequel on tente d'obtenir réparation : ignorance de la législation interne ; négligence ; immixtion dans les affaires de l'Etat d'accueil ; agitation politique ; acceptation d'une fonction publique à l'étranger, etc. ⁶⁹

Telles sont les conditions essentielles de recevabilité de l'action contentieuse laquelle est un pouvoir légal, conféré au sujet de droit, de

68. Affaire de Elettronica Sicula S.p.A (ELSI), (Etats-Unis d'Amerique c. Italie), arrêt du 20 juillet 1989, CIJ Recueil 1989, p. 46, paragraphe 59 ; voir également l'affaire du navire « SAIGA » (No. 2) devant le TIDM, op. tit., pp. 43-47, paragraphes 89 à 102. Voir en outre, le Deuxieme rapport du Rapporteur special de la CDI, J. Dugard, sur la protection diplomatique. Doc. A/CN. 4/514, 53eme session (avril-aout 2002).

69. Il existe d'autres facteurs qui affectent la recevabilité des réclamations dans la mise en jeu de la responsabilité internationale en faveur des particuliers lésés. D'abord, la renonciation qui désigne la volonté d'abandonner une réclamation. Elle doit émaner de l'Etat seul détenteur du droit d'action. Le désistement apparaît comme une variante de la renonciation en ce qu'il met un terme à l'instance par la volonté du demandeur ou à l'action exercée par lui. Ensuite, il y a la transaction, souvent conventionnelle dont l'objet est de régler à l'amiable le litige et qui éteint la réclamation rendant ainsi l'action du demandeur irrecevable. La transaction peut intervenir avant l'ouverture ou durant le cours de la procédure. Apres, il y a l'autorité de la chose jugée entre les parties au différend tranche et qui s'impose aux nationaux des Etats en cause et qui rendrait par conséquent irrecevable une action en protection diplomatique pour l'affaire dans laquelle la règle est applicable et sur les points tranches par la décision juridictionnelle définitive. Il y a enfin la prescription extinctive ou libératoire qui se pose lorsqu'un temps long s'écoule entre le moment de la survenance du dommage et celui de la présentation de la réclamation. Le point de savoir si la prescription extinctive ou libératoire de l'action internationale en réparation doit s'appliquer ou non relève de la liberté d'appréciation du juge. C'est pourquoi, le principe a donné naissance à des solutions jurisprudentielles nombreuses et variées mais également à des controverses doctrinales très savantes.

saisir le juge. Son titulaire doit cependant remplir les conditions procédurales auxquelles est subordonnée la requête.

II. Recevabilité de la requête

La requête ou demande en justice est l'acte de procédure par lequel un Etat saisit la juridiction internationale pour obtenir d'elle la sanction d'un droit dont il prétend être le titulaire. Cet acte introductif d'instance à deux aspects intimement liés, mais qu'il faut aussi distinguer.

Il est d'une part un acte *instrumentum*, document écrit obéissant et donnant effet à des prescriptions de forme prédéterminées: désignation des parties à la procédure ; partie requérante / partie défenderesse; objet du différend; signature de l'original de la requête par l'agent ou le représentant diplomatique dans le pays du siège de la juridiction ; condition d'inscription de la requête au rôle des affaires, etc. Il recueille la trace de l'accord de volonté issu du compromis ou de la manifestation de volonté de l'Etat demandeur dans le cas de la saisine unilatérale, par voie de requête.

D'autre part, la requête est aussi un acte *negotium*. Le *negotium* constitue la substance même de l'acte. C'est l'accord de volonté entre les parties à l'instance dans un compromis ou la manifestation de volonté de l'Etat auteur de l'acte introductif d'instance dans le cas de la saisine unilatérale. C'est l'acte *negotium* qui contient les « demandes » ou prétentions [petita] que les parties ou le requérant soumettent à la décision du juge. Ces prétentions de droit des parties dont la sanction est demandée au juge sont consignées dans leurs conclusions respectives qui énoncent les positions des litigants et sur la base desquelles la juridiction statue sur le différend. La distinction entre l'*instrumentum* et le *negotium* revêt une importance particulière pour l'interprétation de l'acte juridictionnel⁷⁰.

70. Voir Brierly, Rapport sur le droit des traités, Doc. A/CN.4/32, ILCYB, 1950, Vol. II, p. 298, paragraphe 30 ou l'auteur commente la distinction. Il dit: « A certain linguistic difficulty must, therefore, inevitably pervade the framing of rules for conclusion of treaties. This is specially the case when the term "treaty" is used primarily to connote the instrument or document embodying a binding agreement than the agreement itself... It is innocuous provided that it does not obscure the real nature of treaty which is a legal act or transaction rather than a document". Dans le même sens, voir Sir Gerald Fitzmaurice, Rapport sur le droit des traités, Doc. A/CN.4/101, ILCYB, 1956, Vol. II, art. 14, commentaire No. 24: « Considéré comme texte, le traité est un document plutôt qu'un acte ou une opération juridique. Cette ambiguïté apparaît chaque fois qu'on parle de traités parce qu'un traité est à la fois un document qui constate un accord et cet accord lui-même.

Dans une procédure ouverte par voie de requête, ce sont les conclusions des parties qui offrent au juge les termes de référence pour statuer. En revanche, dans le cas de la saisine de la juridiction par notification d'un compromis, «c'est dans les termes de ce compromis plutôt que dans les conclusions des Parties qu'elle doit rechercher quels sont les points précis sur lesquels il lui appartient de se prononcer». ⁷¹

Pour être recevable, la requête est assujettie aux conditions d'existence du droit d'agir en justice et à l'exercice de celui-ci.

I. Les conditions d'existence du droit d'action

Les conditions générales du droit d'action sont l'intérêt, la qualité et le préalable diplomatique selon une présentation traditionnelle.

a. *L'intérêt à agir*

La nécessité d'un intérêt est une exigence traditionnelle dans l'ordre interne. On y relève les maximes célèbres : «l'intérêt est la mesure de l'action» ou encore «pas d'intérêt, pas d'action». C'est que dans ce système juridique, la recevabilité de l'action en justice est assujettie à l'existence d'un intérêt en cause.

Pour autant, la nature de l'intérêt requis à l'appui de la demande en particulier lorsque celle-ci est introduite par voie de requête à fait l'objet de controverses dans l'ordre international.⁷² L'intérêt y a été parfois perçu comme ayant un caractère purement procédural, c'est-à-dire celui d'obtenir de la juridiction saisie une décision au fond. Si l'intérêt joue un rôle particulier dans l'ordre interne où il constitue une condition de l'action, c'est que les systèmes juridiques internes n'utilisent pas la

Dans la première acception, il peut y avoir traite, même si le traité n'est pas en vigueur ou a cessé de l'être (c'est-à-dire bien qu'il ne subsiste pas d'accord en tant qu'accord juridique). Néanmoins, pour assurer en fin de compte la validité de l'accord, il est essentiel que celui-ci doit être rédigé, établi et authentifié par les moyens et dans les formes convenables. En effet, si, en droit, le texte ne constitue pas lui-même l'accord, il est du moins la preuve indispensable et généralement unique de la teneur de l'accord. La valeur primordiale du texte d'un traité uniquement en soi, est donc sa valeur de preuve. Il faut donc par conséquent que le texte fasse foi et, pour cela qu'il remplisse certaines conditions en matière de forme et de méthode».

71. Affaire du « LOTUS », arrêt du 7 septembre 1927, CPJI, Serie A, No. 10, p. 12.

72. Voir G. Abi-Saab. op. cit., pp. 130-145.

notion de différend qui est fondamental dans la procédure juridictionnelle internationale.⁷³

Selon le Juge Morelli, la Cour Internationale de Justice:

« ne peut exercer sa fonction en matière contentieuse si un différend n'existe pas entre les Parties ... Or, pour ce qui est du différend international, si un tel différend existe - et l'on a déjà dit que l'existence d'un différend constitue, par elle-même, une condition à laquelle est subordonnée la possibilité d'une décision sur le fond- il est clair qu'il y a en tout cas l'intérêt de l'une ou l'autre Partie à ce que le différend soit réglé. L'intérêt à obtenir une décision sur le fond est «in re ipsa » parce qu'il est une conséquence nécessaire de l'existence même du différend. On voit que la notion d'intérêt à agir n'a pas une place autonome dans le domaine de la procédure internationale ».⁷⁴

Il n'y a guère de doute que l'existence d'un différend est une condition préalable à l'exercice de toute juridiction contentieuse dans la procédure internationale. En revanche, la conception de l'intérêt de l'éminent juge révèle une légère confusion entre l'action et sa condition d'existence.

On doit admettre que l'intérêt est une condition première de la recevabilité de la requête devant les juridictions internationales comme devant les tribunaux internes. Le demandeur doit, par conséquent, établir l'existence de l'intérêt qui est pour lui à protéger afin que la juridiction puisse prendre sa décision au fond. En cela l'intérêt est une condition importante de recevabilité de l'action dans la procédure internationale.

Il se trouve que ni le Statut, ni le Règlement de la CIJ ne mentionne l'intérêt à agir comme une condition de recevabilité de la requête. C'est la jurisprudence de la Cour qui en établit le régime.

Dans l'affaire du Cameroun septentrional (exceptions préliminaires), le Royaume-Uni faisait valoir qu'un Membre des Nations Unies non partie à l'accord de tutelle sur le Cameroun n'a aucun «intérêt juridique » à introduire une action contre la manière dont le Royaume-Uni s'est acquitté de ses obligations autres que celles spécialement prévues par l'accord de tutelle en faveur des Etats tiers et de leurs ressortissants.⁷⁵ Le Cameroun soutenait pour sa part, qu'il avait non seulement un inter-

73. Voir l'Opinion individuelle du Juge Morelli en l'affaire du Cameroun septentrional, op. cit., pp. 131-132.

74. Ibid.

75. CIJ, Recueil des mémoires, 1963, p. 56 et suivantes.

net juridique suffisant à agir devant la Cour en sa qualité de Membre des Nations Unies mais également « un intérêt plus personnel, plus direct et infiniment plus précis que ne l'aurait n'importe quel autre Etat d'Europe, d'Afrique, d'Asie ou d'Amérique ». ⁷⁶

La Cour a admis la recevabilité de la requête camerounaise après avoir reconnu son intérêt individuel en particulier « le fait incontestable que si le plébiscite du Cameroun septentrional n'avait pas été favorable à l'union avec la Fédération du Nigeria, il aurait été favorable à l'union avec la République du Cameroun... ». ⁷⁷

En revanche, la Cour s'est refusée à statuer au fond sur la demande du Cameroun. Elle n'a pas accueilli l'argument suivant lequel l'intérêt invoqué par le requérant était un intérêt judiciaire susceptible de donner lieu à une décision juridictionnelle. Dans l'affaire du Sud-ouest africain (exceptions préliminaires), l'Union sud-africaine a invoqué l'absence d'intérêt à agir pour s'opposer à la recevabilité des requêtes contre elle introduites par l'Ethiopie et le Liberia.

Sa troisième exception faisait valoir que le conflit soumis à la Cour « n'est pas, eu égard à sa nature et à sa teneur, un « différend », comme il est prévu à l'article 7 du Mandat pour le Sud-ouest africain et cela particulièrement en tant qu'aucun intérêt concret des Gouvernements d'Ethiopie et/ou du Liberia ou de leurs ressortissants n'est affecté en l'espèce ». ⁷⁸

La Cour répondra que le différend est un différend comme il est prévu à l'article 7 du Mandat et que l'exception doit être rejetée. ⁷⁹ Dans sa décision au fond sur la même affaire, la cour dit :

« ... Les Etats ne peuvent se présenter devant la Cour à titre individuel qu'en tant que parties à un différend avec un autre Etat, même s'ils ne cherchent qu'à obtenir un jugement déclaratoire. Au moment où ils se présentent devant la Cour, ils doivent, ne poursuivraient-ils qu'un objectif aussi limité, établir qu'ils ont, vis-à-vis du défendeur en l'espèce, un droit ou un intérêt juridique au regard de l'objet de la demande leur permettant d'obtenir les déclarations qu'ils sollicitent, ou, en d'autres termes, qu'ils sont des parties devant lesquelles l'Etat défendeur est responsable en vertu de l'instrument ou de la règle de droit pertinente ». ⁸⁰

76. Ibid. p. 346.

77. Affaire du Cameroun septentrional, op. cit., arrêt, p. 28.

78. Affaire du Sud-Ouest africain, op. cit., Recueil 1962, p.327.

79. Ibid. p. 343. Voir supra, première partie, paragraphe 1 sur l'existence du différend et le raisonnement de la Cour.

80. Arrêt du 18 juillet 1966 (fond), CIJ Recueil 1966, p. 34.

La Cour refusera ainsi de donner suite aux demandes de l'Ethiopie et du Liberia. Elle précisera en outre que l'existence d'un différend ne dispense pas le demandeur de la justification d'un droit ou intérêt juridique à l'égard de l'objet de la demande, même si ce différend entre, comme en l'espèce, dans la catégorie de ceux pour lesquels une clause juridictionnelle lui donne compétence. L'existence d'un différend, selon la Cour, établit simplement, dans ce cas, qu'elle est compétente. Elle ne prouve pas nécessairement que le demandeur a un intérêt suffisant à ce qu'elle se prononce sur le fond.⁸¹

La manière dont la Cour a tranché cette affaire du Sud-ouest africain révèle une contradiction de sa part.

Par son arrêt du 21 décembre 1962, elle avait rejeté la troisième exception à la suite d'un examen sommaire de la question de fond à laquelle cette exception avait trait et qui concernait l'existence des droits substantiels que les demandeurs prétendaient avoir en leur qualité d'anciens membres de la Société des Nations, par rapport à l'objet de leurs demandes. En effet, se référant à l'article 7 du Mandat de la Société des Nations pour le Sud-ouest africain, la Cour affirmait en 1962 que : « la portée et l'objet manifestes des dispositions de cet article indiquent en effet qu'on entendait par là que les Membres de la Société des Nations eussent un droit ou un intérêt juridique à ce que le Mandataire observât ses obligations à la fois à l'égard des habitants du territoire sous Mandat et à l'égard de la Société des Nations et de ses Membres ». ⁸²

Avec l'arrêt du 18 juillet 1966 (fond), la Cour conclut : « Se fondant sur les considérations qui précèdent, la Cour constate que les demandeurs ne sauraient être considérés comme ayant établi l'existence à leur profit d'un droit ou intérêt juridique au regard de l'objet des présentes demandes ; en conséquence la Cour doit refuser d'y donner suite ». ⁸³

Pour justifier son attitude, la Cour a considéré que dans son arrêt de 1962, elle s'était simplement prononcée sur sa compétence à statuer sur le fond et qu'elle n'avait pas tranché la question relative à la recevabilité de la demande.⁸⁴ Elle distinguera la qualité des demandeurs de leur aptitude à se présenter devant la Cour. Examinant la question de la qualité, elle dira qu'« il restait aux demandeurs à établir au fond qu'ils avaient

81. Ibid. pp. 37-42.

82. CIJ Recueil 1962, p. 343.

83. CIJ Recueil 1966, p. 51.

84. Ibid pp. 42-43.

un droit ou intérêt juridique quant à l'exécution des dispositions par eux invoqués et qu'ils étaient fondés à obtenir de la Cour des déclarations par eux sollicitées ». ⁸⁵

La Cour a pu ainsi juger que le système des mandats ne fonde le droit d'action des Etats Membres de la SDN que sur leurs intérêts directs et personnels et non sur l'intérêt général au respect des obligations imposées au mandataire. L'on peut comprendre pourquoi le prétoire de cette juridiction a été déserté pendant de longues années à la suite de cet arrêt.

L'appréciation de l'intérêt du demandeur en intervention⁸⁶ est quant à elle très différente. « Sous quelque forme que l'intervention se présente, l'intérêt dont elle se réclame est soumis au contrôle de la Cour. C'est que l'intervention, par sa nature, est un incident de procédure qui implique l'immixtion d'un tiers dans une instance en cours, immixtion qui ne peut se justifier que par l'existence d'un rapport de connexité entre l'objet de l'instance principale et les intérêts du requérant en intervention ». ⁸⁷

Les articles 62 et 63 du Statut et les articles 81 et 82 du règlement de la CIJ admettent la procédure d'intervention devant la Cour et envi-

85. Ibid. p. 38. Lorsque l'on a soutenu que les Etats peuvent demander qu'un principe général soit observé et qu'ils peuvent avoir un intérêt juridique à réclamer devant la Cour le respect d'un principe de droit international en l'absence de tout préjudice matériel, la Cour rétorquera que « sans chercher à discuter jusqu'à quel point et dans quelles circonstances particulières cela peut être vrai, il suffira de signaler que si la Cour juge en l'espèce que les demandeurs n'auraient pu avoir de droits ou intérêts juridiques à l'égard des dispositions du Mandat relatives aux intérêts particuliers, ce n'est nullement pour le seul motif que leur objet est concret et tangible. De même si la Cour estime que les demandeurs n'ont pas individuellement comme Etats de droits ou intérêts juridiques à l'égard des dispositions relatives à la gestion, ce n'est pas parce que de tels droits ou intérêts juridiques n'auraient pas d'objet concret et tangible. La Cour juge simplement que ces droits et intérêts juridiques ne sauraient exister que s'ils ont été clairement conférés à ceux qui les revendiquent par un texte, un instrument ou une règle de droit et qu'en l'espèce on n'en a jamais conféré aux Membres de la SDN à titre individuel, que ce soit par l'un des instruments pertinents ou dans le cadre général du système des mandats ou d'une autre manière », voir CIJ Recueil 1966, pp. 32-33.

86. Comme l'indique la Cour permanente, « elle a pour fondement l'intérêt d'ordre juridique allégué par l'intervenant; et il appartient à la Cour de ne l'accueillir que si l'existence de cet intérêt lui parait suffisamment justifiée ». Affaire du Vapeur « Wimbledon » (arrêt du 28 juin 1923), CPJI, Serie A, No. 1, p. 12.

87. Ch. de Visscher, op. cit. (note 1), p. 66.

sagent deux cas distincts d'intervention. Dans le premier cas, le demandeur « estime que, dans un différend, un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause ». Dans le second cas de figure, la procédure d'intervention est ouverte à tous les Etats qui ont participé avec les Etats Parties au litige à une convention dont l'interprétation est mise en cause dans l'instance. Cette intervention est de droit.

Dans l'affaire du Vapeur Wimbledon, l'Allemagne ayant contesté aux requérants le droit d'intenter une action contre elle, ceux-ci ont répliqué que «les quatre puissances de qui émane la requête sont intéressées au respect du principe du libre passage dans le canal de Kiel et à l'exacte exécution des clauses du Traité de Versailles ».

Sur la recevabilité de la demande dans les termes où elle est soumise à la Cour - le défendeur s'en est remis sur ce point à son appréciation - la Cour permanente l'accueille sans hésitation. Elle dit:

« La Cour estime que la recevabilité de la demande, telle qu'elle a été formulée dans la requête introductive d'instance, ne peut faire doute. Il suffit d'observer en l'espèce que chacune des Puissances demanderesse à un intérêt évident à l'exécution des stipulations qui concernent le canal de Kiel, puisqu'elles ont toutes des flottes et des navires marchands battant leur pavillon; elles rentrent donc, sans qu'il soit besoin pour elles de justifier d'un intérêt pécuniaire lésé, dans les prévisions de l'article 386, dont l'alinéa 1er est ainsi conçu :

« Au cas de violation d'une des dispositions des articles 380 à 386, ou en cas de désaccord sur l'interprétation de ces articles, toute Puissance intéressée pourra faire appel à la juridiction instituée dans ce but par la Société des Nations. »⁸⁸

La Cour Internationale de Justice a quant à elle rejeté la plupart des demandes d'intervention de droit pour défaut d'intérêt juridique pour

88. CPJI, Serie A, No. 1 (17 aout 1923), p. 20.

les Etats en cause⁸⁹. Cependant, dans l'affaire Haya de la Torre où elle fut saisie par le Gouvernement cubain d'une requête à fin d'intervention laquelle fut très contestée au motif qu'il s'agit d'une tentative de recours contre l'arrêt de la Cour, relatif à l'affaire du droit d'Asile, en date du 20 novembre 1950, la demande a été accueillie. Le Gouvernement cubain justifiait sa requête par la nécessité où se trouvait la Cour d'interpréter un nouvel aspect de la Convention de La Havane, aspect que n'avait eu à retenir l'arrêt du 20 novembre 1950. La Cour jugea que l'intervention ainsi délimitée répondait aux conditions de l'article 63 et pouvait être admise par application de l'article 66, paragraphe 2, du Règlement de la Cour.⁹⁰

b. La qualité pour agir

Dans la procédure internationale, la qualité s'entend du titre juridique qui permet à un sujet de droit international d'invoquer en justice le droit dont il demande la sanction. C'est le *Jus standi in Judicio* ou encore le *Locus standi*.

L'article 34 paragraphe premier du Statut de la Cour Internationale de Justice stipule que « seuls les Etats ont qualité pour se présenter devant la Cour ». L'article 20 du Statut du Tribunal International du Droit de la Mer dispose quant à lui:

« Article 20: *Acces au Tribunal*

1. Le tribunal est ouvert aux Etats Parties.

2. Le Tribunal est ouvert à des entités autres que les Etats Parties dans tous les cas expressément prévus à la partie XI (de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer) ou pour tout différend soumis en vertu de tout autre accord conférant au Tribunal une compétence acceptée par toutes les parties au différend».

89 - C'est le cas de Malte dans l'affaire du Plateau continental Tunisie-Libye, arrêt du 14 avril 1981, CIJ Recueil 1981, p. 19 ; de l'Italie dans l'affaire du Plateau continental Libye- Malte, arrêt du 21 mars 1984, CII Recueil 1984, pp. 1-28 ; de El Salvador dans l'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci : demande jugée irrecevable à ce stade, ordonnance du 4 octobre 1984, CIJ Recueil 1984, p. 215 ; c'est enfin le cas des Philippines dans l'affaire de la souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan, arrêt du 23 octobre 2001. pp. 3-33, paragraphes 1-95.

90 - Affaire Haya de la Torre (arrêt du 13 juin 1950), CIJ Recueil 1950, pp. 76-77.

De plus le paragraphe 2 de l'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui traite de la procédure de « Prompte mainlevée de l'immobilisation du navire ou prompte libération de son équipage », dispose que « la demande de mainlevée ou de mise en liberté ne peut être faite que par l'Etat du pavillon ou en son nom ».

Il faut relever que ces différentes dispositions relatives à la qualité et la conception qui les sous-tend traitent plutôt de la compétence générale *ratione personae* de ces deux juridictions internationales. Il s'agit des conditions posées par les parties qui se rapportent à la compétence, c'est-à-dire à l'exercice du pouvoir juridictionnel de ces organes : accès des Etats ou ouverture à d'autres entités⁹¹, ces dispositions n'envisagent pas la question de la recevabilité de la requête.

Les conditions de recevabilité relatives à la qualité sont celles ayant pour but d'assurer l'appartenance de la prétention en cause à la Partie qui la réclame directement ou en représentation. Il s'agit d'éviter, en effet, qu'un sujet de droit agisse alors que ce sont les intérêts d'un autre sujet qui sont en cause; à l'exception de l'hypothèse de la représentation en justice dont la mutabilité dans l'ordre international va plutôt - de nos jours - dans le sens de la désuétude. Dans ce cas, la qualité a un fondement conventionnel. Elle apparaît comme une condition de recevabilité de la requête qui la distingue de l'intérêt direct et personnel.⁹²

Le droit international général reconnaît quant à lui la qualité à faire valoir des réclamations internationales pour actes illicites. Il s'agit des conditions de la nationalité dans l'exercice de la protection diplomatique⁹³.

La qualité, regardée comme condition de recevabilité de la requête, est difficile à cerner. Elle ne peut être mise en lumière que dans des hypothèses très rares ou en voie de disparition. Elle n'est que très rarement

91 - Voir Affaire du « Grand Prince » (Belize C/ France), Émande de prompte mainlevée, arrêt fiud_29daViÎl 2001 TÎDM RCCUBÎ 2001. paragraphes 62 à 94: voir en outre l'opinion in vivo e du Juge Anderson dans cette même affaire et celle du Juge Wolfrum.

92 - Voir Affaire des Ressortissants des 'Etats-Unis au i/Iaroc, CIJ Recueil 1951, p. 109 et suivantes. La question de l'intérêt direct et personnel ou de la qualité a été développée par la CIJ dans les affaires du Sud-Ouest africain. Voir le commentaire de G. Abi-Saab op cit., pp.136-145. ''

93 - Voir supra, section I, 2. b.

une condition autonome du droit d'action. C'est l'intérêt qui se présente comme la véritable condition du droit d'action.

c. Les négociations diplomatiques préalables

Cette condition se rattache à celle de l'existence d'un différend⁹⁴. Elle révèle que le litige est arrivé à maturité pour être tranché par la juridiction internationale saisie. La condition des négociations diplomatiques préalables est une survivance du droit arbitral antérieur à l'institution des juridictions permanentes que nous connaissons aujourd'hui où elle était en général requise parce qu'étant le procédé le plus naturel entre Etats souverains pour aboutir au compromis ou à la clause compromissoire. Lorsque cette condition a été soulevée devant la Cour parce que prévue par le titre de compétence, elle lui a donné effet en soulignant, toutefois, son caractère relatif⁹⁵.

La Cour permanente a eu l'occasion d'indiquer l'importance des négociations diplomatiques préalables comme moyen de détermination de l'objet du différend. Elle dit : « La Cour se rend bien compte de toute l'importance de la règle suivant laquelle ne doivent être portées devant elle que des affaires qui ne sont pas susceptibles d'être réglées par négociations ; elle reconnaît en effet, qu'avant qu'un différend fasse l'objet d'un recours en justice, il importe que son objet ait été nettement défini au moyen de pourparlers diplomatiques⁹⁶. Toutefois, la Cour a eu à indiquer qu'elle aurait examiné le fond d'une affaire en cas de défaut de la condition des négociations diplomatiques regardée comme une condition de forme même si elle était prévue par le titre de compétence⁹⁷.

C'est qu'on a voulu voir dans les négociations diplomatiques préalables une condition d'épuisement des recours internationaux par analogie avec l'ordre interne. Ce qui soumettrait le requérant à l'obligation

94 - Voir supra. section I, 1, a, (ii).

95 - Affaire des Concessions Mavrommatis, op. cit., où et des chances de réussites d'une négociation p. 13 ; de plus « pour l'application de cette règle, entre autres circonstances, de l'appré sont le mieux placés pour juger des motifs d'ordre solution diplomatique d'une contestation déte .minée », p. 15.

96 - Ibid. p. 15. La Cour était saisie de cette affaire par voie de compromis

97 - Affaire de Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, op. cit., p. 14. La Cour indique en outre : « l'absence de négociations divergence d'opinions exigée par l'article 23 de la Convention... n'aurait aucune portée déclarée prématurée, le Gouvernement allemand serait libre de la renouveler le lendemain », p. 22.

de mettre en demeure le défendeur éventuel avant l'ouverture d'une procédure internationale. Si cette règle se retrouve dans certaines conventions internationales évoquant un préalable diplomatique, sa consécration coutumière est pour le moins douteuse⁹⁸.

Dans l'affaire du droit de passage en territoire indien⁹⁹, le Gouvernement de ce pays avait soulevé une exception préliminaire tendant à faire admettre que l'action n'était pas recevable parce que le Portugal ne s'était pas « conformé à la règle de droit coutumier international » lui faisant obligation avant le dépôt de sa requête, « à entreprendre des négociations diplomatiques et à poursuivre jusqu'au moment où il eut été inutile de les poursuivre plus longtemps¹⁰⁰. Ainsi, la règle serait obligatoire en vertu du droit international général et elle exigerait non seulement le recours au préalable diplomatique mais encore la poursuite de ce processus jusqu'à son terme. Comme on a pu le faire observer :

« l'épuisement des négociations diplomatiques est une notion essentiellement relative, qu'on ne peut enfermer à priori dans des limites précises. Tout autre est, par exemple, la notion de l'épuisement des recours internes, qui joue, on le sait, un rôle considérable dans le domaine de la responsabilité internationale en raison de dommages causés à des personnes privées ... La situation est toute différente quand il s'agit de cette procédure beaucoup plus souple et beaucoup plus empirique qu'on désigne sous le nom de « négociations diplomatiques »... La Cour admet que le préalable diplomatique, là où il est expressément prévu par le droit conventionnel, est loin de comporter des exigences précises et que l'attitude négative d'une des Parties peut suffire pour autoriser l'autre à porter l'affaire devant la Cour, même si l'échange de vues n'a été que de très courte durée »¹⁰¹.

98 - Convention de La Haye relative au règlement 29 juillet 1899 : article 16 ; Convention I de La Haye relative au règlement pacifique des articles 14 ; Pacte de la Société des Nations du 28 juin 1919 : article 13 paragraphe 1, Acte général d'arbitrage [Accord de Genève, règlement pacifique des différends internationaux] du 26 septembre 1928 : article 39 paragraphe 2. '

99 - Affaire du droit de passage sur territoire indien (exceptions préliminaires), arrêt du 26 novembre 1957, CIJ Recueil 1957 ; voir également les Mémoires et Plaidoiries, Vol. 1, p. 117

100. Ibid

101- Voir M. Bourquin « Dans quelle mesure le recours à des négociations diplomatiques est-il nécessaire avant qu'un différend puisse être soumis à la juridiction internationale In hommage à une génération de juristes au Président Basdevant Paris, Editions, Pédone A, 1960, pp. 43-55, spéc. pp.47-48; voir en outre la note No. 40. supra.

Il apparaît par conséquent que le recours à la procédure judiciaire n'est pas assujéti à des négociations diplomatiques préalables et que les juridictions internationales peuvent être valablement saisies sans que les Parties n'aient épuisé le cours de ce processus. La détermination des conditions d'existence du droit d'action permet l'exercice de celui-ci.

2. L'exercice du droit d'action

L'exercice du droit d'action se traduit par des demandes et des moyens de défense.

a. Les demandes

La demande en justice est l'acte juridique par lequel un sujet de droit soumet à la juridiction une prétention de droit. L'on distingue habituellement la demande principale ou initiale et les demandes incidentes. La première aussi appelée demande introductive d'instance, est celle par laquelle un sujet de droit prend l'initiative de l'ouverture d'une procédure internationale en soumettant au juge ses prétentions de droit et qui donc introduit l'instance.

Les secondes sont celles qui interviennent alors que l'instance est déjà engagée. Elles doivent remplir certaines conditions en se greffant sur le procès en cours. Leur recevabilité est assujéti à leur rattachement à la demande initiale par un lien suffisant, un lien de connexité ou un intérêt juridique en cause. Il s'agit de la demande reconventionnelle, de la demande additionnelle et de l'intervention.

Les affaires sont portées devant la Cour, selon le cas, soit par notification du compromis, soit par une requête, adressées au Greffier, dans les deux cas, l'objet du différend et les parties doivent être indiqués¹⁰². Dans le cas de la saisine par voie de requête, celle-ci « 1)... indique la partie requérante, l'Etat contre lequel la demande est formée et l'objet du différend. 2) La requête indique autant que possible les moyens de droits sur lesquels le demandeur prétend fonder la compétence de la Cour, elle indique en outre la nature précise de la demande et contient un exposé

102 - Article 40 paragraphe premier du Statut de la Cour Internationale de Justice ; voir également l'article 24 paragraphe 1er du Statut du Tribunal International du Droit de la Mer.

succinct des faits et moyens sur lesquels cette demande repose»¹⁰³.

Dans l'affaire des Phosphates du Maroc, le Gouvernement français avait soulevé une exception déduite de l'obscurité de la demande motif pris de ce que le Gouvernement royal d'Italie « n'avait pas fait connaître l'objet de sa demande dans des conditions de précision et de clarté correspondant aux exigences d'une bonne administration de la justice, et aux prescriptions de l'article 32, alinéa 2 de l'article 42 du Règlement de la Cour »¹⁰⁴.

En réponse, la Cour se montrant plutôt libérale, a estimé que « les précisions qui ont été apportées au cours de la procédure écrite et de la procédure orale lui permettent de se former une idée suffisamment claire de l'objet de la demande contenue dans la requête du Gouvernement italien ».¹⁰⁵

La demande en justice permet à la juridiction de statuer. Dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, elle peut rendre une décision d'incompétence ou considérer que la procédure est irrégulière, ce qui est de nature à la conduire à déclarer la demande irrecevable, ou encore trancher le fond de l'affaire.

Pour ce faire, c'est la demande qui fixe le cadre de sa décision dans la mesure où la juridiction ne doit se prononcer que sur ce dont elle est saisie et pas au-delà. Il faut rappeler que le juge doit à ce propos tenir compte de la demande initiale et éventuellement des demandes incidentes formées après l'ouverture du procès. De plus, le juge doit se placer au moment de la demande pour apprécier celle-ci. Cette règle peut connaître des exceptions en matière de réclamations d'origine privée pour tenir compte du *lucrum cessans* ou du *damnum emergens*.

103 - Article 38 paragraphes 1 et 2 du Règlement de la CIJ ; voir aussi l'article 54 paragraphes 1 et 2 du règlement du TIDM.

104 - Affaire des Phosphates du Maroc, CPJI. Série A/B, No. 74, p. 16.

105 - Ibid. p. 21 ; Dans l'affaire du Cameroun septentrional, la Cour a eu à examiner une exception préliminaire du Royaume-Uni fondée 32 paragraphe 2 [article 38 paragraphe 2 actuel], du Règlement selon lequel, lorsqu'une affaire est portée devant la Cour, la requête doit contenir autant que possible l'indication précise de l'objet de la demande et un exposé des motifs par lesquels cette demande est prétendue justifiée. Faisant sienne de la Cour permanente de Justice internationale, la cour estime que, exerçant une juridiction internationale, elle n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne. Elle constate que la requête était suffisamment confirmée à l'article 32, paragraphe 2, du Règlement et que cette exception préliminaire est par la suite sans fondement ; Affaire du Cameroun septentrional op. cit., CIJ Recueil 1963, pp. 27-28

Dans l'affaire du Droit d'asile, à la question: faut-il comprendre l'arrêt du 20 novembre 1950 dans le sens qu'il convient de reconnaître des effets juridiques à la qualification faite par l'Ambassadeur de Colombie à Lima du délit imputé à Haya de la Torre ? La Cour constate qu'il s'agit d'un point que les parties ne lui avaient pas soumis: la Cour n'avait été appelée à se prononcer que sur une conclusion formulée par la Colombie en termes abstraits et généraux. Ceci permit à la Cour de déclarer : «Il y a lieu de rappeler le principe que la Cour a le devoir de répondre aux demandes des Parties telles qu'elles s'expriment dans leurs conclusions finales, mais aussi celui de s'abstenir de statuer sur des points non compris dans lesdites demandes ainsi exprimées ».¹⁰⁶

En revanche, elle n'est guère tenue de répondre aux motifs de fait ou de droit que les Parties sont censées évoquer pour étayer leur thèse respective. Elle a eu à opérer une distinction nette entre les motifs ou moyens invoqués à leur appui et les demandes estimant toutefois pouvoir fonder sa décision « sur telles raisons jugées par elle pertinentes et appropriées ».¹⁰⁷

Cette décision est rendue sur la base des conclusions finales des Parties qui peuvent faire l'objet de modifications au cours de la procédure. Toutefois, le principe d'immutabilité de l'instance s'oppose à la modification des conclusions dans des conditions qui modifieraient l'objet du différend - et non de la demande- tel qu'il a été établi dans l'acte introductif d'instance. La juridiction statue par conséquent dans le cadre des conclusions finales des Parties lorsqu'elle estime recevables les amendements qu'elles y auraient apportés au cours de la procédure écrite ou orale.

106 - Arrêt du 27 novembre 1950 interprétatif de l'arrêt du 20 novembre 1950 (affaire du Droit d'asile), CIJ Recueil 1950, p. 402 ; voir également l'affaire du droit de passage sur territoire indien précitée et les vues du Président Klaestad sur la question du moment de la demande pour l'appréciation de celle-ci, Recueil 1966, p. 47 ; Dans l'affaire du Cameroun septentrional, si la Cour a admis l'existence d'un différend « à la date de la requête », en revanche elle a estimé qu'elle n'était pas tenue d'y statuer « au moment du jugement », op. cit., pp. 27 et 34.

107 - Affaire Nottebohm, op. cit., p. 16 ; Examinant les conclusions du Royaume-Uni dans l'affaire des Pêcheries, la Cour a fait également une distinction entre les conclusions et un l'ensemble de propositions qui, sous la forme de définitions, de principes ou de règles, tendent à Justifier certaines prétentions et ne sont pas l'énoncé précis et direct d'une demande ». Affaire des Pêcheries, arrêt du 18 décembre 1951, C Recueil 1951, p. 126.

b. Les moyens de défense

Il s'agit d'examiner ici la défense au fond et les exceptions préliminaires.

(i) La défense au fond

On entend par défense au fond la contestation directe du bien-fondé de la prétention du requérant par le défendeur. Son objet est de faire rejeter comme non justifiée une prétention après examen au fond du droit. La défense au fond peut être invoquée en tout état de cause jusqu'à la clôture des débats.

Le problème de procédure soulevé par ce moyen de défense a trait au lien de connexité qui peut exister entre les arguments en défense au fond et ceux invoqués à l'appui d'une exception préliminaire. La Cour permanente a ainsi eu à rencontrer cette difficulté. Elle devait juger que, bien qu'une exception qui tend à contester le caractère national d'une réclamation d'origine privée soit à considérer en principe, comme exception préliminaire, elle ne pouvait, en l'espèce, être traitée comme telle par la raison que la base de l'exception soulevée par le défendeur se confondait avec la position de droit qu'il défendait au fond et que, dans ces conditions, il était impossible de se prononcer sur elle sans toucher le fond¹⁰⁸.

C'est ce qui amène quelquefois le juge¹⁰⁹ à joindre une exception au fond pour tenir compte de cette connexité, laquelle peut être envisagée de deux manières.

«Il peut tout d'abord s'agir d'une connexité au niveau des données. Les éléments, les « matériaux », dont croit devoir se servir la Cour sont, semble-t-il, communs à l'exception et au fond ... L'exigence de jonction peut provenir aussi d'une connexité au niveau des solutions. La réponse à la question de procédure risque d'impliquer directement ou indirectement la réponse à certaines questions concernant le fond: cela peut pré-

108 - CPJI, Affaire du Chemin de fer, op. cit., p. 17.

109 - La Cour permanente l'a décidée, par exemple, dans les affaires : Pajzscsaky, Esterhazy, 23 mai 1936, CPH, Série A/B, No. 66 : Losinger et Cie. SA, 27 juin 1936, Série A/B, No. 75. La Cour Internationale de justice a eu recours à la jonction au fond dans l'affaire relative à certains emprunts norvégiens. 6 juillet 1957, "IJ Recueil 1957, p. 9 ; dans l'affaire du droit de passage sur territoire indien, 26 novembre 1957, CII Recueil 1957, p. 125 ; et dans l'affaire de la Barcelona Traction Light and Power Company Limited, 24 juillet 1964, CIJ Recueil 1964, p. 6.

cisément provenir du fait même que le débat sur la procédure et le débat sur le fond puissent leurs arguments à la même source et sont alimentés par des informations identiques. En statuant sur l'exception, le juge risque alors de préjuger le fond à un moment où la seule compétence de la Cour a été discutée. Ces deux exigences, tout à la fois « positive » (un besoin, celui de mieux connaître le fond, d'une part) et « négative » (une crainte, celle de préjuger le fond, d'autre part) sont en vérité étroitement liées »¹¹⁰.

(ii) Les exceptions préliminaires

L'exception préliminaire désigne le « moyen invoqué au cours de la première phase d'une instance et tendant à obtenir que le tribunal saisi tranche une question préalable avant d'aborder l'examen du fond de l'affaire, le but de l'exception étant le plus souvent d'obtenir qu'il ne soit pas passé à l'examen du fond ».¹¹¹

Ce moyen peut tendre à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte. Et cette contestation portant sur la procédure à une conséquence sur le cours de celle-ci. C'est ainsi que le paragraphe 3 de l'article 79 du Règlement de la CIJ indique que dès réception de l'acte introductif de l'exception, la procédure sur le fond est suspendue et la Cour fixe le délai dans lequel la partie contre laquelle l'exception est introduite peut présenter un exposé écrit contenant ses observations et conclusions.

L'exception préliminaire donne ainsi lieu à une procédure incidente et la Cour, après avoir entendu les parties, statue dans un arrêt par lequel elle retient l'exception, la rejette ou déclare que cette exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire. Si la Cour rejette l'exception ou remet en cause le caractère exclusivement préliminaire, elle fixe les délais pour la suite de la procédure.¹¹² Ces exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées avant tout autre moyen de défense.

L'adjectif « préliminaire » attaché à l'exception s'avère polysé-

110 - J. Lang. op. cit. (note 1), pp. 5-45, spéc. p. 10.

111 - Dictionnaire de la terminologie du droit international, Paris, Sirey, 1960, 750, p. 2 73.

112 - "2 Voir article 79 paragraphe 7 du Règlement de la CIJ; voir également outre Abi-Saab précité, G. Guyomar, Commentaire du Règlement de CIJ, Paris. Pédone, 1983, 760, pp. 496-518.

mique. Il désigne la hauteur de la procédure - le moment - à laquelle l'exception est soulevée mais aussi la substance de celle-ci dans sa relation logique et préalable au fond de l'affaire, et à l'aune de laquelle on détermine le caractère exclusivement préliminaire ou non de l'exception.

La CPJI comme la CIJ ont été saisies de nombre d'exceptions préliminaires.¹¹³ Elles les ont traitées avec une grande souplesse mues par le souci de ne pas introduire dans la jurisprudence Internationale des conceptions empruntées aux procédures internes.

C'est ainsi qu'au sujet d'une exception préliminaire relative à l'irrecevabilité de la requête, dans l'affaire relative à Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise¹¹⁴, la Cour permanente s'est posée la question de savoir s'il s'agissait: « d'un de ces moyens de défense tirés du fond de la cause et tendant à en faire écarter l'examen par le juge, auxquels on donne généralement, ainsi que l'a fait le droit français, le nom de fins de non recevoir ? Ou bien n'est-on pas plutôt en présence d'une véritable exception s'opposant... non pas à l'action elle-même et au droit sur lequel elle repose, mais à l'examen de cette action en justice? ».

La Cour répondra qu'elle n'avait pas à tenir compte des divers systèmes de procédure et des diverses terminologies juridiques en usage dans les différents pays. Selon elle, « que cette conclusion se qualifie « d'exception » ou qu'elle prenne le nom de « fin de non recevoir », il est certain que rien, ni dans le Statut et dans le Règlement qui la régissent, ni dans les principes généraux du droit, n'empêche la Cour de s'en occuper dès à présent et préalablement à tout débat sur le fond, puisque c'est de sa non-admission que dépendra la possibilité d'un tel débat »¹¹⁵. C'est progressivement que la Cour entreprendra une typification des exceptions

113 - Ibid. p. 501 : 13 affaires pour la CPJI et 19 affaires pour la CIJ en 1983.

114 - CPJI, Série A. No. 6, p. 19.

115 - Ibid. ; voir également Witenberg, op. cit. (note 1) . 12 qui établit une ratio legis des exceptions préliminaires dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice « qu'avant d'aborder l'examen des prétentions du demandeur, l'on s'attache à contrôler s'il a le droit d'agir en justice, s'il a respecté les formes prescrites et si aucun obstacle légal ne vient paralyser son action

préliminaires,¹¹⁶ lesquelles ont été examinées avec un soin particulier.

En ce qui concerne « *un de ces moyens de défense tirés du fond de la cause* » dont parle la Cour, on a pu y voir des exceptions préliminaires de fond.¹¹⁷

116 - Affaire du Chemin de fer, op. cit., p. 16 ; Affaire Ambatielos, où la Cour distingue entre « l'exception juridictionnelle » et deux « moyens visant la recevabilité de la réclamation », CIJ Recueil 1953, pp. 22-23 ; Affaire Nottebohm, où la Cour se dit compétente pour « examiner tous les aspects qu'ils touchent à la compétence, à la recevabilité ou au fond » CIJ Recueil 1953, p. 122 ; Affaire Interhandel où la Cour se dit « étant donné que la quatrième exception préliminaire des États-Unis se rapporte à la compétence, en l'espace la Cour l'examinera avant la troisième exception qui est une exception d'irrecevabilité, CIJ 1959, pp. 23-24 ; Affaire des Activités militaires et paramilitaires Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c/ États-Unis d'Amérique) arrêt du 26 novembre 1984 portant « Compétence de la Cour et Recevabilité de la Requête » où la Cour dit au paragraphe 84 : « la Cour en vient maintenant à la question de la recevabilité Nicaragua. Les États-Unis d'Amérique ont soutenu dans leur contre-mémoire que la requête du Nicaragua est irrecevable pour cinq motifs distincts dont chacun, disent-ils, suffit à établir l'irrecevabilité, que ce soit à titre d'empêchement à statuer ou en raison de la « nécessité de se montrer prudent pour protéger l'intégrité de la fonction judiciaire ». Certain de ces motifs étaient en fait exposés en des termes donnant à penser qu'il s'agissait plus de questions de compétences ou de juridiction que de recevabilité ; toutefois leur classement à cet égard ne paraît pas être d'une importance décisive. La Cour va examiner ses motifs » ; CIJ Recueil 1984, p. 429 ; voir en outre pp. 429-441, paragraphe 84-108, pour l'examen des motifs.

117 - Voir G. Sperduti « la recevabilité des exceptions préliminaires de fond dans le procès international », Riv. Dir. Int., Vol. LIII (1970), p. 461-490. L'auteur écrit : « Il nous semble tout à fait normal qu'un État ait la possibilité d'avoir recours au moyen radical de défense lorsque cet État, appelé à répondre en justice de certaines actions ou omissions prétendument illicites, estime ne pas devoir répondre tels comportements pour le motif qu'il considère la norme de droit, qui est invoquée contre lui, comme n'étant pas susceptible d'être enfreinte par ces comportements en raison même des limites de l'applicabilité de la norme. Le moyen en question se qualifie du point de vue la théorie générale du procès, d'exception préliminaire de fond. Or, d'après l'interprétation courante de l'article 62 du Règlement de la Cour, portant sur les « exceptions préliminaires », cet article n'est applicable qu'aux seules exceptions formelles, dit s aussi exceptions de procédure, à savoir aux seules exceptions dont le but et l'effet sont, d'empêcher le procès devant la Cour, sans préjuger la question de savoir si le droit réclamé par le demandeur existe ou non », pp. 463-464. L'exception préliminaire de fond ainsi dégagée est très proche d'une « fin de non-recevoir », c'est-à-dire de tout moyen tendant à faire déclarer le demandeur irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, telle défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription ou la chose jugée. Il est classique de souligner la nature mixte de la fin de non-recevoir. Elle est proche de l'exception de procédure en ce sens que lorsqu'elle est opposée, son examen par la juridiction ne suppose pas d'examiner le fond de l'affaire. En revanche, lorsqu'elle est accueillie, ses effets la rapprochent de la défense au fond qui engendre l'irrecevabilité. En un mot, le défendeur qui oppose une fin de non-recevoir au demandeur conteste

La recevabilité se présente comme une notion rebelle à la systématisation et quelquefois incertaine dans l'application. C'est une affaire d'espèce - même si les instruments juridiques permettent d'en identifier le genre - parce que les conditions et effets qui s'y rattachent sont prolifiques et malaisés à dégager. C'est en fonction des circonstances propres à chaque espèce qu'elle peut être déterminée. En revanche, ce qui est constant, c'est qu'avant d'aborder l'examen des prétentions du demandeur, le juge doit s'attacher à contrôler s'il a le droit d'action en justice, si la procédure est bien engagée, s'il a respecté les formes prescrites et si aucun obstacle légal ne vient paralyser son action.

Conclusion

La question de la recevabilité révèle le *pointillisme* de l'Etat souverain qui veut toujours être maître de ses initiatives et juge en sa propre cause. L'introduction d'instance par voie de requête engendre presque toujours la mise en cause de la recevabilité de celle-ci. Et les moyens invoqués, on l'a vu, sont prolifiques : inexistence du différend; différend sans objet; différend portant sur un droit inexistant; ou n'est pas d'ordre juridique au sens du Statut; que la décision serait dépourvue d'effet pratique ou affecterait la fonction judiciaire de la juridiction; que le requérant n'a pas qualité pour agir; ou qu'il n'a pas d'intérêt juridique en l'espèce; que le différend n'est pas actuel parce que le demandeur n'a pas épuisé les négociations; que l'individu lésé que le demandeur protège n'a pas sa nationalité; ou qu'il n'a pas épuisé les voies de recours internes de son pays de résidence ; ou qu'il n'a pas les « mains propres»; ou enfin que des dispositions essentielles du Statut ou du Règlement ont été violées.

On a même pu dire que la multiplicité des exceptions de procédure est à l'origine de la « *désertion du prétoire international* » et elle a contribué par-là à affaiblir la justice internationale.¹¹⁸

A cette époque - et c'est toujours d'actualité - où l'on cherchait à pallier la désaffection des juridictions internationales, la doctrine s'est posée la question de savoir s'il ne fallait pas soumettre au règlement judiciaire tous les différends entre Etats qui n'ont pu être résolus par d'autres moyens.

La position du Pr. Virally à ce propos est édifiante:

« La réponse à la question ainsi posée ne peut être que négative. Il n'en résulte nullement que l'on doive considérer comme inepte l'institution de la justice internationale ou que l'on puisse se désintéresser de son avenir. Tout au contraire. Comme on l'a dit déjà plus haut, la justice internationale a fait ses preuves et elles sont tout à fait convaincantes. Il s'agit donc bien, aujourd'hui comme hier, de multiplier les efforts pour favoriser son développement et lui permettre de prendre une place grandissante dans le règlement des différends internationaux. Mais

118 - V.M. Mabrouk. Les exceptions de procédure, op. cit. (note 1). p. 309.

il faut se rendre à l'évidence et accepter le fait qu'elle n'est pas destinée à acquérir la situation de monopole dont bénéficie la justice étatique dans son ordre, même à l'égard des seuls différends portant sur « un point de droit international ». En se refusant à l'admettre, on court un risque, dont l'expérience a montré qu'il n'était pas illusoire : de proposer aux Etats des engagements de se soumettre à la justice internationale allant très au-delà de ce qu'ils peuvent politiquement admettre. Le résultat est bien connu : Les Etats se refusent effectivement à prendre ces engagements, ou les assortissent de réserves qui les annulent, ou s'en dégagent des qu'ils craignent d'avoir à y faire face. Cependant qu'on a négligé de leur soumettre des engagements plus modestes et limités, mais acceptables, et dont l'acceptation effective aurait consacré un progrès véritable¹¹⁹. Dans cet ordre d'idées, le mécanisme de règlement des différends, qui a vu des centaines de différends interétatiques portés devant l'Organisation Mondiale du commerce (OMC), est frappant. Cet apport important de l'« Uruguay Round » est à méditer même s'il ne s'agit guère d'une véritable juridiction commerciale internationale. Il faut, en effet, que les Etats se rassurent et qu'ils se rendent le plus naturellement justiciables des juridictions internationales qu'ils ont eux-mêmes créées et dont la crédibilité dépend en grande partie de ce qu'ils en feront. Par leur souci constant de dire le droit dans l'intérêt de la justice et de la paix; par la nature du droit qu'elles appliquent et par la représentation des principaux systèmes juridiques du monde, ces juridictions sont tout à fait prêtes à remplir les missions à elles dévolues.

119. M. Virally, « Préface », p. 5, in G. Malinverni, *Le règlement des différends dans les organisations internationales économiques*. Genève-Leiden, -Sijhoff, 1974, p. 251.

L'évolution et l'état actuel
du droit international
de la mer

Mélanges de droit de la mer offerts à Daniel Vignes
BRUYLANT, BRUXELLES, 2009, pp. 645- 690

LES PROCEDURES CONTENTIEUSES DEVANT LE TRIBUNAL
DU DROIT DE LA MER

Introduction

1. Pour les juridictions internationales permanentes comme le Tribunal international du droit de la mer, le droit applicable à la procédure obéit au même principe que celui devant régir le fond du procès. Il est pour l'essentiel prédéterminé, mais le Tribunal joue un rôle important dans son élaboration.

2. Les procédures contentieuses devant le Tribunal ont principalement pour sources le Statut et le Règlement.

3. Le Statut du Tribunal développe un certain nombre de principes énoncés à la Section 2 de la Partie XV de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après la «Convention»). Il fait partie intégrante de la Convention dont il constitue une annexe VI. Il ne peut être amendé que par la même procédure que la Convention (2). Et avec la Convention et le Statut, les litigants potentiels n'ont plus aucun rôle à jouer dans l'établissement des règles qui gouverneront leur procès.

4. En revanche, celles-ci restent encore trop générales pour couvrir l'ensemble des questions susceptibles de se poser pendant le déroulement de l'instance. C'est pourquoi, il faut au juge des règles d'application.

5. C'est ainsi que le Tribunal se voit reconnaître par son Statut(3) la faculté de se donner un Règlement de procédure, lequel à justement pour objet de compléter les règles générales énoncées dans la Convention et

(1). Cet article a été rédigé d'après les notes d'une conférence prononcée, le 31 octobre 2006, dans le cadre du premier atelier régional organisé par le Tribunal international du droit de la mer et la Fondation internationale pour le droit de la mer avec l'appui du Sénégal et consacré au «Rôle du Tribunal international du droit de la mer dans le règlement des différends», tenu à Dakar du 31 octobre au 2 novembre 2006.

(2). L'article 41 du Statut dispose : «1) Les amendements à la présente annexe autres que ceux relatifs à la section 4 ne peuvent être adoptés que conformément à l'article 313 (de la Convention) ou par consensus au sein d'une conférence convoquée conformément à la Convention. 2) Les amendements à la section 4 ne peuvent être adoptés que conformément à l'article 34. 3) Le Tribunal peut, par voie de communications écrites, soumettre à l'examen des Etats Parties les propositions d'amendements à la présente annexe qu'il juge nécessaires, conformément aux paragraphes 1 et 2*.

(3). L'article 16 du Statut dispose : «Le Tribunal détermine par un règlement le mode suivant lequel il exerce ses fonctions. Il règle notamment sa procédure. Ainsi, le Tribunal international du droit de la mer a élaboré puis adopté un Règlement le 28 octobre 1997.

le Statut et de spécifier dans le détail les mesures à prendre concrétisant les règles qui s'imposent à lui.

6. Le Règlement ne peut donc comprendre de dispositions qui soient en contrariété ou qui transgressent celles du Statut. Le Tribunal ne saurait s'accorder des prérogatives que ne lui confère le Statut. En clair, en raison de la qualité de leur auteur, le Statut et le Règlement n'ont pas la même valeur juridique.

7. En effet, si le Tribunal est lié par le Statut lequel fait partie intégrante de la Convention, il peut amender ou modifier le Règlement dont il est l'auteur(4). Cependant, en dépit de la différence entre ces deux textes, la motivation commune de leur auteur est d'assurer l'égalité entre les parties dans la procédure. Celle-ci a pour but de permettre au procès d'arriver à son terme par l'application de règles et la présentation systématique et contradictoire des thèses des Parties de façon à déterminer la vérité légale.

8. Pour ce faire, le Tribunal applique les dispositions du Statut et du Règlement. A côté de ces textes, qui déterminent, en détail, les modalités selon lesquels le procès doit se dérouler, la procédure est régie par la Convention, la Résolution sur la pratique interne du Tribunal en matière judiciaire et par les Lignes directrices concernant la préparation et la présentation des affaires dont le Tribunal est saisi (5).

(4). La Cour internationale de Justice a eu a maintes reprises à rappeler le caractère intangible du Statut. En effet, suite à la non comparution de l'Albanie [dans la troisième phase de l'affaire du *Detroit de Corfou* ou elle devait déterminer le montant des réparations à payer au Royaume-Uni] qui soutenait que le compromis du 25 mars 1948 ne donnait pas compétence à la Cour pour fixer le montant des réparations, la Cour devait rejeter l'argument. Elle rappela son arrêt du 25 mars 1948 par lequel elle s'était déclarée compétente et indiqua qu'«aux termes de son Statut (art. 60) qui, pour le règlement du présent différend, oblige le gouvernement albanais. V. CIJ, Recueil, 1949, p. 246. La Cour dira également, dans l'affaire *Haya de la Torre* qu'il ne fallait pas se départir du principe pose à l'article 43 paragraphe premier de son Statut selon lequel la procédure était divisée en deux phases écrite et orale, en réponse aux parties lesquelles suggéraient de renoncer à la phase orale. Il faut noter que si cette instance s'était déroulée devant le Tribunal international du droit de la mer, celui-ci aurait pu faire droit à la suggestion de la Colombie et du Pérou dans la mesure où c'est le Règlement du Tribunal (article 44, paragraphe premier) qui pose le principe des deux phases de la procédure. En revanche, la juridiction peut prendre toutes les décisions pour la conduite de la procédure lorsqu'elles sont compatibles avec les dispositions du Statut.

(5). Ces textes sont disponibles sur le site Internet du Tribunal Voir également le Guide des procédures devant le tribunal : www.tidm.org.

9. C'est en application de ce principe d'égalité entre les Parties, que le Président du Tribunal doit, conformément à l'article 45 du Règlement, se renseigner auprès des Parties sur les questions de procédure.

10. C'est le même principe qui devra fonder les décisions prises ou à prendre quant à l'ordre de production des pièces de la procédure, la charge de la preuve, l'audition des parties et leur droit de réponse, l'allocation du temps de préparation des dossiers ainsi que du temps de parole.

11. En ce qui concerne la sanction des règles de procédure, la nature des sources réagit sur la forme de la sanction. La pratique ne semble pas bien établie. S'il y a une tendance à sanctionner par l'irrecevabilité la méconnaissance des règles de procédure ayant leur origine dans l'accord de volonté des parties, il y a, en revanche, une grande incertitude quant à l'applicabilité de cette même sanction lorsque la règle de procédure émane du Tribunal. Il faut dire que les litigants sont des Etats souverains qui consentent à venir devant la juridiction internationale.

12. Dans l'affaire du «Juno Trader» devant le Tribunal, l'on se souvient que la Guinée Bissau n'a pas produit son «Exposé en réponse» à la requête de Saint-Vincent. En revanche, elle a bien comparu dans la procédure orale jusqu'à la fin de celle-ci. Fallait-il modifier les dispositions du Règlement (6) pour traiter ce cas de désistement d'acte de procédure

13. A la lumière de ce qui précède, on examinera la procédure au fond devant le Tribunal (I), les procédures incidentes (II) et la procédure spéciale de la prompte mainlevée (III).

I. - LA PROCEDURE AU FOND DEVANT LE TRIBUNAL

14. La procédure au fond comporte des étapes successives allant de la saisine (A) à la décision du Tribunal, en passant par les deux phases, écrite et orale (B).

(6). Voir L'article 111. paragraphe 4 du règlement affaire du «Juno Trader» (*Saint Vincent-et-les Grenadines c. Guinée Bissau*), prompte mainlevée, arrêt du 18 décembre 2004

A- La saisine du Tribunal et les mesures d'instruction

1. La saisine du tribunal

15. Les différends sont portés devant le Tribunal, selon le cas, par notification d'un compromis ou par requête, adressées au Greffier (7). Il faut examiner successivement le choix du mode de saisine, la saisine par voie de requête et celle effectuée par voie de compromis.

a) le choix du mode de saisine

16. Il obéit au principe de liberté, à la possibilité d'une saisine plurielle et à leurs conséquences sur la compétence du Tribunal.

17. D'abord, les parties peuvent librement choisir de saisir le Tribunal par requête ou par compromis. C'est le principe posé par la CIJ dans l'affaire du *Detroit de Corfou* (8).

18. Dans ses conclusions, le Gouvernement albanais a demandé à la Cour :

«... de prendre acte que le Gouvernement albanais, en acceptant la recommandation du Conseil de Sécurité, ne s'est obligé que de soumettre le différend précité à la Cour conformément aux dispositions du Statut de la Cour» (9)

et «de dire et juger que la requête, en date du 13 mai dernier, adressée à la Cour par le Gouvernement du Royaume-Uni et mettant en cause le Gouvernement de la République populaire d'Albanie, n'est pas recevable, le Gouvernement du Royaume-Uni ayant introduit ladite requête contrairement aux dispositions de l'article 40, paragraphe premier, et de l'article 36, paragraphe premier, du Statut de la Cour».

19. Ces conclusions liant le mode de saisine au caractère facultatif ou obligatoire de la compétence de la Cour ont été rejetées par celle-ci. Selon la Cour, alors que le consentement des parties confère juridiction à la Cour, ni le Statut ni le Règlement n'exigent que ce consentement s'exprime dans une forme déterminée

20. La thèse albanaise selon laquelle la requête serait irrecevable

(7). Article 24 du Statut.

(8). Affaire du «Detroit de Corfou» (exception préliminaire), CIJ, Rec. 1948, arrêt du 25 mars 1948, p. 15.

(9). La première conclusion se réfère à la Résolution en date du 9 avril 1947, par laquelle le Conseil de Sécurité a recommandé «aux Gouvernements du Royaume-Uni et de l'Albanie de soumettre immédiatement ce différend à la Cour internationale de Justice, conformément aux dits*»

comme ayant été introduite contrairement aux dispositions de l'article 40, paragraphe premier, et de l'article 36, paragraphe premier, du Statut de la Cour, repose essentiellement sur la postulat que la voie de la requête n'aurait place que dans le domaine de la juridiction obligatoire, la voie du compromis étant seule ouverte hors de ce domaine.

21. C'est la une pure affirmation, dit la Cour, qui ne trouve de fondement ni dans l'un ni dans l'autre des textes invoqués. L'article 32, paragraphe 2, du Règlement, en n'exigeant pas impérativement, mais seulement «autant que possible la mention, dans la requête, de la disposition par laquelle le requérant prétend établir la compétence de la Cour, parait bien impliquer, par lui-même et par les considérations qui ont inspiré sa rédaction, que la voie de la requête n'est pas exclusivement réservée au domaine de la juridiction obligatoire, précise la Cour (10).

22. La possibilité d'une saisine plurielle du Tribunal est ensuite à envisager. Il doit alors rechercher quelle est la commune intention des parties, pour déterminer le fondement et l'étendue de sa juridiction. L'on se souvient que dans l'affaire du Détroit de Corfou, l'Albanie et la Grande-Bretagne conclurent un compromis à la suite de l'arrêt du 25 mars 1948. Le texte précise que :

«les Parties sont d'accord que le présent compromis sera soumis à la Cour internationale de Justice immédiatement après que la Cour rendra son arrêt, le 25 mars, relatif à l'exception préliminaire» (11).

23. La compétence de la Cour pour statuer sur le différend aurait pu reposer soit sur ce compromis, soit sur l'arrêt rendu le 25 mars. Le 26 mars 1948, elle a rendu une ordonnance ou, constatant que le compromis forme désormais la base sur laquelle elle devra connaître de l'affaire et énonce les questions à elle soumises (12), la Cour devait privilégier l'intention commune des parties. Selon elle, «le but principal des deux Parties, lors de la conclusion du compromis, était d'instituer entre elles une égalité complète, en remplaçant la procédure primitive,

(10) Affaire du «Détroit de Corfou», op. cit. (note 7), pp. 25-27.

(11). Compromis conclu le 25 mars 1948, voir arrêt du 9 avril 1949 (fond.), CIJ, Rec. 1949 p. 6.

(12). CIJ, Rec. 1947-1949, p. 53.

qui se fondait sur une requête unilatérale, par une procédure fondée sur un compromis» (13). Cette voie de saisine soustrait logiquement la procédure aux exceptions préliminaires. C'est également sur la base du compromis du 29 décembre 1950 que la CIJ s'est estimée saisie dans l'affaire des Minquiers et Ecrehous alors que la France et la Grande-Bretagne avaient chacune souscrit une clause facultative de juridiction obligatoire laquelle permettait de saisir la Cour (14).

24. Enfin, l'on peut relever l'existence d'un lien intime entre les notions de saisine et de compétence lesquelles sont toutefois très différentes. En effet, tandis que la compétence est la base sur laquelle le tribunal doit connaître de l'affaire et trancher le différend à lui soumis - elle est déterminée par le Tribunal lui-même (15) - la saisine est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci en portant l'affaire devant le Tribunal. Pour ce faire, il faut un titre de compétence.

25. Les notions de compétence et de saisine sont parfois confondues. Il en est ainsi lorsque le seul fait de saisir le Tribunal entraîne immédiatement la compétence de ce dernier. C'est le cas pour la saisine par voie de compromis lorsqu'il est notifié au Tribunal par les Parties qui l'ont signé. C'est le cas, également, quand le Tribunal est saisi simultanément par deux requêtes (16). Il en est encore ainsi lorsque étant saisi par voie de requête, la déclaration de juridiction obligatoire souscrite par l'Etat

(13). CIJ, Rec. 1949 (fond), p. 25.

(14). En parlant du nombre d'Etats signataires des compromis dans l'affaire du Plateau continental de la Mer du Nord, M. BEDJAOUI écrit: «On remarquera au passage que l'introduction de l'instance par voie de compromis est depuis cette date devenue la méthode la plus fréquente de soumission des affaires à la Cour, heureux développement qui a largement compensé la déception qu'a laissée le système de la 'clause facultative' instituée pour encourager les Etats à accepter d'avance la compétence de la Cour dans tous les différends ou ils se verraient citer devant celle-ci, ou dans tous ceux rentrant dans des catégories déterminées. Ce système, on le sait, n'a pas eu tout le succès escompté et a souvent donné lieu à maintes controverses sur la compétence de la Cour, tandis que cette compétence ne peut pas faire de doute dans le cas d'une affaire soumise par voie de compromise. M. BEDJAOUI, «La 'fabrication' des arrêts de la Cour internationale de Justice*», in Mélanges Michel Virally, Paris, Pedone, 1991, p. 88.

(15). En vertu de l'article 288, paragraphes 4 de la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer.

(16). Dans l'affaire de la Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Arrêt de la CIJ du 18 novembre 1960), le Nicaragua et le Honduras ont saisi la Cour simultanément.

défendeur ne fait pas obstacle à sa compétence. En revanche, dans tous les autres cas, la compétence et la saisine demeurent distinctes. Dans le cas d'une saisine par voie de requête, le défendeur peut toujours contester la compétence du Tribunal dans un système de juridiction obligatoire. D'ailleurs, l'exception est presque toujours assortie d'une mise en cause de la recevabilité de la requête.

26. En ce qui concerne le cas de juridiction facultative, les exemples de non comparution devant la Cour internationale de Justice sont nombreux (17). Le Tribunal international du droit de la mer n'a pas encore expérimenté le refus d'une partie à une affaire de se présenter devant lui. Il faut cependant rappeler que la compétence du Tribunal dépend toujours du consentement préalable des Parties et qu'aucun Etat souverain ne saurait être partie à une affaire devant une juridiction internationale s'il n'y a pas consenti. C'est ce consentement, à porter le différend devant le Tribunal, qui détermine la compétence de celui-ci à l'égard du différend (18).

b) La saisine par voie de requête

27. Une requête, qui a un caractère unilatéral, est présentée par un demandeur contre un défendeur. Elle peut être déposée lorsqu'un accord entre les parties le prévoit. Elle l'est aussi lorsque les parties au différend ont accepté la compétence du Tribunal comme l'un des moyens de règlement des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la

(17). L'article 53 du Statut de la CIJ prévoit le cas où le défendeur ne se présente pas devant la Cour, soit qu'il en conteste la compétence soit pour un autre motif. Dans certaines affaires, il y a eu non comparution pendant toutes les phases de l'instance: compétence en matière de pêcheries (Islande); Essais nucléaires (France); Plateau continental de la mer Egée (Turquie); Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Iran). Dans d'autres affaires, la non comparution a été observée pendant certaines phases seulement: Détroit de Corfou, fixation du montant des réparations (Albanie); Anglo-iranien Oil Co, mesures conservatoires (Iran); Nottebohm, exception préliminaire (Guatemala); Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, fond et forme et montant de la réparation (Etats-Unis).

(18). L'article 288, paragraphe premier dispose que le Tribunal «a compétence pour connaître de tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention qui lui est soumis conformément à la présente partie». De même, l'article 21 du Statut énonce: «Le Tribunal est compétent pour tous les différends et toutes les demandes qui lui sont soumis conformément à la Convention et toutes les fois que cela est expressément prévu dans tout autre accord conférant compétence au Tribunal».

Convention, par voie de déclaration écrite faite conformément à l'article 287 de la Convention. Il est ainsi également lorsqu'une affaire est portée devant la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins.

28. Une requête peut en outre être présentée dans le cadre des affaires relatives aux demandes en prescription de mesures conservatoires en attendant la constitution d'un tribunal arbitral, en vertu de l'article 290, paragraphe 5 de la Convention, ainsi que dans une procédure de prompt mainlevée de l'immobilisation des navires ou la prompt libération de leurs équipages, conformément à l'article 292 de la Convention.

29. Enfin, une requête peut être déposée dans le cadre des procédures préliminaires (19) de l'intervention (20), du désistement (21) ou encore pour des fins d'interprétation et de révision d'une décision du Tribunal (22).

30. La requête comporte un certain nombre de mentions dont les unes sont obligatoires et les autres facultatives (23). Les mentions obligatoires comprennent la désignation de la partie requérante, la partie contre laquelle la demande est formée et l'objet du différend.

31. Rappelons que dans l'Affaire relative aux Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc, introduite par requête du Gouvernement de la République française contre les Etats-Unis, le Gouvernement américain a eu à présenter une exception préliminaire tirée de ce que la requête française ne remplissait pas les conditions de forme en ce qu'elle n'indiquait pas si la France agissait en son nom ou en sa qualité de Puissance protectrice du Maroc. Et à la suite des observations françaises sur ce point, les Etats-Unis ont retiré l'exception (24).

32. La requête peut comporter «autant que possible un certain nombre d'autres mentions lesquelles sont alors facultatives (25). Parmi celles-ci figurent: les moyens de droit sur lesquels le demandeur entend

(19). Article 294 de la Convention.

(20). Articles 31 et 32 du Statut.

(21). Article 106, paragraphe premier du Règlement.

(22). Article 126 et 127 du Règlement.

(23). Article 24, paragraphe premier du Statut et article 54 paragraphe premier du Règlement.

(24). Arrêt du 27 août 1952.

(25) Article 54, paragraphe 3 du Règlement.

fonder la compétence du Tribunal; la nature précise de la demande et un expose succinct des faits et moyens sur lesquels cette demande repose.

33. L'original de la requête est signé soit par l'agent de la partie qui l'introduit, soit par le représentant diplomatique de cette partie dans le pays ou le Tribunal à son siège, soit par une autre personne dûment autorisée. Si la requête porte la signature d'une personne autre que le représentant diplomatique, cette signature doit être légalisée par ce dernier ou par l'autorité gouvernementale compétente (26).

34. Le Greffier transmet immédiatement au défendeur une copie certifiée conforme de la requête (27). Lorsque le demandeur entend fonder la compétence du Tribunal sur un consentement non encore donné ou manifesté par la partie contre laquelle la requête est formée, la requête est transmise à cette dernière. Toutefois, elle n'est pas inscrite au rôle des affaires du Tribunal et aucun acte de procédure n'est effectué tant que la partie contre laquelle la requête est formée n'a pas accepté la compétence du Tribunal aux fins de l'affaire (28).

35. Notons enfin que le Greffier notifie la requête à tous les intéressés et à tous les Etats-Parties (29). L'introduction d'une instance fait ainsi l'objet d'une large publicité amplifiée par un communiqué de presse. Sa date, qui est celle du dépôt de la requête au Greffe, marque l'ouverture de la procédure devant le Tribunal.

c) La saisine par voie de compromis

36. Le compromis dans le cadre contentieux est un accord international par lequel des Etats parties s'accordent pour soumettre un différend d'ordre juridique au Tribunal. Il fixe l'étendue des pouvoirs qui seront reconnus au Tribunal.

37. Le compromis doit contenir un certain nombre de mentions obligatoires (30). Celles-ci concernent l'objet du différend et la désignation des parties.

(26) Article 54, paragraphe 3 du Règlement.

(27) Article 54, paragraphe 4 du Règlement.

(28) Article 54, paragraphe 5 du Règlement.

(29) Article 24, paragraphes 2 et 3 du Statut.

(30). Article 24, paragraphe 1er du Statut.

38. Lorsque'une instance est introduite devant le Tribunal par la notification d'un compromis, cette notification peut être effectuée conjointement par les parties ou par une ou plusieurs d'entre elles. Si la notification n'est pas faite conjointement, une copie certifiée conforme en est immédiatement transmise par le Greffier à toute autre partie (31).

39. La notification est toujours accompagnée de l'original ou d'une copie certifiée conforme du compromis. La notification indique en outre l'objet précis du différend ainsi que les parties, pour autant que cela ne résulte pas déjà clairement du compromis (32).

40. Tous les actes accomplis au nom des parties après l'introduction d'une instance le sont par des agents. Les agents doivent avoir au siège du Tribunal, ou dans la capitale du pays où le siège est situé, un domicile élu auquel sont adressées toutes les communications relatives à l'affaire (33).

2. La formation de jugement

41. Une fois le Tribunal saisi, il faut déterminer la formation de jugement, la forme et la composition dans laquelle elle va statuer. Normalement, il le fait en plénière. Cependant, le Statut prévoit que le Tribunal peut former des Chambres qui pourront connaître d'affaires portées devant lui.

a) La composition normale

42. Tous les membres disponibles du Tribunal siègent, un quorum de onze membres élus étant requis pour constituer le Tribunal (34). Par conséquent, les juges ad hoc ne sont pas comptés pour le calcul du quorum puisqu'ils ne sont pas élus.

b) Les Chambres

43. Le Statut prévoit deux sortes de chambres : la Chambre pour le

(31). Article 55, paragraphe 1er du Règlement.

(33). Article 55, paragraphe 2 du Règlement.

(34). Article 56, paragraphe 1er; sauf dans les circonstances paragraphe 5 du Règlement.

règlement des différends relatifs aux fonds marins et les Chambres spéciales (35).

44. La Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins est créée conformément à la section 4 du Statut. Sa compétence, ses pouvoirs et ses fonctions sont définis à la section 5 de la partie XI de la Convention. Elle peut aussi créer une Chambre *ad hoc* (36).

45. En ce qui concerne les Chambres spéciales, elles procèdent de trois catégories différentes. D'abord le Tribunal peut, selon qu'il l'estime nécessaire, constituer des chambres, composées de trois au moins de ses membres élus, pour connaître de catégories déterminées d'affaires (37). C'est ainsi que le Tribunal a constitué la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux pêcheries et la Chambre pour le règlement des différends relatifs au milieu marin. Elles sont composées chacune de sept juges.

46. Ensuite, deuxième catégorie, le Tribunal constitue une chambre pour connaître d'un différend déterminé qui lui est soumis si les parties le demandent. La composition de la chambre est arrêtée avec l'assentiment des parties et celles-ci peuvent également nommer un juge *ad hoc* si la chambre ne comprend pas un juge de la nationalité de l'une ou de l'autre partie.

C'est ainsi que le Chili et la Communauté européenne se sont prévalus de cette option, lorsque, à la suite d'un compromis, les parties ont soumis l'affaire relative à la conservation et l'exploitation durable des stocks d'espadon dans l'océan Pacifique Sud-est à une Chambre spéciale du tribunal (38).

47. Enfin, en vue de la prompt expédition des affaires, le Tribunal constitue annuellement une Chambre composée de cinq de ses membres élus, appelée à statuer en procédure sommaire. Deux juges suppléants sont en outre nommés (39).

(35). Articles 14 et 15 du Statut.

(36). Ibid.

(37). Article 15, paragraphe premier du Statut.

(38). Voir Ordonnance du 20 décembre 2000, Recueil TIDM, 2000, p. 148.

(39). Article 15, paragraphe 3 du Statut.

48. Tout jugement rendu par l'une de ces Chambres est considéré comme rendu par le Tribunal.

La procédure devant les Chambres est réglée conformément aux prescriptions relatives à la procédure devant le Tribunal sous réserve de dispositions particulières qu'adopterait celui-ci.

3. Les mesures d'instruction

49. Elles consistent en la représentation des parties et en un certain nombre de décisions, organisant la procédure, qui sont prises sous forme d'ordonnances.

a) La représentation des parties

50. Les Etats-Parties n'ont pas de représentant permanent auprès du Tribunal. Lorsqu'ils ont une affaire devant le Tribunal, ils se font représenter par un agent. La partie qui dépose un compromis ou une requête doit désigner son agent à cette occasion. L'autre partie doit le faire dès qu'elle reçoit le compromis ou la requête.

51. En tant que représentants des parties, les agents les engagent par leurs écrits et par leurs paroles. Ils se font assister par des conseils et des avocats dans la préparation des pièces écrites et la présentation des plaidoiries. C'est pendant cette dernière phase que leur rôle est plus manifeste. Ils n'ont pas nécessairement la nationalité de la partie qui les choisit. Les agents, conseils et avocats jouissent des privilèges et immunités nécessaires à l'exercice indépendant de leurs fonctions.

52. Le Tribunal rend des ordonnances pour la conduite du procès et la détermination des formes et délais dans lesquels chaque partie doit finalement conclure; il prend toutes les mesures que comporte l'administration des preuves (40).

53. Dans chaque affaire dont le Tribunal est saisi, le Président se renseigne auprès des parties au sujet des questions de procédure. A cette fin, il peut convoquer les agents des parties aussitôt après leur nomination et chaque fois que cela est nécessaire par la suite, ou utiliser tous autres moyens de communication qu'il juge appropriés (41).

(40). Article 27 du Statut

(41). Article 45 du Règlement.

54. L'article 59 du Règlement précise qu'à la lumière des vues des parties recueillies par le Président, le Tribunal rend les ordonnances nécessaires pour fixer notamment le nombre et l'ordre des pièces de procédure ainsi que les délais pour leur présentation. Ces délais assignent une date précise pour les divers actes de procédure. Ils peuvent toutefois être prolongés.

B - les deux phases de la procédure

55. Conformément à l'article 44 paragraphe premier du Règlement, la procédure se divise en deux phases, écrite et orale.

1. la phase écrite de la procédure

56. Elle s'analyse comme «la formulation littérale des prétentions et défenses respectives des parties litigantes» (42). La procédure écrite comprend la communication au Tribunal et aux Parties de mémoires, contre-mémoires et, si le Tribunal en autorise la présentation, des répliques et dupliques ainsi que tous documents à l'appui (43).

Il convient d'examiner les pièces de la procédure, la communication de celles-ci et la fin de la procédure écrite.

a) les pièces de la procédure

57. Le mémoire contient : un exposé des faits sur lesquels la demande est fondée; un exposé de droit et les conclusions (44). La CIJ a défini la conclusion comme étant « « l'énoncé précis et direct d'une demande » (45). Les conclusions ne peuvent pas être soumises sous une forme interrogative (46). Et la Cour se reconnaît compétente pour les interpréter, ce qui lui permet, si elle l'estime nécessaire de ne pas y répon-

43. Article 44, paragraphe 2 du Règlement.

44. Article 62, paragraphe premier du Règlement

45. Affaire des Pêcheries, CIJ, Rec. 1951, p. 126.

46. Affaire «Haya de la Tore», Rec. CIJ., 1954, p. 88

dre (47). En revanche, la Cour ne peut statuer ultra petita et accorder aux parties au-delà de ce qu'elles ont demandé dans leurs conclusions (48).

58. En ce qui concerne le contre-mémoire, il contient: la reconnaissance ou la contestation des faits; des observations relatives à l'exposé de droit contenu dans le mémoire; un exposé de droit en réponse et les conclusions (49).

59. Il faut rappeler, si le Tribunal en autorise la présentation, la possibilité de déposer des répliques et dupliques. Les documents à l'appui des thèses formulées sont reproduits en annexe.

60. L'original des pièces est signé, daté et transmis au Greffe par l'agent. Il doit être accompagné d'une copie certifiée conforme de la pièce, de tout document annexe et de toute traduction, pour communication à la partie adverse (50); d'un bordereau de tous les documents annexes à cette pièce (51); d'une traduction de la pièce de procédure ou des documents à l'appui de celle-ci, dans une des langues officielles du Tribunal (anglais et français), certifiée exacte par la partie qui la fournit, si la pièce de procédure est rédigée dans une langue autre qu'une des langues officielles du Tribunal (52) et du nombre d'exemplaires additionnels de la pièce de procédure et des documents à l'appui de celle-ci requis par le Greffe (53).

b) La production des pièces de la procédure

61. L'agent dépose au Greffe l'exemplaire original et les copies supplémentaires de toutes les pièces de la procédure écrite. Le Règlement fixe l'ordre de production selon le mode de saisine.

(47). Affaire de l'or monétaire, Rec. 1954, p. 28.(48). Affaire du Droit d'asile (Fond. Arrêt du 20 novembre 1950), Rec. GIJ, 1950, p. 402. Demême, dans l'affaire du «Detroit de Corfou» précité (troisième phase, réparations), les experts coin* mis par la Cour avaient abouti à une évaluation supérieure à celle contenue dans les conclusions du Royaume-Uni, en ce qui concerne le montant des dommages subis. En raison de la régie, la Cour a adjugé le bénéfice des conclusions de la Grande-Bretagne.

(49). Article 62, paragraphe 2 du Règlement.

(50). Article 63, paragraphe premier et article 65, paragraphe premier du Règlement.

(51). Article 63, paragraphe 3 du Règlement.

(52). Article 64, paragraphes 1, 2 et 3 du Règlement.

(53) Article 65, paragraphes 1, 2 et 3 du Règlement

Dans une affaire introduite par voie de requête, les pièces de procédure sont: un mémoire du demandeur; un contre-mémoire du défendeur. Si les parties sont d'accord ou si le Tribunal décide qu'elles sont nécessaires, le demandeur peut présenter une réplique et le défendeur, une duplique.

62. Dans une affaire introduite par notification d'un compromis, le nombre et l'ordre de présentation des pièces de procédure sont ceux que fixe le compromis lui-même, à moins que le Tribunal, après s'être renseigné auprès des parties, n'en décide autrement. En l'absence de toute disposition à cet égard ou si, par la suite, les parties ne se mettent pas d'accord sur le nombre et l'ordre de présentation des pièces de procédures, chacune des parties dépose un mémoire et un contre-mémoire dans les mêmes délais. Le Tribunal n'autorise la présentation de répliques et de dupliques que s'il l'estime nécessaire (54). Le dépôt simultané des pièces n'est certainement pas l'idéal. Il oblige les parties à supputer ou à spéculer sur des moyens de droit qui ne sont peut-être pas soulevés.

63. Le Tribunal peut demander lui-même la production de document ou d'explication au cours de la procédure écrite (55).

c) la communication des pièces de la procédure

64. Dès réception d'une pièce de procédure produite par une partie, copie certifiée conforme de cette pièce et de tout document annexe est transmise par le Greffier à la partie adverse (56). Si une pièce de procédure ne réunit pas les conditions de forme fixées par le Règlement, le Greffier la renvoie à la partie concernée pour correction.

65. La communication des pièces entre les parties et aux juges se fait par l'entremise du Greffier. La communication des différentes pièces de la procédure, une fois terminée, l'affaire est prête à être plaidée. Ceci ouvre une phase intermédiaire, entre la fin de la procédure écrite et le début de la procédure orale, dénommée «délibération initiale».

(54). Article 6 et 61 du Règlement.

(55). Voir affaires précitées des Droits de ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc et Or monétaire pris à Rome en 1943.

(56). Article 66 du Règlement

66. Aux termes du Règlement, après la clôture de la procédure écrite et avant l'ouverture de la procédure orale, le Tribunal se réunit en chambre du conseil afin que les juges puissent procéder à un échange de vues sur les pièces de procédure écrite et sur la conduite de l'affaire (57).

67. Le Tribunal examine à cette occasion la possibilité de :

- donner des indications ou de poser des questions aux parties;
- de demander aux parties de produire des moyens de preuve ou des explications; et
- enfin, d'examiner la nature, la portée et la teneur des questions et des points qui devront être tranchés par le Tribunal (58).

3. La phase orale de la procédure

68. La procédure orale consiste en l'audition par le Tribunal des agents, conseils, avocats, témoins et experts (59).

Il faut envisager l'ouverture, le déroulement et la fin de la procédure orale.

a) L'ouverture de la procédure orale

69. La date d'ouverture de la procédure orale, fixée par le Tribunal, se situe dans la période de six mois suivant la clôture de la procédure écrite, sauf si le Tribunal estime qu'il y a lieu d'en décider autrement. Le Tribunal peut aussi prononcer le renvoi de l'ouverture ou de la suite de la procédure orale (60).

70. En fixant la date d'ouverture de la procédure orale, le Tribunal tient compte de : la nécessité de tenir ses audiences sans retard indu; la priorité prescrite pour les mesures conservatoires et la prompte mainlevée; toute circonstance particulière et les vues exprimées par les parties.

b) le déroulement de procédure orale

71. Les règles générales applicables sont: les débats sont dirigés par le Président du Tribunal; à défaut par le Vice-président et, en cas d'empêchement de celui-ci, par le juge le plus ancien; le Président peut poser toutes questions utiles aux témoins, experts, conseils ou avocats; la

(57). Article 68 du Règlement.

(58). Voir l'article 3 de la Résolution sur la pratique interne du

(59). Article 44, paragraphe 3 du Règlement.

(60). Article 69, paragraphe premier du Règlement.

même faculté appartient à titre individuel à chacun des juges. Ils doivent cependant faire connaître leur intention au Président; l'audience est publique, à moins que le Tribunal n'en décide autrement ou que les deux parties ne demandent le huis clos; un procès-verbal de l'audience est établi par les soins du Greffe et signé du Président et du Greffier; des mesures sont prises pour l'administration des preuves. Elles sont régies par l'obligation pour les parties de collaborer à l'établissement de la preuve en prouvant leurs allégations quant aux faits et par le principe de la liberté du Tribunal dans l'appréciation des preuves à lui soumises par les parties (61). C'est pourquoi, avant l'ouverture de la procédure orale, chaque partie doit faire connaître au Greffe les moyens de preuve qu'elle a l'intention

(61). La preuve écrite résulte des pièces ou documents de nature à établir le fait allégué : Traités, correspondances, lois, règlements, ordonnances, décrets, actes judiciaires ou administratifs, etc. Dans l'Affaire des Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda, Arrêt du 19 décembre 2005), la Cour indique, p. 34, paragraphe 57 que : «conformément à sa pratique, la Cour se prononcera dans un premier temps sur les faits, puis appliquera les règles pertinentes du droit international à ceux qu'elle aura jugés avérés...». Elle poursuit, paragraphe 58 : «Ce prononcé sur les faits implique nécessairement une évaluation des preuves. Les Parties ont en l'espèce produit à l'appui de leurs versions respectives des faits une quantité considérable de matériaux. La tâche de la Cour n'est pas seulement de trancher la question de savoir lesquels d'entre eux doivent être considéré comme pertinents; elle est aussi de déterminer ceux qui revêtent une valeur probante à l'égard des faits allégués. Ces divers éléments de preuve figurent, pour l'essentiel, dans les documents annexes par les Parties à leurs pièces de procédure. Les Parties ont également été autorisées à produire des documents nouveaux à un stade ultérieur de la procédure. Or, ceux-ci contiennent de précieux renseignements. Les Parties ont aussi fait référence, tant dans leurs écritures qu'à l'audience à des documents non annexés à leurs pièces de procédure, mais considéré par la Cour comme faisant partie d'une publication facilement accessible', aux termes du paragraphe 4 de l'article 56 de son Règlement. La Cour a également examiné ces documents aux fins de se prononcer sur les faits pertinents». Et la Cour termine ses considérations méthodologiques par le paragraphe 59 : ♦ Comme elle l'a fait par le passé, la Cour examinera les faits qui se rapportent aux divers éléments constitutifs des demandes formulées par les Parties. Dans cette optique, elle répertoriera les documents invoqués et se prononcera clairement sur le poids, la fiabilité et la valeur qu'elle juge devoir leur être reconnus. Conformément à sa pratique antérieure, la Cour indiquera quels sont les éléments qu'elle estime ne pas devoir examiner plus avant (voir Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci {Nicaragua c Etats-Unis d'Amérique.) fond, arrêt, CIJ Recue.il 1986, p. 50, par. 85; voir également la pratique suivie dans l'affaire relative au Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, arrêt, C.I.J., Recue.il 1980. p. 3.

d'invoquer et dont elle demande au Tribunal d'ordonner l'emploi. Cette communication concerne les témoins et les experts à faire entendre (62).

72. Le Tribunal peut à tout moment inviter les parties à produire les moyens de preuve ou à donner les explications qu'il juge nécessaires à l'éclaircissement de tout aspect des problèmes considérés ou peut lui-même chercher à obtenir d'autres renseignements à cette fin. Il peut faire déposer un témoin ou un expert pendant la procédure (63). lesquels doivent, au préalable, faire la déclaration solennelle prévue - selon le cas - à l'article 79 du Règlement.

73. Les témoins, experts, sous l'autorité du Président du Tribunal, sont interrogés par les agents, conseils et avocats des parties en commençant par la partie qui a demandé à les entendre. Des questions peuvent lui être posées par le Président du Tribunal et les juges. Ils doivent demeurer, avant de déposer, hors de la salle d'audience (64). Toute décision visant à faire procéder à une enquête ou à une expertise est prise, les parties entendues, par une ordonnance, qui précise l'objet de l'en-

(62). Article 72 du Règlement. Avant l'ouverture de la procédure orale, chaque partie soumet au Tribunal: une note succincte exposant les questions qui constituent les points qui divisent encore les parties; un bref expose des arguments qu'elle souhaite développer en procédure orale et une liste de textes dont elle compte se prévaloir dans son argumentation (voir Lignes directrices, paragraphe 14).

(63). Article 77 du Règlement.

(64). A l'exception des experts scientifiques ou techniques choisis par le Tribunal conformément à l'article 289 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer. La preuve testimoniale est pratiquée par le Tribunal et la déposition est faite oralement à l'occasion de la comparution personnelle du témoin. Celui-ci est interrogé par les représentants de la partie qui le présentent suivi de l'interrogation contradictoire ou contre interrogatoire (cross examination) par ceux de l'autre partie. Il s'ensuit généralement un nouvel interrogatoire par les premiers et réponse aux questions éventuelles du Président et des juges. Cela peut se passer dans une langue autre que les langues de travail du Tribunal ([le Wolof dans l'affaire du Saiga]. Voir, *M/V tSaiga** (N° 2) {Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée, arrêt, TIDM, Recueil 1999, p. 10, paragraphe 2f et suivants; Affaire du «Thon à nageoire bleue» (Nouvelle-Zélande c. Japon et Australie c. Japon), Ordonnance du 3 août 1999, TIDM, Recueil 1999, p. 268, paragraphes 24 et suivants; Aff. aGamouco» (Panama c. France), arrêt du 7 février 2000, paragraphes 18 et suivants; Affaire «Monte Confurco» (Seychelles c. France) promptement mainlevée, arrêt du 18 décembre 2000, paragraphe 23; Aff. du «Grand Prince»), (Belize c. France) promptement mainlevée, arrêt du 20 avril 2001, paragraphe 25 et suivants; Aff. relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour), mesures conservatoires, ordonnance du 8 octobre 2003, paragraphes 20 et 21; Aff. du nJuno Trader», Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée Bissau, promptement mainlevée, arrêt du 18 décembre 2004, paragraphe 26

quête ou de l'expertise, fixe le nombre et le mode de désignation des enquêteurs ou experts et indique les formalités à observer. Le cas échéant, le Tribunal invite les enquêteurs ou experts à faire une déclaration solennelle. Tout rapport ou procès-verbal concernant l'enquête et tout rapport d'expert est communiqué aux parties auxquelles la possibilité est offerte de présenter des observations (65). Les témoins et experts, les enquêteurs et experts désignés, qui se présentent sur l'initiative du Tribunal, sont rémunérés sur les fonds de celui-ci (66).

74. Sauf décision contraire du Tribunal, toutes les plaidoiries, déclarations ou dépositions faites en audience dans une des langues officielles du Tribunal sont interprétées dans l'autre langue officielle. Si elles sont faites dans une autre langue, elles sont interprétées dans les deux langues officielles du Tribunal.

75. Lorsqu'une langue autre qu'une langue officielle est employée, il incombe à la partie intéressée de prendre toutes dispositions pour assurer l'interprétation dans l'une des langues officielles. Le Greffier prend les dispositions voulues pour contrôler l'interprétation assurée par une partie, aux frais de celle-ci. Dans le cas de témoins ou d'experts qui se présentent à l'initiative du Tribunal, l'interprétation est assurée par les soins du Greffier.

76. Si une langue autre qu'une des langues officielles du Tribunal doit être utilisée pour les plaidoiries, déclarations ou dépositions d'une partie, celle-ci en avise le Greffier à temps pour lui permettre de prendre toutes dispositions nécessaires, y compris pour le contrôle (67).

c) La fin de la procédure orale

77. Aux termes de l'article 88 du Règlement, quand les agents, conseils et avocats ont fait valoir, sous le contrôle du Tribunal, tous les moyens qu'ils jugent utiles, le Président du Tribunal prononce la clôture de la procédure orale. Les agents restent à la disposition du Tribunal.

78. Lorsqu'une des parties au différend ne se présente pas ou ne fait pas valoir ses moyens, l'autre partie peut demander au Tribunal de conti-

(65). Article 82 du Règlement.

(66). Article 83 du Règlement

(67). Article 85 du Règlement

nuer la procédure et de rendre sa décision. L'absence d'une partie ou le fait, pour une partie, de ne pas faire valoir ses moyens, ne fait pas obstacle au déroulement de la procédure. Avant de rendre sa décision, le Tribunal doit s'assurer non seulement qu'il a compétence pour connaître du différend, mais que la demande est fondée en fait et en droit (68).

79. Aussitôt la phase de procédure orale déclarée close, s'ouvre l'étape du «délibéré» qui aboutit à l'arrêt du Tribunal.

4. Le délibéré

a) Délibérations après la procédure orale

80. Les juges disposent de quatre jours ouvrables après la clôture de la procédure orale pour étudier les arguments présentés au Tribunal en l'espèce. Pendant cette période, ils peuvent aussi résumer leurs opinions provisoires sous forme d'aide-mémoires. Si le Président le juge approprié, compte tenu du déroulement de la procédure orale, une liste révisée des questions à examiner est distribuée. Le Tribunal détermine alors quelles sont les questions appelant une décision et invite les juges à exprimer leurs opinions provisoires sur ces questions ainsi que la solution à donner à l'affaire et les raisons principales qui la motivent. La parole est donnée aux juges dans l'ordre où ils la demandent. Le Président peut chercher à faire ressortir une opinion majoritaire à ce stade. Le Tribunal peut aussi décider que chaque juge préparera une brève note écrite distribuée aux autres juges dans un délai donné. Et le Tribunal reprend ses délibérations dès que possible, en se fondant sur les notes écrites (69).

b) Le comité de rédaction

81. Dès que possible durant les délibérations, le Tribunal constitue un comité de rédaction composé de cinq des juges constituant la majorité

(68). Article 28 du Statut. On se souviendra que l'Albanie s'est abstenue de présenter des conclusions dans la phase finale de l'affaire du Détroit de Corfou au motif qu'elle contestait la compétence de la Cour pour statuer sur les dommages-intérêts. La Cour a adjugé ses conclusions au Royaume-Uni; voir arrêt du 15 décembre 1949, CIJ, Recueil 1949, p. 244.

(69). Article 5 de la Résolution sur la pratique interne du Tribunal en matière judiciaire.

qui semble se dégager à ce moment. Ils doivent être choisis parmi les juges dont les exposés reflètent clairement l'opinion de la majorité qui semble se dégager. Le Président est d'office membre du comité de rédaction, à moins qu'il ne partage pas l'opinion de la majorité auquel cas il est remplacé par le Vice-président et, s'il ne peut être désigné pour le même motif, tous les membres sont choisis par le Tribunal. La présidence est alors assurée par le juge qui a rang le premier au sein du comité de rédaction (70).

82. Le Comité de rédaction se réunit immédiatement après sa création afin de préparer un avant-projet d'arrêt qui doit être achevé, en principe, dans un délai de trois semaines. A cette fin, tout membre du comité peut lui adresser des propositions écrites pour qu'il les examine en vue de les incorporer dans le projet.

83. Le comité de rédaction doit établir un projet d'arrêt qui, non seulement expose l'opinion de la majorité, mais qui soit également susceptible d'emporter une plus large adhésion au sein du Tribunal. L'avant-projet d'arrêt est distribué à tous les juges siégeant en l'affaire. Tout juge qui souhaite présenter des amendements ou des observations les soumet par écrit au comité dans les trois semaines qui suivent la distribution de l'avant-projet.

84. Une fois ces observations reçues et sauf décision contraire du comité, les membres du comité se réunissent normalement pour réviser le projet. Une fois le deuxième projet d'arrêt mis au point par les membres du comité, le Greffier en distribue le texte à tous les juges. Si le Président du Tribunal n'est pas membre du comité, le Président du comité le tient informé de l'avancement des travaux sur le projet d'arrêt ainsi que de la teneur de ce dernier (71).

c) Délibérations sur le projet d'arrêt

85. Elles ont lieu dès que possible après la distribution du projet d'arrêt et, en principe, trois mois au plus tard après la clôture de la procédure orale. Le Président du comité de rédaction présente le projet lequel est examiné par le Tribunal en première lecture; les juges souhaitent

(70). Article 6 de la Résolution sur la pratique interne du Tribunal en matière judiciaire.

(71). Article 7 de la Résolution sur la pratique interne du Tribunal en matière judiciaire.

en modifier le texte proposent des amendements. A ce stade, les juges, qui souhaitent présenter une opinion individuelle ou dissidente, en informent leurs collègues et indiquent la teneur générale de l'opinion qui devra être soumise avant l'examen du projet d'arrêt en seconde lecture. Ces juges continuent à participer à l'examen du projet d'arrêt et le Tribunal prend acte de leurs opinions. Le comité de rédaction fait distribuer un projet d'arrêt révisé à examiner en deuxième lecture, au cours de laquelle le Président demande si des juges désirent proposer des amendements nouveaux.

86. L'exposé des opinions individuelles ou dissidentes, opinions qui peuvent être émises par un ou plusieurs juges, doit être présenté dans un délai fixé par le Tribunal. Ces opinions doivent tenir compte de toutes modifications apportées au projet d'arrêt et être axées sur les points sur lesquels il y a encore divergence de vues (72).

d) Le vote

87. Lorsque le Tribunal a achevé la deuxième lecture du projet, le Président procède à un vote en vue de l'adoption du projet (73). Il est normalement procédé à un vote séparé sur chacune des dispositions du dispositif du jugement. Tout juge peut demander un vote distinct sur les points qui peuvent être séparés. Les juges doivent se prononcer seulement par un vote affirmatif ou négatif, exprimé en personne et par ordre inverse de préséance, étant entendu que, dans des cas exceptionnels admis par le Tribunal, un juge absent peut voter par des moyens de communication appropriés.

88. Un juge qui, pour cause de maladie ou tout autre motif dûment justifié auprès du Président, n'a pu assister à une partie des audiences ou des délibérations, peut voter si le Tribunal estime qu'il a suffisamment participé aux audiences et aux délibérations pour être en mesure de parvenir à une conclusion judiciaire sur tous les points de fait et de droit qui présentent de l'importance pour la décision à rendre en l'espèce (74).

(72). Article 8 de la Résolution sur la pratique interne du Tribunal en matière judiciaire. --

(73). Conformément à l'article 29 du Statut, relatif à la majorité requise pour la prise de décision.

(74). Article 9 de la Résolution sur la pratique interne du Tribunal en matière judiciaire.

89. Il est à noter que le Tribunal peut, dans une affaire déterminée, décider de s'écarter de la procédure ci-dessus exposée s'il y a urgence ou lorsque les circonstances le justifient conformément à l'article 11 de la Résolution sur la pratique interne du Tribunal en matière judiciaire.

5. L'arrêt du tribunal

90. Lorsque le Tribunal a achevé son délibéré et adopté son arrêt, notification est faite aux parties de la date à laquelle il en sera donné lecture. L'arrêt est lu en audience publique du Tribunal; il est considéré comme ayant force obligatoire pour les parties du jour de son prononcé (75).

91. La décision du Tribunal est définitive et toutes les parties au différend doivent s'y conformer (76). Elle n'est obligatoire que pour les parties et dans le cas qui a été décidé (77). En cas de contestation sur le sens et la portée de la décision, il appartient au Tribunal de l'interpréter, à la demande de toute partie (78).

92. Une partie ne peut demander la révision d'un arrêt qu'en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de l'arrêt, était inconnu du Tribunal et de la partie qui demande la révision, sans qu'il y ait, de sa part, faute à l'ignorer. La demande doit être formée six mois au plus après la découverte du fait nouveau et avant l'expiration d'un délai de dix ans à dater de l'arrêt.

93. La procédure de révision s'ouvre par une décision du Tribunal constatant expressément, dans un arrêt, l'existence du fait nouveau, lui reconnaissant les caractères qui donnent accès à la révision et déclarant de ce chef la demande recevable (79).

94. La procédure qui vient d'être examinée est la procédure normale devant le Tribunal. Il convient maintenant de décrire les procédures incidentes lesquelles modifient le déroulement des affaires.

(75). Article 124 du Règlement.

(76). Article 33, paragraphe premier du Statut.

(77). Ibid, paragraphe 2.

(78). Ibid, paragraphe 3.

(79). Article 127 du Règlement.

II. - LES PROCEDURES INCIDENTES

95. Comme l'indique la Cour internationale de Justice :

«Par définition, les procédures incidentes sont celles qui surviennent incidemment au cours d'une affaire déjà portée devant la Cour ou une Chambre. Une procédure incidente ne saurait être une procédure qui transforme cette affaire en une affaire différente avec des parties différentes (80).

96. Ces procédures ne donnent donc pas lieu à l'introduction d'une nouvelle instance mais elles affectent le cours ordinaire de celle-ci. Il peut s'agir de moyens tendant à faire déclarer la procédure irrégulière, à en suspendre le cours ou encore à mettre un terme à l'instance.

97. Les procédures incidentes peuvent s'analyser soit sous l'angle d'incidents relatifs à la modification des éléments du rapport juridique d'instance soit sous celui d'incidents d'instance. Elles aboutissent à un jugement avant-dire droit permettant au Tribunal de rendre une ordonnance qui, tout en étant immédiatement exécutoire n'a aucun caractère définitif; ou alors à un jugement définitif créateur au profit des parties, de droits ou d'obligations de nature également définitive; que le Tribunal se déclare incompétent ou qu'il tranche le litige au fond.

98. On étudiera successivement les mesures conservatoires, les procédures préliminaires, les exceptions préliminaires, les demandes reconventionnelles, l'intervention et le désistement.

A. — *Les mesures conservatoires*

(80). Affaire du Différend frontalier terrestre insulaire et maritime (El Salvador c Honduras), arrêt du 13 septembre 1990, Requête à fin d'intervention formulée par le Nicaragua, C.I.J. Recueil 1990, p. 134, paragraphe 98. En parlant de l'intervention, la Cour (§97) explique que le but d'une intervention fondée sur l'article 02 du Statut est de protéger un «intérêt d'ordre juridique» d'un Etat susceptible d'être affecté par une décision, dans une affaire pendante entre d'autres Etats, à savoir les parties à cette affaire. Son but n'est pas de mettre l'Etat intervenant en mesure de greffer une nouvelle affaire sur la précédente, de devenir une nouvelle partie et d'obtenir ainsi que la Cour se prononce sur ses propres prétentions. Une affaire avec une nouvelle partie et de nouvelles questions à trancher serait une affaire nouvelle. La différence entre l'intervention en vertu de l'article 62 et la constitution d'une nouvelle partie à une affaire n'est pas seulement une différence de degré ; c'est une différence de nature. Comme la Cour l'a relevé en 1984 : «Rien dans l'article 62 n'indique que ce texte ait été conçu comme un autre moyen de saisir la Cour d'un litige supplémentaire matière qui relève de l'article 40 du Statut - ou comme un moyen de faire valoir les droits propres d'un Etat non partie à l'instance* (Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne. c Malte), requête à fin d'intervention, C.I.J. Recueil 1984, p. 23. paragraphe 37).

99. Le Tribunal peut prescrire des mesures conservatoires dans deux cas de figure : lorsqu'il est dûment saisi d'un différend conformément à l'article 290 paragraphe premier de la Convention (1); et en attendant la constitution d'un tribunal arbitral conformément à l'article 290 paragraphe 5 de la Convention (2).

1. *La saisine préalable du Tribunal*

100. Si une cour ou un tribunal dûment saisi d'un différend considère *prima facie*, avoir compétence en vertu de la présente partie ou de la section 5 de la partie XI, cette cour ou ce tribunal peut prescrire toutes mesures conservatoires qu'il juge appropriées en la circonstance pour préserver les droits respectifs des parties en litige ou pour empêcher que le milieu marin ne subisse de dommages graves en attendant la décision définitive (81).

101. La demande en prescription de mesures conservatoires peut être présentée par une partie à tout moment de la procédure engagée relative au différend soumis au Tribunal (82). Elle est présentée par écrit et indique les mesures sollicitées, les motifs sur lesquels elle se fonde et les conséquences éventuelles de son rejet en ce qui concerne la préservation des droits respectifs des parties ou la préservation de dommages graves au milieu marin (83).

102. Le Tribunal peut également prescrire des mesures conservatoires afin de prévenir tout dommage aux stocks de poissons conformément à l'article 31, paragraphe 2, 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 chevauchants et des stocks de poissons grands migrateurs (84).

103. Dans l'affaire « Saiga N° 2 », Saint-Vincent-et-les-Grenadines a eu à présenter une demande en prescription de mesures conservatoires.

(81). Article 290, paragraphe premier de la Convention.

(82). Article 89, paragraphe premier du Règlement.

(83). Article 82, paragraphe 3 du Règlement.

(84). Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relative à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs, adopte le 4 août 1995; voir le site web du Tribunal: www.tidm.org [textes de base].

A la suite de l'échange de lettres en date du 20 février 1998 constituant un accord entre la Guinée et Saint-Vincent-et-les-Grenadines en vue de soumettre au Tribunal le différend concernant le navire Saiga, le Tribunal devait rendre une ordonnance par laquelle la demande en prescription de mesures conservatoires est considérée comme ayant été dûment présentée au Tribunal en application de l'article 290, paragraphe premier de la Convention (85). On se rappellera qu'à la suite d'une demande introduite par Saint-Vincent-et-les-Grenadines en vue de la prompte mainlevée de l'immobilisation du Saiga et de la prompte libération de son équipage en application de l'article 292 de la Convention, le Tribunal a rendu un arrêt le 4 décembre 1997. L'instance pendante entre les deux Etats était relative au fond du différend, à ce moment (86).

104. Les mesures conservatoires peuvent également être prescrites lorsqu'un différend sur le fond a été soumis à un tribunal arbitral, en attendant la constitution de celui-ci.

2. Dans l'attente de la constitution d'un tribunal arbitral

a) la prescription des mesures

105. En attendant la constitution d'un tribunal arbitral saisi d'un différend en vertu de la présente section, toute cour ou tout tribunal désigné d'un commun accord par les parties ou, à défaut d'accord dans un délai de deux semaines à compter de la date de la demande de mesures conservatoires, le Tribunal international du droit de la mer ou, dans le cas d'activités menées dans la Zone, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins, peut prescrire, modifier ou rapporter des mesures conservatoires conformément au présent article s'il considère, *prima facie*, que le tribunal devant être constitué aurait compétence et s'il estime que l'urgence de la situation l'exige. Une fois constitué, le tribunal saisi du différend, agissant conformément aux paragraphes 1 à 4, peut modifier, rapporter ou confirmer ces mesures conservatoires (87).

106. Les mesures conservatoires ne peuvent être prescrites qu'à la demande d'une partie au différend et après que la possibilité de se faire

(85). Affaire du Navire «Saiga» (N° 2) [Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée], Demande en prescription de mesures conservatoires, Ordonnance du 11 mars 1998.

(86). Ce sera l'objet de l'arrêt du 1er juillet 1999, voir Affaire du Navire «Saiga» (N° 2) [Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée], (Fond), Arrêt, TIDM, Recueil 1999, p. 10.

(87). Article 290, paragraphe 5 de la Convention.

entendre a été donnée aux parties (88).

107. La demande peut être présentée à tout moment si les parties en conviennent ou après un délai de deux semaines à compter de sa notification à la partie adverse, si les parties ne conviennent pas de soumettre la question à toute autre cour ou tout autre tribunal (89).

108. Si le Tribunal ne siège pas ou si le nombre des membres disponibles est inférieur au quorum, les mesures conservatoires sont prescrites par la chambre de procédure sommaire. Et, nonobstant l'article 15 paragraphe 4 [du Statut], ces mesures conservatoires peuvent être prescrites à la demande de toute partie au différend. Elles sont sujettes à appréciation et à révision par le Tribunal (90). Il le fait à la demande d'une partie, faite par écrit dans un délai de 15 jours après la prescription de ces mesures. Le Tribunal peut également à tout moment décider d'office de réexaminer ou de réviser ces mesures (91). Il s'agit là d'une exception à la règle selon laquelle l'organe judiciaire ne peut statuer que dans les limites des demandes des parties.

109. Les mesures conservatoires peuvent être prescrites même si la compétence du Tribunal est contestée. Cela a été le cas notamment dans l'affaire du «Thon à nageoire bleue» (92). La Nouvelle-Zélande et l'Australie avaient demandé, en effet, au Tribunal de prescrire des mesures conservatoires alors que la compétence de l'organe judiciaire pour ce faire était contestée par le Japon.

110. Pour ce pays:

« L'Australie et la Nouvelle-Zélande doivent remplir deux conditions afin qu'un tribunal constitué conformément à l'annexe VII soit compétent pour connaître de ce différend et afin que le Tribunal de céans [le TIDM] puisse accueillir une demande en prescription de mesures conservatoires en vertu de l'article 290, paragraphe 5 en attendant la constitution du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII.

(88). Article 290, paragraphe 3 de la Convention

(89). Article 89, paragraphe 2 du Règlement.

(90). Article 25, paragraphe 2 du Statut. L'article 15, paragraphe 4 du Statut dispose: «Tout jugement rendu par l'une des chambres prévues au présent article et à l'article 14 de la présente annexe, est considéré comme rendu par le Tribunal.

(91). Article 91, paragraphe 2 du Règlement.

(92). Affaire du Thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon-, Australie c. Japon), mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, TIDM, Recueil 1999, p. 280.

En premier lieu, le tribunal prévu à l'annexe VII doit être *prima facie* compétent. Ceci signifie notamment que le différend doit concerner l'interprétation ou l'application de la Convention sur le droit de la mer et non un autre accord international quel qu'il soit. En second lieu, l'Australie et la Nouvelle-Zélande doivent avoir tenté, de bonne foi, de parvenir à un règlement amiable conformément aux dispositions de la section 1 de la partie XV de la Convention. L'Australie et la Nouvelle-Zélande n'ayant rempli aucune de ces deux conditions, le tribunal prévu à l'annexe VII ne saurait être considéré, *prima facie*, comme étant compétent et, dès lors, ce Tribunal n'est pas habilité à prescrire des mesures conservatoires) (93).

111. Le Tribunal a cependant fait droit à la requête de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande. Le Tribunal considère que ces deux Etats ont invoqué, en tant que base de la compétence du tribunal arbitral, l'article 288 paragraphe premier de la Convention, qui est conçu comme suit: «Une cour ou un tribunal visé à l'article 287 à compétence pour connaître de tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention qui lui est soumis conformément à la présente partie» (94).

112. De l'avis du Tribunal, les dispositions de la Convention invoquées par l'Australie et la Nouvelle-Zélande se révèlent être une base sur laquelle la compétence du tribunal arbitral pourrait être fondée (95).

113. Qui plus est, le Tribunal considère que la conservation des ressources biologiques de la mer constitue un élément essentiel de la protection et de la préservation du milieu marin. Il relève en outre que les parties ne sont pas divisées sur le fait que le stock du thon à nageoire bleue se trouve dans un état d'épuisement grave et aux niveaux les plus bas historiquement, ce qui est source d'une grave préoccupation sur le plan biologique (96). Ce sont là quelques motifs qui ont poussé le Tribunal à penser que des mesures conservatoires étaient appropriées dans les circonstances de l'espèce.

114. De même, des mesures conservatoires ont été prescrites par le Tribunal dans l'affaire de la Polderisation (97), même si sa compétence et la recevabilité de la requête ont été contestées.

115. Dans cette affaire : «Singapour pense, en ce qui concerne le

(93). Ibid. pp. 289-290.

(94). Ibid. p. 293, paragraphe 40; voir aussi les §§41-44.

(95). Ibid. p. 294, paragraphe 52; le texte anglais faisant foi.

(96). Ibid. p. 295, paragraphe 40, paragraphes 70-71.

(97). Affaire relative aux travaux de polderisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour), mesures conservatoires, affaire n° 12, Ordonnance du 8 octobre 2003. Voir site web du Tribunal : www.tidm.org

fond, que la demande la Malaisie pour des mesures conservatoires doit être rejetée, mais espère que le Tribunal n'arrivera pas à traiter de cette question, mais rejettera d'entrée de jeu *in limine litis*, dès le seuil de ce différend, la demande de la Malaisie pour des mesures conservatoires, au motif qu'il y a incompétence et irrecevabilité et au motif que la Malaisie a exploité et violé les procédures prescrites qui sont fondamentales» (98). Singapour soutenait que la demande de la Malaisie n'était pas recevable, car elle «n'indique pas... les conséquences éventuelles... en ce qui concerne la préservation des droits respectifs des parties en litige ou la prévention de dommages graves au milieu marin, contrairement à ce qu'exige l'article 89, paragraphe 3 du Règlement et, en outre, que la demande n'indique pas l'urgence de la situation', contrairement à ce qu'exige l'article 89, paragraphe 4, du Règlement» (99).

116. Et le Tribunal, considérant l'incidence possible des travaux de poldérisation sur le milieu marin, a conclu que la circonspection et la prudence commandent à la Malaisie et à Singapour de mettre en place des mécanismes en vue d'un échange d'informations et de l'évaluation des risques ou effets que pourraient entraîner les travaux de poldérisation, et de trouver des moyens d'y faire face dans les zones affectées (100).

117. La présentation d'une demande, en prescription de mesures conservatoires au Tribunal en attendant la constitution d'un tribunal arbitral, s'effectue en deux temps. D'une part, une procédure d'arbitrage est instituée par notification écrite adressée à l'autre partie au différend. La notification est accompagnée de l'exposé des conclusions et des motifs de droit sur lesquels elle se fonde. D'autre part, la demande est notifiée à l'autre partie. Elle peut être présentée conjointement avec la notification de l'arbitrage.

118. La notification de la requête fait courir le délai de deux semaines à compter duquel une demande peut être soumise au Tribunal (101).

119. La demande, présentée par écrit, indique les mesures sollicitées, les motifs sur lesquels elle se fonde, les conséquences éventuelles de

(98). Voir Plaidoirie du Pr. REISMAN, audience du 26/09/2003 (matinée), ITLOS/PV.03/03 du 26 septembre 2003, p. 24, lignes 6 à 11.

(99). Voir Ordonnance précitée (note 96), paragraphe 60.

(100). Ibid, paragraphe 99.

(101). Article 89, paragraphe 2 du Règlement.

son rejet en ce qui concerne la préservation des droits respectifs des parties ou la prévention de dommages graves au milieu marin. Elle indique également les moyens de droit sur la base desquels le tribunal arbitral devant être constitué aurait compétence, ainsi que l'urgence de la situation. La demande comporte, en outre, en annexe la copie certifiée conforme de la notification ou de tout autre document introduisant l'instance devant le tribunal arbitral (102), ainsi que des copies certifiées conformes de tous documents pertinents produits à l'appui des thèses formulées dans la requête sont annexées à l'original de cette pièce (103).

120. Dès réceptions de la demande, le Greffier en transmet immédiatement une copie certifiée conforme au défendeur. Tous les actes accomplis au nom des parties après l'introduction d'une instance le sont par des agents. Les agents doivent avoir à Hambourg ou Berlin un domicile élu auquel sont adressées toutes les communications relatives à l'affaire (104). A la réception de la copie certifiée conforme de la requête, le défendeur fait connaître au Tribunal le nom de son agent (105). Le Président se renseigne auprès des parties au sujet des questions de procédure avant de rendre les ordonnances nécessaires à cet effet.

121. Le Tribunal ou, s'il ne siège pas, le Président, fixe la date de la procédure orale au plus tôt. Le Tribunal prend en considération toutes observations qui peuvent lui être présentées par une partie avant la clôture de cette procédure (106). En pratique, les défendeurs présentent des observations au Tribunal avant l'ouverture de l'audience.

122. La procédure orale consiste en l'audition par le Tribunal des agents, conseils, avocats, témoins et experts (107). L'audience est publique, à moins que le Tribunal n'en décide autrement ou que les parties ne demandent le huis-clos (108). La demande en prescription de mesures conservatoires à priorité sur toutes autres procédures devant le Tribunal (109). Pour ces procédures d'urgence, les audiences s'ouvrent deux ou trois

(102). Article 89, paragraphes 3 et 4 du Règlement.

(103). Article 63, paragraphe premier du Règlement.

(104). Article 56, paragraphe premier du Règlement.

(105). Article 56, paragraphe 2 du Règlement.

(106). Article 90, paragraphes 2 et 3 du Règlement

(107). Article 44, paragraphe 3 du Règlement.

(108). Article 26, paragraphe 2 du Statut.

(109). Article 90, paragraphe premier du Règlement; sans préjudice de l'article 112, paragraphe premier du Règlement relatif à la demande de prompt mainlevée de l'immobilisation du navire ou de prompt libération de son équipage.

semaines après la présentation de la demande au Tribunal. Elles se déroulent en général sur deux ou trois jours par affaire. Chaque partie peut faire entendre des témoins et experts.

123. Il suffit qu'elle prenne soin de communiquer au Greffier, avant l'ouverture de la procédure orale, la liste des témoins et experts qu'elle désire faire entendre, avec l'indication des points sur lesquels doit porter la déposition. Copie certifiée conforme de cette communication doit être également fournie pour transmission à la partie adverse (110).

c) L'ordonnance et ses effets

124. Dans la pratique actuelle du Tribunal, il s'écoule environ un mois entre la présentation de la demande en prescription de mesures conservatoires et le prononcé de l'ordonnance. Celle-ci est lue lors d'une audience publique du Tribunal. Elle est notifiée aux parties au différend et, si le Tribunal le juge approprié, à d'autres Etats Parties (111).

125. Le Tribunal peut prescrire des mesures totalement ou partiellement différentes de celles qui sont sollicitées. Il peut également indiquer les parties qui doivent prendre ou exécuter chaque mesure(112). Comme pour les arrêts, les juges qui ne votent pas avec la majorité de leurs collègues sont autorisés à joindre l'exposé de leurs opinions dissidentes, ou leurs opinions individuelles. Ils peuvent également faire des déclarations.

126. Chaque partie au différend est tenue de se conformer sans retard à toutes mesures conservatoires prescrites en vertu de l'article 290 de la Convention (113). Le caractère obligatoire conféré aux ordonnances par la Convention engendre l'obligation pour les parties au différend de les appliquer sans retard. L'article 290 de la Convention dispose que le Tribunal «peut prescrire... des mesures conservatoires...».

127. La forme que peut prendre la prescription des mesures conservatoires a pu jeter un doute sur la force obligatoire des mesures en raison de la pratique de la CIJ laquelle « indique » ces mesures aux termes de l'article 41 de son Statut (114).

128. Il faut se rappeler que les décisions relatives aux mesures conservatoires procèdent d'un jugement avant-dire droit qui permet au

(110). Article 72 du Règlement.

(111). Article 290, paragraphe 4 de la Convention

(112). Article 89, paragraphe 5 du Règlement.

(113). Article 290, paragraphe 6 de la Convention

(114). Il faut ici rappeler l'arrêt de la Cour sur le fond du 27 juin 2001 dans l'affaire La Grand qui n'hésite pas à reconnaître une force obligatoire aux ordonnances

Tribunal de rendre une ordonnance qui, tout en étant immédiatement exécutoire, n'a aucun caractère définitif. La force obligatoire découle non seulement de la forme mais aussi du contenu. Qui plus est, les travaux préparatoires à la Convention tranchent très nettement la question. Les Etats parties, en choisissant l'expression «prescription des mesures conservatoire» ont entendu conférer à ces décisions judiciaires un caractère obligatoire.

129. C'est ce que rappelle le Tribunal dans l'affaire du Thon à nageoire bleue lorsqu'il considère «le caractère obligatoire des mesures prescrites et la disposition énoncée à l'article 290, paragraphe 6, de la Convention selon laquelle il faut se conformer à ces mesures sans retard (115). C'est pourquoi, chaque partie doit informer le Tribunal au plus tôt des dispositions qu'elle a prises pour mettre en œuvre les mesures conservatoires prescrites par le Tribunal.

130. En particulier, chaque partie présente un rapport initial sur les dispositions qu'elle a prises ou qu'elle se propose de prendre pour se conformer sans retard aux mesures prescrites (116). De plus, le Tribunal peut demander aux parties un complément d'information concernant toutes questions relatives à la mise en œuvre des mesures conservatoires par lui prescrites (117).

B. - Les procédures préliminaires

131. L'article 294 de la Convention prévoit que la cour ou le tribunal prévu à l'article 287 saisi d'une demande au sujet d'un différend visé à l'article 297 décide, à la requête d'une partie, où peut décider d'office, si cette demande constitue un abus des voies de droit ou s'il est établi *prima facie* qu'elle est fondée. Si la cour ou le tribunal décide que la demande constitue un abus des voies de droit où qu'elle est *prima facie* dénuée de fondement, il cesse d'examiner la demande.

132. A la réception de la demande, la cour ou le tribunal la notifie à l'autre ou aux autres parties et fixe un délai raisonnable dans lequel elles peuvent lui demander de statuer sur les points ci-dessus visés.

133. Le Tribunal peut également décider, dans un délai de deux mois suivant la date de présentation d'une requête, d'examiner proprio motu

(115). Affaire du thon a nageoire bleue, op. cit. (note n° 91), p 297, paragraphe 87.

(116). Article 95, paragraphe premier du Règlement.

(117). Article 95, paragraphe 2 du Règlement

la question de l'application de l'article 294 paragraphe premier de la Convention (118).

134. La demande, par le défendeur, d'une décision conformément à l'article 294 de la Convention, est présentée par écrit et indique les motifs permettant au Tribunal d'établir que la requête concerne un différend visé à l'article 297 de la Convention et que la prétention du requérant constitue un abus des voies de droit ou est *prima facie* dénué de fondement (119).

135. Dès réception d'une telle demande ou d'office, le Tribunal ou, s'il ne siège pas, le Président fixe un délai ne dépassant pas 60 jours dans lequel les parties peuvent présenter leurs observations et conclusions écrites. La procédure sur le fond est suspendue (120) et sauf décision contraire du Tribunal, la suite de la procédure est orale (121).

136. Les observations et conclusions écrites ainsi que les exposés et moyens de preuve présentés pendant les audiences sont limités aux points ayant trait à la question de savoir si l'objet de la requête constitue un abus des voies de droit ou si elle est *prima facie* dénuée de fondement, et si la requête concerne un différend visé à l'article 297 de la Convention. Toutefois, le Tribunal peut inviter les parties à débattre tous points de fait et de droit et à produire tous moyens de preuve qui ont trait à la question (122). Le Tribunal statue par voie d'arrêt (123).

137. On peut relever l'extrême rareté de la pratique relative aux procédures préliminaires. La question a cependant été soulevée dans l'affaire «Camouco» entre le Panama et la France (124) à propos de la recevabilité de la requête.

138. Le Représentant de la France, M. Dobelle s'exprimait ainsi:

«Je voudrais maintenant examiner les questions portant sur la recevabilité de la requête.

Tout d'abord, l'irrecevabilité à tout le moins partielle de la requête pourrait être invoquée au motif qu'elle s'apparente à un abus des voies de droit - je dis bien un abus des voies de droit et non pas un abus de droit, comme cela a été allégué ce matin.

(118). Article 96, paragraphe 3 du Règlement

(119). Article 96, paragraphe 4 du Règlement

(120). Article 96, paragraphe 5 du Règlement

(121). Article 96, paragraphe 7 du Règlement

(122). Article 96, paragraphe 7 du Règlement

(123). Article 96, paragraphe 8 du

(124). Affaire du «Comouco» (*Panama c. France*), *promptement levée*, TIDM mémoire, procès verbaux et documents, 2000, vol. 5, pp. 228-229

Certes, la France n'ignore pas que les procédures préliminaires prévues à l'article 294 de la Convention ne sont pas, en principe, applicables et qu'elles pourraient d'ailleurs difficilement être appliquées en pratique dans le cadre d'une instance relative à une question de mainlevée au titre de l'article 292.

Cependant, la notion d'abus des voies de droit à laquelle visent à répondre les procédures de l'article 294 n'est pas totalement étrangère à la présente affaire. En effet, en avançant l'allégation selon laquelle la France aurait violé les dispositions de l'article 58 de la Convention, la requête du Panama a purement et simplement allégué que l'Etat côtier a contrevenu à la Convention en ce qui concerne la liberté et le droit de navigation', pour reprendre les dispositions de l'article 297, paragraphe premier, lettre a.

Mais, même si, comme nous l'avons démontré par ailleurs, cette allégation n'entre pas dans le cadre de la compétence du Tribunal dans la procédure faisant l'objet de la présente instance, il n'en demeure pas moins que le Panama a ainsi paru présenter 'une demande au sujet d'un différend visé à l'article 297' selon les termes de l'article 294. Et ceci pourrait conduire à se demander si la requête énonçant une telle demande ne pourrait pas être regardée comme 'un abus des voies de droit'. Je me borne ici à soulever la question. Le Tribunal appréciera » (125).

L'on se souvient que le Tribunal n'a pas fait droit à ce moyen, en l'espèce.

C. - Les exceptions préliminaires

139. L'exception préliminaire est un «moyen invoqué au cours de la première phase d'une instance tendant à obtenir que le tribunal saisi tranche une question préalable avant d'aborder l'examen du fond de l'affaire, le but de l'exception étant le plus souvent d'obtenir qu'il ne soit pas passé à l'examen du fond»(126).

140. Le Règlement caractérise l'exception préliminaire par l'effet de son invocation sur le cours de la procédure. Lorsque ce moyen a pour effet de mettre fin définitivement à la procédure sur le fond, c'est une exception préliminaire d'incompétence. Lorsqu'au contraire l'effet est de suspendre la procédure sur le fond jusqu'à ce qu'un certain nombre de conditions soient remplies, alors on est en présence d'une exception d'irrecevabilité de la requête comme, par exemple, dans le cas de l'épuisement des voies de recours internes.

141. Dans chaque cas de figure, il appartient au Tribunal de trancher parce qu'«en cas de contestation sur le point de savoir si une cour ou un

(125) Ibid. Audience du 27 janvier 2000, après midi.

(126) J BASDEVANT, Dictionnaire de la terminologie du droit international, p. 273.

tribunal est compétent, la cour ou le tribunal décide (127).

142. La procédure à suivre est définie à l'article 97 du Règlement. Toute exception à la compétence du Tribunal ou à la recevabilité de la requête ou toute autre exception sur laquelle une décision est demandée avant que la procédure sur le fond se poursuive, doit être présentée par écrit 90 jours au plus tard après l'introduction de l'instance (128).

143. L'acte introductif de l'exception contient l'exposé de fait et de droit sur lequel l'exception est fondée ainsi que les conclusions (129).

144. Dès réception par le Greffe de l'acte introductif de l'exception, la procédure sur le fond est suspendue et le Tribunal ou, s'il ne siège pas, le Président fixe un délai ne dépassant pas 60 jours, dans lequel la partie adverse peut présenter ses observations et conclusions écrites. Le Tribunal fixe un nouveau délai ne dépassant pas 60 jours à compter de la date de réception de ses observations et conclusions, dans lequel la partie qui soulève l'exception peut présenter ses observations et conclusions écrites en réponse. Les documents à l'appui sont annexés à ces exposés sous forme de copies et les moyens éventuels de preuve sont indiqués (130). Sauf décision contraire du Tribunal, la suite de la procédure est orale(131).

145. Les observations et conclusions écrites ci-dessus mentionnées ainsi que les exposés et moyens de preuve présentés pendant les audiences sont limités aux points ayant trait à l'exception. Toutefois, le Tribunal peut, le cas échéant, inviter les parties à débattre tous points de fait et de droit et à produire tous moyens de preuve qui ont trait à la question (132). S'ouvre alors la phase de délibération.

146. Le Tribunal statue dans un arrêt par lequel soit il retient l'exception, soit la rejette, soit déclare que cette exception n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire. Si le Tribunal rejette l'exception ou déclare qu'elle n'a pas un caractère exclusivement préliminaire, il fixe les délais pour la suite de la

(127). Article 288, paragraphe 4 de la Convention. Voir aussi l'article 58 du Règlement.

(128). Article 97, paragraphe premier du Règlement.

(129). Article 97, paragraphe 2 du Règlement.

(130). Article 97, paragraphe 3 du Règlement.

(131).Article 97, paragraphe 4 du Règlement.

(132). Article 97, paragraphe 5 du Règlement

procédure (133).

147. Enfin le Tribunal donne effet à tout accord intervenu entre les parties et tendant à ce qu'une exception soulevée en vertu du paragraphe 1 soit tranchée lors de l'examen au fond (134).

148. Cette jonction au fond des exceptions préliminaires a été appliquée par le Tribunal dans l'affaire du «Saiga» (N° 2) sur le fondement de l'accord du 20 février 1998 entre la Guinée et Saint-Vincent-et-les-Grenadines dont l'article 2 dispose :

«Les procédures écrite et orale devant le Tribunal international du droit de la mer comprendront une seule phase au cours de laquelle tous les aspects du fond du différend (y compris les dommages et intérêts et dépens) et l'exception d'incompétence soulevée par le Gouvernement guinéen dans son exposé en réponse du 30 janvier 1998 seront examinées)) (135).

149. Les exceptions préliminaires sont souvent soulevées par le défendeur lorsque l'instance est introduite par voie de requête. Cela a été particulièrement le cas devant ce Tribunal en particulier dans les matières où celui-ci exerce une juridiction obligatoire.

D- Les demandes reconventionnelles

150. Une demande reconventionnelle s'entend d'une «demande incidente par laquelle une partie à une instance prétend obtenir, en sus du rejet de la demande introduite contre elle, la satisfaction par la partie adverse d'une prétention entretenant un lien de connexité avec l'objet de la demande de cette partie (136)

151. Aux termes de l'article 98, trois conditions doivent être remplies pour qu'une demande reconventionnelle soit recevable. D'abord, une partie peut présenter une demande reconventionnelle pourvu qu'elle soit en connexité directe avec l'objet de la demande de la partie adverse.

Ensuite, la demande reconventionnelle doit porter sur un objet entrant dans la compétence du Tribunal. Enfin, la demande reconventionnelle est présentée dans le contre-mémoire de la partie dont elle émane et figure parmi ses conclusions (137). Cette dernière condition révèle

(133). Article 97, paragraphe 6 du Règlement.

(134). Article 97, paragraphe 7 du Règlement

(135). Affaire du Navire « Saiga », op. cit. (note 85), page 15.

(136). Dictionnaire du droit international public (sous la direction de J. Salmon), p. 316

(137). Article 98, paragraphe premier et 2 du Règlement

que l'instance doit être introduite par voie de requête, mettant les parties dans une relation de demandeur et défendeur.

152. La demande reconventionnelle pourrait difficilement être formée au cours d'une procédure introduire par voie de compromis ou il n'y a ni demandeur ni défendeur et ou le dépôt des pièces de la procédure peut être simultané (138).

153. Si le rapport de connexité entre la demande présentée comme demande reconventionnelle et l'objet de la demande de la partie adverse n'est pas apparent, le Tribunal après avoir entendu les parties, décide s'il y a lieu ou non de joindre cette demande à l'instance initiale (139).

154. La demande reconventionnelle étant une demande incidente, le Tribunal statue, à son propos, dans les mêmes termes que la demande principale. Le sort des deux types de demandes apparaît ainsi lié.

155. Dans l'affaire du *Thon à nageoire bleue*, le Japon a présenté une demande reconventionnelle (140) mais le Tribunal ne s'est pas prononcé sur ce moyen.

E- L'intervention

156. Il peut arriver qu'il y ait une modification des éléments constitutifs du rapport juridique d'instance caractérisé par les prétentions respectives des parties, déterminant l'objet du différend, lequel est établi par l'acte introductif d'instance et les conclusions.

157. L'intrusion d'un tiers - par rapport au procès à l'origine - au cours de l'instance est qualifiée d'intervention.

158. Il faut opérer une distinction entre la demande d'intervention (141) et le droit d'intervention à propos de questions d'interprétation ou d'application (142).

159. Dans le premier cas de figure, lorsqu'un Etat Partie estime que, dans un différend, un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause, il peut adresser au Tribunal une requête aux fins d'intervention. Le Tribunal se prononce sur la requête. S'il fait droit à la requête, sa décision concernant le différend est obligatoire pour l'Etat intervenant dans la

(138). Article 61, paragraphe 3 du Règlement

(139). Article 98, paragraphe 3 du Règlement

(140). Affaire du (*Thon à la nageoire bleue*), op. cit. (note 86), pp. 291-292, paragraphe 35.

(141). Article 31 du Statut.

(142). Article 32 du Statut.

mesure où elle se rapporte aux points faisant l'objet de l'intervention.

160. La partie intervenante doit prouver qu'elle a un intérêt à intervenir.

Dans le second cas de figure, lorsqu'une question d'interprétation ou d'application de la Convention se pose, le Greffier en avertit sans délai tous les Etats Parties.

161. Lorsque, dans le cadre des articles 21 et 22 du Statut(143), une question d'interprétation ou d'application d'un accord international se pose, le Greffier en avertit toutes les parties à cet accord. Chaque partie a le droit d'intervenir au procès; si elle exerce cette faculté, l'interprétation contenue dans le jugement est obligatoire à son égard.

162. La procédure à suivre pour la demande d'intervention (article 31 du Statut) et pour le droit d'intervention (article 32 du Statut) est définie dans le Règlement.

163. Une requête à fin d'intervention fondée sur l'article 31 du Statut est déposée trente jours au plus tard après la date à laquelle le contre-mémoire est mis à disposition. Toutefois, dans des circonstances exceptionnelles, le Tribunal peut connaître d'une requête présentée ultérieurement.

164. La requête doit être signée par l'agent - ou une personne dûment autorisée - et indiquer le nom et l'adresse de l'agent. Elle précise l'affaire qu'elle concerne et spécifie : a) l'intérêt d'ordre juridique qui, selon l'Etat Partie demandant à intervenir, est pour lui en cause; b) l'objet précis de l'intervention.

165. Une requête à fin d'intervention fondée sur l'article 31 du Statut peut être admise indépendamment du choix fait par le requérant en vertu de l'article 287 de la Convention. La requête contient un bordereau des documents à l'appui, qui sont annexés sous forme de copies (144).

166. Un Etat Partie ou une entité autre qu'un Etat Partie visée à l'article 32 du Statut, qui désire se prévaloir du droit d'intervention, dépose à cet effet une déclaration. Ladite déclaration est déposée trente jours au plus tard après la date à laquelle le contre-mémoire est mis à disposition. Toutefois, dans des circonstances exceptionnelles, le Tribunal peut connaître d'une déclaration présentée ultérieurement.

167. La déclaration doit être signée par l'agent et indiquer son nom

(143). L'article 20 du Statut est relatif à l'«accès» au Tribunal, tandis que l'article 21 traite de la compétence de celui-ci.

(144). Article 99 du Règlement.

et son adresse. Elle précise l'affaire qu'elle concerne et a) indique les dispositions de la Convention ou de l'accord international dont la partie déclarante estime que l'interprétation ou l'application est en cause; b) contient un exposé de l'interprétation qu'elle donne de ces dispositions ou de l'application qu'elle en fait; c) inclut un bordereau des documents à l'appui qui sont annexés sous forme de copies (145).

168. Copie certifiée conforme de la requête à fin d'intervention fondée sur l'article 31 du Statut ou de la déclaration d'intervention fondée sur l'article 32 du Statut est immédiatement transmise aux parties, qui sont priées de présenter des observations écrites dans un délai fixé par Tribunal ou, s'il ne siège pas, par le président.

169. Le Greffier transmet également copie de la requête ou de la déclaration aux Etats Parties, à toute autre partie à laquelle doit être adressée la notification prévue à l'article 32 du Statut, au Secrétaire général de l'ONU, au Secrétaire général de l'Autorité lorsque l'affaire est devant la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins (146).

170. La décision du Tribunal sur l'admission d'une requête à fin d'intervention fondée sur l'article 31 du Statut ou la recevabilité d'une intervention fondée sur l'article 32 du Statut est prise par priorité à moins que, vu les circonstances de l'espèce, le Tribunal n'en décide autrement.

171. Si, dans le délai fixé par le Tribunal, il est fait objection à une requête à fin d'intervention ou à la recevabilité d'une déclaration d'intervention, le Tribunal entend, avant de statuer, l'Etat Partie, ou l'entité autre qu'un Etat partie, désireux d'intervenir ainsi que les parties (147).

172. Si une requête à fin d'intervention fondée sur l'article 31 du Statut est admise, l'Etat Partie intervenant reçoit une copie des pièces de procédure et des documents annexes et a le droit de présenter une déclaration écrite dans un délai fixé par le Tribunal. Il est fixé un autre délai dans lequel les parties peuvent, si elles le désirent, présenter des observations écrites sur cette déclaration avant la procédure orale. Si le Tribunal ne siège pas, les délais sont fixés par le Président.

173. Ces délais coïncident autant que possible avec ceux qui sont

(145). Article 100 du Règlement.

(146). Article 101 du Règlement.

(147). Article 102 du Règlement.

déjà fixés pour le dépôt des pièces de procédure en l'affaire. L'Etat Partie intervenant a le droit de présenter au cours de la procédure orale des observations sur l'objet de l'intervention. Il n'est pas autorisé à désigner un juge *ad hoc* ou à s'opposer à un accord aux fins du désistement de l'instance (148).

174. En ce qui concerne le droit d'intervention, la procédure instituée par l'article 104 du Règlement est la même que celle qui vient d'être décrite.

Il est à noter que le Tribunal n'a pas encore connu d'une affaire d'intervention.

F. - *Le désistement*

175. Si à un moment quelconque avant l'arrêt définitif sur le fond, les parties, conjointement ou séparément, notifient au Tribunal par écrit qu'elles sont convenues de se désister de l'instance, le Tribunal rend une ordonnance prenant acte du désistement et chargeant le Greffier de rayer l'affaire du rôle des affaires.

176. Si les parties sont convenues de se désister de l'instance parce qu'elles sont parvenues à un arrangement amiable et si celles-ci le souhaitent, le Tribunal doit faire mention de ce fait dans l'ordonnance prescrivant la radiation de l'affaire du rôle, soit indique les termes de l'arrangement dans l'ordonnance ou dans une annexe à celle-ci (149).

177. Si le Tribunal ne siège pas, toute ordonnance rendue, conformément aux dispositions ci-dessus indiquées, peut être prise par le Président (150).

178. Ces dispositions ont été appliquées, par le Tribunal, dans l'affaire du « *Chaisiri Reefer 2* » entre le Panama et le Yémen. En effet, le Tribunal :

« Considérant que l'agent de la République du Panama a adressé au Greffier faisant fonction une lettre en date du 12 juillet 2001, dont le libellé est le suivant :

J'ai l'honneur de vous informer que :

- en application de l'article 105, paragraphe 2, du Règlement du Tribunal;
- les parties sont convenues de se désister de l'instance;
- en raison du fait qu'elles sont parvenues à un règlement du différend relatif à

l'immobilisation du « CHAISIRI REEFER 2 »;

.Prend acte du désistement, par accord entre les parties, de l'instance introduite

(148). Article 105 , paragraphe 2 du Règlement.

(149). Article 105 , paragraphe 3 du Règlement.

(150). Article 105 , paragraphe 3 du Règlement.

le 3 juillet 2001 au nom du Panama contre le Yémen; et

Ordonne que l'affaire soit rayée du Rôle des affaires (151).

179. Si, au cours d'une instance introduite par requête, le demandeur fait connaître par écrit au Tribunal qu'il renonce à poursuivre la procédure, et si, à la date de la réception par le Greffe de ce desistement, le défendeur n'a pas encore fait acte de procédure, le Tribunal rend une ordonnance prenant acte du désistement et chargeant le Greffier de rayer l'affaire du rôle des affaires. Copie de ladite ordonnance est adressée par le Greffier au défendeur.

180. Si, à la date de la réception du désistement, le défendeur a déjà fait acte de procédure, le Tribunal fixe un délai dans lequel le défendeur peut déclarer s'il s'oppose au désistement. Si, dans le délai fixé, il n'est pas fait objection au désistement, celui-ci est réputé acquis et le Tribunal rend une ordonnance en prenant acte et chargeant le Greffier de rayer l'affaire du rôle des affaires. S'il est fait objection, l'instance se poursuit (152). Le Président exerce les pouvoirs conférés par les dispositions ci-dessus indiquées si le Tribunal ne siège pas.

(151). Affaire du «Chaisiri Reefer 2» (Panama c. Yemen), Ordonnance du 13 juillet 2001, TIDM Recueil, 2001, p. 82.

(152). Article 106 du Règlement

III - PROMPTE MAINLEVÉE DE L'IMMOBILISATION DU NAVIRE OU PROMPTE LIBÉRATION DE SON ÉQUIPAGE

181. Une demande de prompt mainlevée de l'immobilisation du navire ou de prompt libération de son équipage peut être faite dans les conditions énoncées par la Convention :

182. D'abord, lorsque les autorités d'un Etat Partie à la Convention ont immobilisé un navire battant pavillon d'un autre Etat Partie.

183. Ensuite, lorsqu'il est allégué que l'Etat qui a immobilisé le navire n'a pas observé les dispositions de la Convention prévoyant la prompt mainlevée de l'immobilisation du navire où la mise en liberté de son équipage dès le dépôt d'une caution raisonnable ou de toute autre garantie financière.

184. Enfin, lorsque les parties ne se sont pas mises d'accord dans un délai de 10 jours à compter du moment de l'immobilisation du navire ou de l'arrestation de l'équipage pour porter devant une juridiction internationale la question de l'immobilisation ou de l'arrestation (153).

185. Dans cette procédure spéciale, le Tribunal exerce une compétence résiduelle. En effet, il

«examine promptement cette demande et n'a à connaître que de la question de la mainlevée ou de la mise en liberté, sans préjudice de la suite qui sera donnée à toute action dont le navire, son propriétaire ou son équipage peuvent être l'objet devant la juridiction nationale appropriée. Les autorités de l'Etat qui a précédé à l'immobilisation ou à l'arrestation demeurent habilitées à ordonner à tout moment la mainlevée de l'immobilisation du navire ou la mise en liberté de son équipage (154).

186. Dans cette procédure particulière, le Tribunal exerce une juridiction obligatoire. Nous examinerons les conditions du dépôt de la requête, la procédure et l'arrêt.

1. Conditions du dépôt de la requête

a) L'acte d'instance

187. L'instance relative à la mainlevée de l'immobilisation d'un navire ou la libération de son équipage est introduite par une requête adressée au Greffier (155).

(153). Article 292, paragraphe premier de la Convention.

(154). Article 292, paragraphe 3 de la Convention.

(155). Article 24, paragraphe premier du Statut; article 292, paragraphe premier de la Convention; article 110, paragraphe premier du Règlement

188. La demande de mainlevée ou de mise en liberté ne peut être faite que par l'Etat du pavillon ou en son nom (156). Dans ce dernier cas de figure, la personne doit être dûment autorisée - à cet effet - par les autorités nationales compétentes de l'Etat du pavillon (157), qui doivent lui fournir les pièces justificatives nécessaires.

189. La demande doit contenir un exposé succinct des faits et des moyens de droit qui la fondent ainsi que les documents à l'appui devant lui être annexés (158).

190. Aux termes de l'article 111, paragraphe 2 du Règlement, l'exposé des faits doit d'abord préciser, s'ils sont connus, le moment et le lieu de l'immobilisation du navire et l'endroit où se trouvent le navire et son équipage.

191. Il doit ensuite contenir des renseignements pertinents concernant le navire et l'équipage, notamment, le cas échéant, le nom du navire, son pavillon, le port ou le lieu où il est immatriculé et son tonnage, sa capacité de port, ainsi que les données pertinentes pour la détermination de sa valeur; le nom et l'adresse du propriétaire du navire et/ou de l'exploitant et des renseignements concernant son équipage.

192. Il doit préciser, après le montant, la nature et les conditions de la caution ou autre garantie financière que l'Etat qui a immobilisé le navire a pu exiger ainsi que la mesure dans laquelle ces exigences ont été respectées.

193. L'exposé des faits doit enfin contenir tout autre renseignement que le demandeur considère comme pertinent pour la détermination du montant d'une caution ou autre garantie financière raisonnable ou pour toute autre question qui se pose en l'espèce.

194. L'acte introductif de l'instance est immédiatement transmis au défendeur sous forme de copie certifiée conforme et le Président du Tribunal consultent les parties au sujet des questions de procédure.

(156). Article 292, paragraphe 2 de la Convention; article 110 paragraphe premier du Règlement.

(157). L'article 110, paragraphe 2 du Règlement stipule qu'«un Etat Partie peut à tout moment notifier au Tribunal: a) les autorités nationales compétentes pour autoriser des personnes à présenter une demande en son nom au titre de l'article 292 de la Convention; b) le nom et l'adresse de toute personne autorisée à présenter une demande en son nom; c) le bureau désigné pour recevoir la notification d'une demande de mainlevée de l'immobilisation d'un navire ou de libération de son équipage et les moyens les plus rapides pour faire parvenir des documents à ce bureau; d) toute clarification, modification ou retrait d'une telle notification ».

(158). Article 111, paragraphe 1 et 3 du Règlement

b) L'exposé en réponse

195. L'Etat qui a procédé à l'immobilisation ou à l'arrestation peut, en réponse, présenter un exposé avec documents à l'appui annexés, le plus tôt possible, mais au plus tard 96 heures avant l'audience (159). Le Tribunal peut, à tout moment, demander que d'autres renseignements lui soient fournis dans un exposé complémentaire. La suite de la procédure concernant la demande est orale.

c) La procédure orale

196. La procédure de mainlevée est une procédure d'urgence tout comme celle relative à la prescription de mesures conservatoires. C'est pourquoi, le Tribunal donne priorité aux demandes de mainlevée de l'immobilisation de navires ou de libération de leur équipage sur toutes autres procédures.

197. Lorsque le Tribunal est saisi des deux types de demandes, il prend les dispositions voulues pour se prononcer promptement sur l'une et l'autre demande (160). Il fixe le plus tôt possible et dans un délai de 15 jours à compter du premier jour ouvrable qui suit la date de la réception de la demande, la date d'une audience.

198. Chaque partie a droit, à moins que le Tribunal en décide autrement, à un jour pour présenter ses preuves et arguments (161).

.2 L'arrêt

199. La compétence du Tribunal dans cette procédure est bridée. On l'a vu, il n'a à connaître que la question de la mainlevée. Il doit également déterminer si l'allégation du demandeur selon laquelle l'Etat qui a immobilisé le navire n'a pas respecté une des dispositions de la Convention concernant la mainlevée de l'immobilisation du navire ou la libération de son équipage dès que le dépôt d'une caution raisonnable ou d'une autre garantie financière, est ou non bien fondée (162).

200. Autrement dit, la recevabilité de la requête, présentée au titre de l'article 292 de la Convention, est assujettie à la démonstration - à la satisfaction du Tribunal - que «l'Etat qui a immobilisé le navire n'a pas ob-

(159). Article 111, paragraphe premier du Règlement

(160). Article 112, paragraphe premier du Règlement

(161). Article 112, paragraphe 3 du Règlement

(162). Article 113, paragraphe premier du Règlement

servé les dispositions de la Convention prévoyant la prompte mainlevée de l'immobilisation du navire ou la mise en liberté de son équipage».

201. Les dispositions de la Convention prévoyant la prompte mainlevée sont celles contenues à l'article 73 paragraphe 2 de la Convention relatif à la «mise en application des lois et règlements de l'Etat côtier».

202. Il se lit:

«Lorsqu'une caution ou autre garantie suffisante a été fournie, il est procédé sans délai à la mainlevée de la saisie dont un navire aurait fait l'objet et à la libération de son équipage ».

203. L'article 113, paragraphe 2 du Règlement prévoit que si le Tribunal décide que l'allégation est bien fondée, il détermine le montant, la nature et la forme de la caution ou autre garantie financière à déposer pour obtenir la mainlevée de l'immobilisation du navire ou la libération de son équipage.

204. La caution est déposée auprès de l'Etat ayant immobilisé le navire. Elle peut aussi l'être auprès du Tribunal auquel cas l'Etat qui a immobilisé le navire est promptement informé par le Greffier (163).

205. L'arrêt est adopté le plus rapidement possible et est lu lors d'une audience publique qui a lieu au plus tard 14 jours après la clôture des débats; les parties étant prévenues. Il ne peut s'écouler plus de quatre semaines entre le dépôt de la demande de mainlevée et le prononcé du jugement.

206. La caution est déposée conformément à l'arrêt. Dès le dépôt de la caution, les autorités de l'Etat qui a immobilisé le navire se conforment à la décision du Tribunal concernant la mainlevée de l'immobilisation du navire ou la mise en liberté de son équipage (164).

207. A ce jour, le Tribunal a connu de sept affaires de prompte mainlevée de l'immobilisation de navires ou de libération de l'équipage (165).

(163). Article 113, paragraphe 3 et article 114, paragraphe premier du Règlement

(164). Article 292, paragraphe 4 de la Convention.

(165). Affaire du Navire «Saiga» (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée), prompte mainlevée, Arrêt du 4 décembre 1997; Affaire du «Camouco» (Panama c. France), prompte mainlevée, Arrêt du 7 février 2000; Affaire du «Monte Confurco» (Seychelles c. France), prompte mainlevée, Arrêt du 18 décembre 2000; Affaire du «Grand Princes» (Belize c. France), prompte mainlevée, Arrêt du 20 avril 2001; Affaire du «iChasiri Reefer 2» (Panama c. Yémen), prompte mainlevée, (Objet- de desistement), Ordonnance du 13 juillet 2001; Affaire du «Volga» (Fédération de Russie c. Australie), prompte mainlevée, Arrêt du 23 décembre 2002; Affaire du «Juno Traders» (Saint-Vincent-et- les-Grenadines c. Guinée-Bissau), prompte mainlevée, Arrêt du 18 décembre 2004.

GOVERNING OCEAN RESOURCES
New Challenges and Emerging Regimes
A Tribute to Judge Choon- Ho Park
A law of the Sea Institute Publication
Martinus Nijhoff Publishers
Leiden - Boston, 2013, pp. 139- 161

**LE JUGE ET LA DELIMITATION MARITIME
MODE D'EMPLOI**

1. INTRODUCTION

1. C'est à la mémoire d'un collègue et ami, un homme affable à l'humour incomparable, Monsieur le juge Choon-Ho PARK* qu'aujourd'hui, avec tristesse, je dédie ces lignes sur un sujet qu'il connaissait bien.

2. Avec la délimitation maritime, le droit international s'est enrichi d'un chapitre nouveau qui a connu une fortune rapide à la mesure des enjeux et des espoirs placés en lui. C'est que la délimitation des espaces maritimes entre voisins est d'une importance capitale en ce qu'elle confère stabilité et permanence dans leurs relations. Il se trouve que de nombreuses frontières maritimes dans notre monde ne sont pas délimitées. Le nombre total de frontières maritimes potentielles est de 420¹, et il n'existe qu'environ 200 accords de délimitation à ce jour. C'est dire que les différends relatifs à la délimitation maritime ont de beaux jours devant eux. Et pour les régler, les Etats devront recourir à la négociation entre eux ou recourir aux mécanismes de règlement des différends disponibles.

3. Le droit conventionnel, qui s'est développé progressivement à travers les conférences de codification et les accords bilatéraux de délimitation, apparaît à priori comme une source importante du droit de la délimitation maritime.

4. Les travaux de la Commission du droit international des Nations Unies ont donné naissance aux dispositions des Conventions de Genève de 1958 relatives à la délimitation de la mer territoriale et du plateau continental. La troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer a donné lieu à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM) du 10 décembre 1982. Celle-ci contient des dispositions relatives à la délimitation de la mer territoriale, du plateau continental

* Juge au Tribunal International du Droit de la Mer.

1. US Dept. Of State, Bureau of Oceans and International Environment and Scientific Affairs, Limits in the Seas, N° 108: 1st Revision, Maritime Boundaries of the World, 1990.

et de la zone économique exclusive. Toutefois ², l'examen des contentieux des délimitations maritimes montre que ces dispositions n'occupent guère la place centrale attendue d'elles. Qui plus est, les accords bilatéraux de délimitation ont généré une pratique assez indigente pour pouvoir s'imposer par la voie coutumière.

5. De fait, il apparaît que le rôle fondamental dans la formulation des règles et principes juridiques devant régir le droit de la délimitation maritime revient à la Cour internationale de Justice (Cour ou CIJ) et aux Tribunaux arbitraux. Ces derniers appliquent les règles de délimitation indiquées par la Cour, tout en y apportant parfois quelques innovations qui sont reprises ensuite par la Cour, et ce dans un jeu d'enrichissement mutuel. Il faut ici noter que le Tribunal international du droit de la mer a été saisi de sa première affaire de délimitation maritime le 14 décembre 2009³, avec l'introduction de l'instance dans le différend concernant la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myan Mar dans le Golfe du Bengale.

6. Les juridictions internationales ont permis de développer ce que l'on peut nommer maintenant le droit de la délimitation maritime, que nous allons nous employer à présenter sous forme d'un mode d'emploi ou d'une notice de traitement d'une affaire de délimitation maritime. L'on examinera les questions juridiques préliminaires (2.), les principes de la délimitation (3.) avant d'arriver à la délimitation de la frontière maritime (4.).

2. Voir par exemple l'affaire de la délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine), 2009 C.I.J. 61, 69 (3 février).

3. L'on se souvient que dans les affaires du plateau continental de la mer du Nord, la Cour internationale de Justice s'était refusée à voir dans l'article 6 de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental une règle de caractère coutumier. Elle a dû s'employer alors à définir les principes juridiques devant régir la délimitation du plateau continental entre deux Etats, affaire du plateau continental de La mer du Nord (République Fédérale d'Allemagne c. Danemark) et (République Fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), 1969 C.I.J. 3 (20 février).

Elle aura d'ailleurs une attitude plus tranchée dans l'affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen: « Ainsi pour la délimitation du plateau continental [...] même s'il convenait d'appliquer, non l'article 6 de la Convention de 1958, mais le droit coutumier du plateau continental tel qu'il s'est développé dans la jurisprudence [...] », affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège), 1993 C.I.J. 38 §51 (14 juin). On a l'impression que le droit conventionnel était ainsi mis à la porte du droit de la délimitation maritime.

2. LES QUESTIONS JURIDIQUES PRELIMINAIRES

7. L'examen commence par la présentation du cadre géographique général c'est-à-dire de la zone maritime à l'intérieur de laquelle doit être effectuée la délimitation ; cette zone pouvant être figurée sur une carte⁴. Le juge peut alors rappeler les origines et l'évolution du différend, telles qu'elles ressortent des documents présentés par les parties⁵, avant d'arriver aux questions juridiques préliminaires.

Les questions juridiques préliminaires portent sur l'objet du différend (2.1), la compétence de la Cour ou du Tribunal et son étendue (2.2) ainsi que le droit applicable (2.3).

2.1 *L'objet du différend*

8. Le juge indique ce qui oppose les parties présentes devant lui. Le différend peut porter sur l'établissement d'une frontière maritime unique, délimitant le plateau continental et les zones économiques exclusives relevant de chacun des Etats⁶, l'interprétation d'un traité constitutif de titres pour les Etats ou avoir tout autre objet⁷.

2.2 *Saisine et compétence*

9. Les différends sont portés devant le juge, selon le cas, par notification d'un compromis ou par requête déposées au Greffe de la juridiction. Le choix du mode de saisine obéit au principe de liberté, à la possibilité d'une saisine plurielle et à leurs conséquences sur la compétence de la Cour ou du Tribunal.

10. Les parties peuvent librement choisir de saisir la juridiction par requête ou par compromis. C'est le principe posé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Détroit de Corfou⁸.

4. Tribunal international du droit de la mer [TIDM], introduction d'une instance dans le différend concernant la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale, ITLOS/Press 140 (16 Décembre 2009), http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/press_releases_ffench/PR.140-F.pdf.

5. Délimitation de la frontière maritime (Guinée c. Guinée-Bissau) 1985 Recueil des Sentences Arbitrales [RSA], Vol. XIX, 149 §§18, 24 (14 février).

6. Voir Délimitation maritime en mer Noire, supra note 4, §§17,19.

7. Appendice A.

8. Affaire du détroit de Corfou, exceptions préliminaires, (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie), 1948 C.I.J. 15 (25 Mars).

11. La possibilité d'une saisine plurielle est ensuite à envisager. Le juge doit alors rechercher quelle est la commune intention des parties, pour déterminer le fondement et l'étendue de sa compétence. L'on se souvient que dans l'affaire du Détroit de Corfou, l'Albanie et la Grande-Bretagne ont conclu un compromis à la suite de l'arrêt du 25 mars 1948. Le texte précisait que:

*«les Parties sont d'accord que le présent compromis sera soumis à la Cour Internationale de Justice immédiatement après que la Cour rendra son arrêt, le 25 mars, relatif l'exception préliminaire »*⁹.

12. La compétence de la Cour pour statuer sur le différend aurait pu reposer soit sur ce compromis, soit sur l'arrêt rendu le 25 mars¹⁰. Le 26 mars 1948, elle a rendu une ordonnance constatant que le compromis forme désormais la base sur laquelle elle devrait connaître de l'affaire et énoncer¹¹ les questions qui lui ont été soumises¹², la Cour devait privilégier l'intention commune des parties. Selon elle : «le but principal des deux Parties, lors de la conclusion du compromis, était d'instituer entre elles une égalité complète, en remplaçant la procédure primitive, qui se fondait sur une requête unilatérale, par une procédure fondée sur un compromis¹³ » . Cette voie de saisine soustrait logiquement la procédure aux exceptions préliminaires. C'est également sur la base du compromis du 29 décembre 1950 que la CIJ s'est estimée saisie dans l'affaire des Minquiers et Ecrehous alors que la France et la Grande-Bretagne avaient chacune souscrit une clause facultative de juridiction obligatoire laquelle permettait de saisir la Cour.

13. Il faut relever l'existence d'un lien entre les notions de saisine et de compétence lesquelles sont toutefois très différentes. En effet, tandis que la compétence est la base sur laquelle le Tribunal doit connaître de l'affaire et trancher le différend qui lui ait soumis - elle est déterminée par le Tribunal lui-même¹⁴ -

9. Compromis conclu le 25 mars 1948, voir affaire du détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie) (Fond), 1949 C.i.J. 4,6 (9 Avril).

10. Supra note 8.

11. Affaire du détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie), 1948 C.I.J. 53 (26 Mars).

12. CiJ, Recueil! 1947-1949, disponible chez <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?pl=3&p2=3&k=cd&lang=fr&case=1&code=cc&p3=90>.

13. Supra note 9 au 25.

14. Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM) décembre 10,1982,1833 U.N.T.S. 397, art. 288 §4.

la saisine est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci en portant l'affaire devant le Tribunal. Pour ce faire, il faut un titre de compétence.

14. Les notions de compétence et de saisine sont parfois confondues. Il en est ainsi lorsque le seul fait de saisir le Tribunal entraîne immédiatement la compétence de ce dernier. C'est le cas pour la saisine par voie de compromis lorsqu'il est notifié au Tribunal par les parties qui l'ont signé. C'est le cas, également, quand le Tribunal est saisi simultanément par deux requêtes¹⁵. Il en est encore ainsi lorsqu'étant saisi par voie de requête, la déclaration de juridiction obligatoire souscrite par l'Etat défendeur ne fait pas obstacle à sa compétence. En revanche, dans tous les autres cas, la compétence et la saisine demeurent distinctes. Dans le cas d'une saisine par voie de requête, le défendeur peut toujours contester la compétence du Tribunal dans un système de juridiction obligatoire. D'ailleurs l'exception est presque toujours assortie d'une mise en cause de la recevabilité de la requête.

La saisine par voie de requête peut être faite lorsqu'un accord entre les parties le prévoit. Elle l'est aussi lorsque les parties au différend ont accepté la compétence du Tribunal comme l'un des moyens de règlement des différends relatifs à l'interprétation et à l'application de la CNUDM, par voie de déclaration écrite faite conformément à l'article 287 de la CNUDM. Il en est ainsi également lorsque les parties ont souscrit à la clause facultative de juridiction obligatoire du statut de la CIJ¹⁶. Il faut rappeler que de nombreuses affaires de délimitation maritime ont été introduites par voie de requête.¹⁷ La requête indique, en même temps que les conclusions des parties, ce qui est attendu du juge et ce sur quoi il doit statuer.

15. Dans l'affaire de la sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le Nicaragua et le Honduras ont saisi la Cour simultanément, affaire de la sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua), 1960 C.I.J. 192 (18 Novembre).

16. C.I.J. statut de la Cour art. 36 §2

17. Voir l'affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège), 1993 C.I.J. 38 (14 Juin); l'affaire de délimitation maritime (Guyana c. Suriname), 2007 sentence du Tribunal Arbitral, (17 septembre); affaire de délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental, (Barbade c. Trinité-et-Tobago) 2006 ItSA, Vol. XXVII, 147 (11 avril); introduction d'une instance dans le différend entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale supra note 3 devant le Tribunal international du droit de la mer, affaire pendante; affaire de la délimitation en mer Noire, supra note 4.

15. Les autres affaires sont, pour l'essentiel, introduites par voie de compromis. Dans le cadre contentieux, est un accord international par lequel des Etats-Parties s'accordent pour soumettre un différend d'ordre juridique au Tribunal ou à la Cour. Le compromis fixe l'étendue des pouvoirs qui seront reconnus au juge.

16. Il faut ici rappeler l'affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn¹⁸. Le Roi d'Arabie Saoudite formula des propositions, qui ont eu la faveur des parties, constituant l'Accord de 1987. Cet accord sera suivi de négociations qui ont donné lieu à un procès-verbal (1990) par lequel les parties se sont engagées à soumettre leur différend à la Cour internationale de Justice. A cet effet, la Cour a jugé¹⁹ que ledit procès-verbal signé ainsi que les autres textes constituaient des accords attributifs de compétence en bonne et due forme. Le procès-verbal précisait qu'à l'expiration d'un certain délai, les parties pourront soumettre leur différend à la Cour. Celle-ci ne fut pas saisie par compromis, ni par requête au sens de l'article 36 paragraphe 2 de son statut. La base de la compétence de la Cour est un accord attributif de compétence qu'elle considère comme un instrument conventionnel²⁰.

17. En général, le juge s'emploie à vérifier que les parties conviennent que toutes les conditions pour que la juridiction ait compétence sont réunies au moment du dépôt de l'acte introductif d'instance et que la juridiction est donc habilitée à connaître de l'affaire. La tâche restante est d'établir l'étendue exacte de la compétence ainsi conférée à la juridiction. Pour ce faire, le juge tiendra compte, s'il y a lieu, de tout accord en vigueur entre les parties relatif à la délimitation des différents espaces relevant de chacune d'elles.

18. Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales(Qatar c . Bahreïn),2011 CIJ40(16 Mars)

19. Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales(Qatar c . Bahreïn), 1995 CIJ 6 (15 février).

20. Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales(Qatar c . Bahreïn), 1994 CIJ 112(1^{er} juillet) supra note 19 au 6.

2.3 Droit applicable

18. 11 découle de la coutume internationale, des Conventions sur le droit de la mer conclues à Genève le 29 avril 1958 et de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 (CNUDM). Le juge vérifie d'abord si les parties litigantes devant lui sont parties à la CNUDM. 11 indique la date du dépôt de leurs instruments de ratification.

19. Les articles 15, 74 et 83 de la CNUDM ont respectivement trait à la délimitation de la mer territoriale, de la zone économique exclusive et à celle du plateau continental.

L'article 15 de la CNUDM dispose :

« Lorsque les côtes de deux Etats sont adjacentes ou se font face, ni l'un ni l'autre de ces Etats n'est en droit, sauf accord contraire entre eux, d'étendre sa mer territoriale au-delà de la ligne médiane dont tous les points sont équidistants des points les plus proches des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale de chacun des deux Etats. Cette disposition ne s'applique cependant pas dans le cas où, en raison de l'existence de titres historiques ou d'autres circonstances spéciales, il est nécessaire de délimiter autrement la mer territoriale des deux Etats ».

20. Les articles 74 et 83 de la CNUDM ont un libelle identique et disposent :

« 1. La délimitation de la zone économique exclusive (du plateau continental] entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face est effectuée par voie d'accord conformément au droit international tel qu'il est visé à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, afin d'aboutir à une solution équitable.

2. S'ils ne parviennent pas à un accord dans un délai raisonnable, les Etats concernés recourent aux procédures prévues à la partie XV.

3. En attendant la conclusion de l'accord visé au paragraphe I, les Etats concernés, dans un esprit de compréhension et de coopération, font leur possible pour conclure des arrangements provisoires de caractère pratique et pour ne pas compromettre ou entraver pendant cette période de transition la conclusion de l'accord définitif. Les arrangements provisoires sont sans préjudice de la délimitation finale ».

4. Lorsqu'un accord est en vigueur entre les Etats concernés, les questions relatives à la délimitation de la zone économique exclusive [du plateau continental] sont réglées conformément à cet accord ».

21. L'examen de la clause de juridiction, qu'elle soit une clause compromissoire ou la requête elle-même, permet au juge de déterminer

les conditions de saisine de la juridiction et de vérifier si elles sont remplies au moment du dépôt de l'acte introductif d'instance, habilitant ainsi le juge à connaître de l'affaire.

22. Pour déterminer la ligne de délimitation maritime, le juge tient compte des accords en vigueur entre les parties - s'il y a lieu - et de la CNUDM si celle-ci est entrée en vigueur entre les parties. La CNUDM dicte les principes de délimitation maritime devant être appliqués par le juge, lequel applique en outre les dispositions pertinentes de la CNUDM telles qu'interprétées dans la jurisprudence internationale.

23. Pour ce faire, le juge commence par définir le point de départ de la délimitation en fonction de la frontière terrestre et de la frontière de la mer territoriale si elle est établie par les parties, avant de déterminer la nature de celle-ci.

3.LES PRINCIPLES DE LA DELIMITATION

24. La délimitation maritime que le juge va effectuer s'appuiera sur la détermination des côtes pertinentes (3.1) et des zones maritimes pertinentes de chaque partie (3.2).

3.1 Les côtes pertinentes

25. Les côtes pertinentes revêtent une grande importance dans l'opération de délimitation. Elles fondent le titre d'un État sur les espaces à délimiter. Comme l'indique la CiJ, le titre d'un État sur le plateau continental et sur la zone économique exclusive est fondé sur le principe selon lequel la terre domine la mer du fait de la projection des côtes ou des façades côtières²¹. La terre est la source juridique du pouvoir qu'un État peut exercer dans les prolongements maritimes²². Qui plus est, c'est la côte du territoire de l'État qui est déterminante pour créer le titre sur les étendues sous-marines bordant cette côte²³. 11 apparaît ainsi impor-

21. Affaire de la délimitation maritime en mer Noire supra note 4 §77.

22. Affaire du plateau continental de La mer du Nord (République Fédérale d'Allemagne c. Danemark) et (République Fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), 1969 C.I.J. 3 §51 (20 Février).

23. Affaire du plateau continental (Tunisie c. Jamahiriya Arabe Libyenne), 1982 C.I.J. 18 §73 (24 Février).

tant de déterminer les côtes pertinentes de chaque partie à l'affaire, lesquelles génèrent le titre juridique des pays sur un plateau continental et sur une zone économique exclusive, c'est-à-dire celles dont les projections se chevauchent. En effet, parce que l'objet de la délimitation est de résoudre le problème du chevauchement des prétentions en traçant une ligne de séparation entre les espaces maritimes concernés.

26. Comme l'explique la CIJ²⁴, le rôle des côtes pertinentes peut revêtir deux aspects juridiques distincts, quoique étroitement liés, dans le cadre de la délimitation du plateau continental et de la zone économique exclusive. En premier lieu, il est nécessaire d'identifier les côtes pertinentes aux fins de déterminer quelles sont, dans le contexte spécifique de l'affaire, les revendications qui se chevauchent dans ces zones. En second lieu, il convient d'identifier les côtes pertinentes aux fins de vérifier, dans le cadre de la troisième et dernière étape du processus de délimitation, s'il existe une quelconque disproportion entre le rapport des longueurs des côtes de chaque Etat et celui des espaces maritimes situés de part et d'autre de la ligne de délimitation (voir «la délimitation de la frontière maritime» ci-dessous).

27. Sur cette base, le juge expose la position des parties concernant leurs côtes pertinentes respectives avant de statuer sur celles-ci. Les principes qui sous-tendent sa jurisprudence en la matière sont d'une part, que la terre domine la mer de telle sorte que les projections vers le large sont sources de prétentions maritimes²⁵. D'autre part, la côte doit, pour être considérée comme pertinente aux fins de la délimitation, générer des projections qui chevauchent celles de la côte de la partie adverse. Dès lors, tout segment du littoral d'une partie dont, en raison de sa situation géographique, le prolongement ne pourrait rencontrer celui du littoral de l'autre partie est à écarter de la suite du présent examen²⁶.

Après avoir identifié les côtes pertinentes de chaque partie, le juge établit le rapport entre les longueurs des côtes respectives de chaque Etat, afin de vérifier s'il existe une quelconque disproportion entre le

24. Affaire de la délimitation maritime en mer Noire supra note 4 au § 78.

25. Affaire du plateau continental de La mer du Nord (République Fédérale d'Allemagne c. Danemark) et (République Fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), 1969 C.I.J. 3 \$96(20 Février).

26. Affaire du plateau continental (Tunisie c. Jamahiriya Arabe Libyenne), 1982 C.I.J 18

rapport des longueurs des côtes de chaque partie et celui des espaces maritimes situés de part et d'autre de la ligne de délimitation ²⁷ .

3.2 *La zone maritime pertinente*

28. Les projections vers le large des côtes pertinentes de l'Etat côtier et l'effet d'empiètement que ces projections ont sur celles en mer de l'autre Etat côtier déterminent la délimitation maritime. C'est dire donc que l'opération de délimitation ne tient compte que des côtes qui génèrent des chevauchements de titres. C'est pourquoi l'on s'interroge parfois sur l'utilité même de la notion de zone maritime pertinente.

29. La Cour internationale de Justice²⁸ s'est employée à justifier le recours à la notion. Elle relève que le concept juridique de « zone pertinente » doit être pris en considération dans la méthodologie de la délimitation maritime.

27. La C1J a parfois eu de la difficulté à déterminer les côtes pertinentes. Dans l'affaire Libye c. Make, elle dit:«[...] De l'avis de la Cour, aucune raison de principe n'empêche d'employer le test de proportionnalité, à peu près de la même manière dont on l'a fait en l'affaire Tunisie / Libye, et qui consiste à déterminer les « côtes pertinentes », à calculer les rapports arithmétiques entre les longueurs de côtes et les surfaces attribuées, et finalement à comparer ces rapports afin de s'assurer de l'équité d'une délimitation entre côtes se faisant face tout autant qu'entre côtes adjacentes. Mais, dans ce cas, certaines difficultés pratiques peuvent fort bien rendre le test inapproprié sous cette forme. Ces difficultés sont particulièrement manifestes en la présente espèce où, pour commencer, le contexte géographique rend la marge de détermination des côtes pertinentes et des zones pertinentes si large que pratiquement n'importe quelle variante pourrait être retenue, ce qui donnerait des résultats extrêmement divers ; ensuite la zone à laquelle l'arrêt s'appliquera en fait est limitée par l'existence des revendications d'Etats tiers. Il serait illusoire de n'appliquer la proportionnalité qu'aux surfaces comprises dans ces limites; [...]», affaire du plateau continental (Jamahiriya Arabe Libyenne c. Malte), 1985 C.I.J. 13 §74 (3 juin). En revanche, la primauté de la géographie côtière en matière de délimitation est de jurisprudence constante: «Il est...nécessaire de regarder de près la configuration géographique des côtes des pays dont on doit délimiter le plateau continental », affaire du plateau continental de La mer du Nord (République Fédérale d'Allemagne c. Danemark) et (République Fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), 1969 C.I.J. 3 §96 (20 Février); « La méthode de délimitation à adopter doit être en rapport avec les élites des parties qui bordent effectivement le plateau continental », affaire de la délimitation du plateau continental, (Royaume Uni c. France), 1977 R.S.A. Vol. XVIII, 130 §240 (30 juin); «C'est...en partant de la côte des parties qu'il faut rechercher jusqu'ou les espaces sous-marins relevant de chacune d'elles s'étendent vers le large, ainsi que par rapport aux Etats qui leur sont limitrophes ou leur font face », affaire du plateau continental (Tunisie c. Jamahiriya Arabe Libyenne), 1982 C.I.J. 18 §73 (24 Février);« Une ligne de délimitation à tracer dans une aire déterminée est fonction de la configuration des côtes », affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine (Canada c. Etats-Unis d'Amérique), 1984 C.I.J. 246 §205 (12 Octobre).

28. Affaire de la délimitation maritime en mer Noire, supra note 4 §110.

30. En premier lieu, selon la configuration des côtes pertinentes dans le contexte géographique général et selon les méthodes utilisées pour construire les projections vers le large de ces côtes, la zone pertinente peut ainsi inclure certains espaces maritimes et en exclure d'autres qui sont dépourvus de pertinence dans l'affaire considérée.

31. En second lieu, cette zone est pertinente pour vérifier l'absence de disproportion. Cette opération constitue la dernière étape du processus. La délimitation ne vise pas à découper un secteur en parts égales, ni même en parts proportionnelles, et cette vérification de l'absence de disproportion n'est pas une méthode de délimitation en elle-même. Il s'agit plutôt d'un moyen de déterminer si la ligne de délimitation obtenue par d'autres moyens doit être ajustée, et ce afin d'éviter une disproportion significative entre les espaces maritimes attribués à chacune des parties et la longueur de leurs côtes respectives.

32. La Cour observera en outre²⁹ aux fins de cette dernière étape du processus de délimitation, que la détermination de la zone pertinente ne vise pas à la précision et qu'elle est approximative. L'objet de la délimitation est en effet de parvenir à un résultat équitable et non à une répartition égale des espaces maritimes³⁰.

29. Id. paragraphe §111.

30. Dans l'affaire du plateau continental de la mer du Nord, la Cour dit: [...] « Compte tenu du texte des compromis et de considérations plus générales touchant le régime du plateau continental, elle est d'avis que sa tâche en l'espèce concerne essentiellement la délimitation et non point la répartition des espaces visés ou leur division en secteurs convergents. La délimitation est une opération qui consiste à déterminer les limites d'une zone relevant déjà en principe de l'Etat riverain et non à définir cette zone de novo. Délimiter d'une manière équitable est une chose, mais c'en est une autre que d'attribuer une part juste et équitable d'une zone non encore délimitée, quand bien même le résultat des deux opérations serait dans ce cas comparable, voire identique », affaire du plateau continental de La mer du Nord (république Fédérale d'Allemagne c. Danemark) et (République Fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), 1969 C.I.J. 3 §18 (20 Février). Dans l'affaire de la délimitation entre le Groenland et Jan Mayen, la Cour dit:« [...] Ainsi, le droit ne présente pas une délimitation fondée sur la recherche d'un partage d'une zone de chevauchement selon une comparaison des longueurs des façades côtières et des étendues que celle-ci génèrent. Une Cour a pour tâche de définir la ligne de délimitation entre les zones qui relèvent de la juridiction maritime des deux Etats; c'est donc le partage de la région qui résulte de la délimitation et non l'inverse », affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège), 1993 C.I.J. 38 §64 (14 Juin).

33. La zone maritime pertinente couvre toute l'étendue des projections côtières des Etats en litige. Lesdites projections peuvent chevaucher celles des Etats tiers ³¹ .

34. Après avoir établi le champ de la zone maritime pertinente, le juge peut procéder à la délimitation maritime demandée par les parties en litige. Pour ce faire, il recourt aux règles applicables à la délimitation telles qu'elles se dégagent de la jurisprudence en l'absence de règles dans la CNUDM.

4. LA DELIMITATION DE LA FRONTIERE MARITIME

35. Lorsqu'il est appelé à délimiter le plateau continental ou les zones économiques exclusives, ou de tracer une ligne de délimitation unique, le juge procède par étapes bien déterminées. Il détermine la méthode de délimitation (4.1), construit la ligne d'équidistance provisoire (4.2), examine - s'il y a lieu - les circonstances pertinentes (4.3) avant de vérifier l'absence de disproportion (4.4).

4.1 *La méthode de delimitation*

36. Elle est exposée par la Cour internationale de Justice ³² dans l'affaire du Plateau continental Libye / Malte où il est dit: « Pour appliquer dans les limites précédemment définies les principes équitables ainsi dégagés, en tenant compte des circonstances pertinentes, la Cour va procéder par étapes, et donc effectuer d'abord une délimitation provisoire selon un critère et une méthode visiblement appelés à jouer dans la production du résultat final un rôle important, puis confronter cette solution provisoire avec les exigences découlant d'autres critères pouvant imposer la correction de ce premier résultat».

31. Dans l'affaire de la mer Noire, la Cour relève que la délimitation sera effectuée en mer Noire, mer fermée, dans une zone où le littoral roumain se trouve à la fois dans une relation d'adjacence et dans une relation d'opposition avec les côtes ukrainiennes, et avec celles de la Bulgarie et de la Turquie situées au Sud. Elle sera effectuée au nord de toute zone qui pourrait impliquer des intérêts de tiers, affaire de la délimitation maritime en mer Noire, supra note 4 §112

32. Affaire du plateau continental (Jamahiriya Arabe Libyenne c. Malte), 1985 C.I.J. 13 §60 (3 juin).

37. La ligne de délimitation provisoire est établie en utilisant des méthodes objectives d'un point de vue géométrique et adaptées à la géographie de la zone dans laquelle la délimitation doit être effectuée.

Lorsqu'il s'agit de procéder à une délimitation entre côtes adjacentes, une ligne d'équidistance est tracée, à moins que des raisons impérieuses propres au cas d'espèce ne le permettent pas³³. Dans l'hypothèse de côtes se faisant face, la ligne provisoire de délimitation est une ligne médiane.

L'emploi des termes « ligne médiane » et « ligne d'équidistance » est sans incidence juridique puisque la méthode de délimitation utilisée est la même dans les deux cas³⁴.

38. La ligne d'équidistance et la ligne médiane sont tracées à partir des points les plus pertinents des côtes des deux Etats concernés, en prêtant une attention particulière aux points saillants les plus proches de la zone à délimiter.

39. Le juge se demande alors dans quelle mesure il peut, en traçant une ligne de délimitation unique, s'éloigner des points de base retenus par les parties aux fins de la délimitation de leurs mers territoriales. Lorsqu'il doit construire une ligne d'équidistance provisoire entre des Etats dont les côtes sont dans un lieu d'adjacence, il tient compte, dans le choix de ses propres points de base, des considérations relatives aux façades maritimes de l'une et l'autre partie.

Le tracé ainsi adopté est largement fonction de la géographie physique et des points où les deux côtes s'avancent le plus vers le large. Et conformément à la jurisprudence constante, le juge établit la ligne d'équidistance provisoire; ce qui constitue la première étape de l'opération de délimitation. A ce stade, le juge ne s'intéresse pas encore aux éventuelles circonstances pertinentes, et la ligne est tracée selon des critères strictement géométriques, sur la base de données objectives³⁵.

33. Dans l'affaire du différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes, arrêt du 8 octobre 2007, C.I.J., Recueil 2007, p. 745, paragraphe 281, il est dit; « La Cour se trouve dans le cas de l'exception prévue à l'article 15 de la CNUDM, c'est-à-dire face à des circonstances spéciales qui ne lui permettent pas d'appliquer le principe de l'équidistance. Ce dernier n'en demeure pas moins la règle générale », affaire du différend territorial et maritime dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras) 2007 C.I.J. 659 §281 (8 Octobre 2007). C'est ce que précise la C.I.J. dans l'affaire de la mer Noire précitée, supra note 4 §16.

35. *Ib.* au § 118.

40. En fonction de la configuration des côtes des Etats en litige, la ligne provisoire peut varier: une ligne d'équidistance entre des côtes adjacentes et une ligne médiane entre des côtes se faisant face par exemple. Etant donné que le tracé de la ligne finale doit aboutir à une solution équitable³⁶ le juge examinera, lors de la deuxième phase, s'il existe des facteurs justifiant un ajustement ou un déplacement de la ligne d'équidistance provisoire de façon à parvenir à un résultat équitable³⁷. Il s'agit là de la deuxième étape de la délimitation, à laquelle le juge s'intéressera après avoir tracé la ligne d'équidistance provisoire.

41. La troisième étape consistera pour le juge à s'assurer que la ligne ne donne pas lieu, en l'état, à un résultat inéquitable du fait d'une disproportion marquée entre le rapport des longueurs respectives des côtes et le rapport des zones maritimes pertinentes attribuées à chaque Etat par ladite ligne. La vérification finale du caractère équitable du résultat obtenu doit permettre de s'assurer qu'aucune disproportion marquée entre les zones maritimes ne ressort de la comparaison avec le rapport des longueurs des côtes³⁸.

4.2 *La ligne d'équidistance provisoire*

42. Elle comporte deux éléments essentiels, le choix des points de base et la construction de la ligne elle-même qui résulte du premier élément.

36. CNUDM décembre 10, 1982, 1833 U.N.T.S. 397, art. 74, 83 §1.

37. Dans l'affaire Cameroun c. Nigeria précitée, la C.I.J. dit: « La Cour a eu l'occasion de préciser à diverses reprises quels sont les critères, principes et règles de délimitation applicables à la détermination d'une ligne unique couvrant plusieurs zones de juridiction qui coïncident. Ils trouvent leur expression dans la méthode dite des principes équitables / circonstances pertinentes. Cette méthode, très proche de celle de l'équidistance / circonstances spéciales applicable en matière de délimitation de la mer territoriale, consiste à tracer d'abord une ligne d'équidistance puis à examiner s'il existe des facteurs appelant un ajustement ou un déplacement de cette ligne afin de parvenir à un « résultat équitable », affaire de La frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigeria; Guinée Equatoriale (Intervenant)), 2002 C.I.J. 303 §288 (10 Octobre). Voir en outre l'affaire entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes, supra note 33 au §271.

38. Affaire de la délimitation maritime en mer Noire, supra note 4 au §192. Cela ne signifie toutefois pas que les zones ainsi attribuées à chaque Etat doivent être proportionnelles aux longueurs des côtes: ainsi que la Cour l'a indiqué, « c'est... le partage de la région qui résulte de la délimitation et non l'inverse », affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège), 1993 C.I.J. 38 §64 (14 Juin).

La géographie de la zone à délimiter joue un rôle important dans le choix des points de base. C'est pourquoi, le juge s'emploie toujours à décrire le contexte géographique général lorsqu'il est appelé à effectuer une opération de délimitation maritime.

43. Dans l'affaire de la délimitation en mer Noire, la Cour devait indiquer les conséquences qui s'attachaient au fait que le différend portait à la fois sur des côtes adjacentes et sur des côtes se faisant face.

Elle identifiera le long de la côte ou des côtes pertinentes des parties les points appropriés qui marquent une modification significative de la direction de la côte de sorte que la figure géométrique formée par la ligne qui relie l'ensemble de ces points reflète la direction générale de la ligne des côtes. Les points ainsi retenus sur chaque côte auront, sur la ligne d'équidistance provisoire, un effet tenant dûment compte de la géographie ³⁹.

44. Selon la Cour ⁴⁰, il résulte de la géographie que l'aptitude des côtes à générer des titres qui se chevauchent révèle l'existence de deux zones : dans un cas, les côtes sont adjacentes, dans l'autre, elles se font face. En pratique, la première conséquence que la Cour en déduit est que, sur la côte roumaine, les points de base significatifs à partir desquels la ligne d'équidistance et la ligne médiane doivent être établies sont les mêmes car cette côte se trouve à la fois en relation d'adjacence et en relation d'opposition avec la côte ukrainienne. La deuxième conséquence est que, la côte ukrainienne comprenant deux segments - l'un adjacent à la côte romaine, l'autre lui faisant face - les points de base à prendre en considération doivent être identifiés séparément selon qu'il s'agisse du segment de côte adjacent ou du segment de côte opposé. La troisième conséquence est l'identification sur le cours de la ligne d'équidistance d'un point de rupture où les effets de l'adjacence cédant à ceux de l'opposition entraînent son changement de direction. Enfin, la Cour aura à analyser le caractère pertinent ou non de l'île des Serpents du point de vue du choix des points de base.

45. Après avoir exposé les vues des parties relativement aux points de base à prendre en considération pour le tracé de la ligne d'équidis-

39. Affaire de la délimitation maritime en mer Noire, supra note 4 au §127.

40. *Ib.* §128.

tance provisoire entre les côtes adjacentes des deux parties, la Cour devra examiner la question de savoir si les points de base à retenir pourraient être les mêmes que ceux choisis par chaque Etat pour définir la limite extérieure de sa mer territoriale. Elle observera⁴¹ à cet égard que le caractère géométrique de la première phase de l'opération de délimitation l'amène à retenir comme points de base ceux que la géographie de la côte identifie en tant que réalité physique au moment où elle procède à cette délimitation. Cette réalité géographique recouvre non seulement les facteurs physiques produits par la géodynamique et les mouvements de la mer, mais tout autre facteur matériel existant.

46. La Cour consacre la double fonction des lignes et points de base. Il apparaît que les points et lignes de base de la délimitation sont autonomes par rapport à ceux qui servent à mesurer la largeur de la mer territoriale et des autres juridictions maritimes. La Cour⁴² relève, en effet, que la question de la détermination de la ligne de base servant à mesurer la largeur du plateau continental et de la zone économique exclusive et celle de la définition des points de base servant à tracer une ligne d'équidistance / médiane aux fins de délimiter le plateau continental et la zone économique exclusive entre deux Etats adjacents où se faisant face sont deux questions distinctes.

47. Dans le premier cas, l'Etat côtier peut déterminer les points de base pertinents conformément aux dispositions de la CNUDM⁴³. Il s'agit cependant d'un exercice qui comporte toujours un aspect international⁴⁴. Dans le second cas, celui de la délimitation des zones maritimes concernant deux Etats ou plus, la Cour ne saurait se fonder sur le choix par l'une des parties de ces points de base.

La Cour doit, lorsqu'elle délimite le plateau continental et les zones économiques exclusives, retenir des points de base par référence à la géographie physique des côtes pertinentes.

48. Après avoir identifié les points de base sur les côtes des deux parties, la Cour devra tracer la ligne d'équidistance provisoire en s'appuyant

41. *Ib.* §131.

42. *Ib.* §137.

43. CNUDM décembre 10, 1982, 1833 U.N.T.S. 397, art. 7, 9, 10, 12 et 15.

44. La Cour renvoie à l'affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège), 1951 C.I.J. 116, 132 (18 Décembre).

sur ces points, laquelle apparait identique à la ligne médiane provisoire.

Cette ligne sera confrontée aux circonstances pertinentes de façon à parvenir à un résultat équitable.

4.3 *Les circonstances pertinentes*

49. Une fois la ligne d'équidistance provisoire tracée, le juge doit « examiner s'il existe des facteurs appelant un ajustement ou un déplacement de cette ligne afin de parvenir à un résultat équitable »⁴⁵. Ces facteurs qualifiés de circonstances pertinentes⁴⁶ ont pour fonction de permettre au juge de s'assurer que la ligne d'équidistance provisoire, tracée, selon la méthode géométrique, à partir de points de base déterminés sur les côtes des parties, n'est pas, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, perdue comme inéquitable. Si tel était le cas, le juge devra ajuster la ligne afin de parvenir à une solution équitable⁴⁷.

50. En ce qui concerne les règles applicables, la Cour fait observer que les longueurs respectives des côtes ne peuvent jouer aucun rôle dans l'établissement de la ligne d'équidistance provisoire. La délimitation est une opération qui diffère de l'attribution de ressources ou de zones⁴⁸. Aucun principe de proportionnalité n'intervient en tant que tel dans la détermination initiale de la ligne d'équidistance.

51. En cas de disparité particulièrement marquées entre les longueurs des côtes, la Cour peut choisir de traiter cette réalité géographique

45. cette consécration procède d'une longue construction qui remonte à 1969 : Affaire du Plateau de la mer du Nord(1969), affaire de la délimitation de plateau continental entre la France et le Royaume-Uni(1977), affaire de la délimitation maritime entre la Tunisie et la Libye(1982), l'affaire du Golfe du Maine(1984), voir ces affaires. Appendice A ; dans l'affaire plateau continental (Libye c. Malte) avec la fameuse déclaration de principe de la Cour : « En tout état de cause les lignes de base Arrêtées par un Etat coter ne sont pas en soi identiques aux points choisis sur une cote pour permettre de calculer l'étendue de plateau continental relevant dudit Etat. Dans ce cas, l'effet équitable d'une ligne d'équidistance dépend de la précaution que l'on aura prise d'éliminer l'effet exagéré de certains ilots, rochers ou légers saillants de la côte », voir supra note 32 au §64

46. Affaire de La frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigeria ; Guinée Equatoriale (Intervenant), 2002 C.I.J 303 §288 (10 Octobre)

47. Affaire du plateau continental de La mer du Nord, supra note 25 au 53.

48. CNUDM décembre 10, 1982, 1833 U.N.T.S 397, art. 74 et 83 § 1.

comme une circonstance pertinente qui exigerait de procéder à quelques ajustements de la ligne d'équivalence provisoire.

52. La Cour a reconnu qu' « une différence importante de longueurs des côtes respectives des parties [pouvait] être un élément à prendre en considération pour ajuster ou déplacer la ligne provisoire de délimitation »⁴⁹. Elle a jugé que la disparité entre les longueurs des côtes de Jan Mayen et du Groenland (approximativement 1 pour 9) constituait une « circonstance spéciale » nécessitant que la ligne médiane provisoire soit modifiée - en étant rapprochée de la côte de Jan Mayen - afin d'éviter des résultats inéquitables à l'égard tant du plateau continental que de la zone de pêche.

53. Dans l'affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine (Canada / Etats-Unis d'Amérique), la chambre en examinant « les critères équitables susceptibles d'être pris en considération aux fins d'une délimitation maritime internationale », explique:

[...] du fait que la prise en considération de l'extension des côtes respectives des Parties intéressées ne constitue en soi ni un critère dont on puisse directement s'inspirer aux fins d'une délimitation, ni une méthode utilisable pour effectuer en pratique cette délimitation. La Chambre reconnaît que, en avançant cette idée, on énonce surtout un moyen de vérifier si une délimitation provisoirement établie en faisant d'abord appel à d'autres critères et par l'utilisation d'une méthode n'ayant rien à faire avec ladite idée apparaît ou non comme satisfaisante par rapport à certaines caractéristiques géographiques du cas concret et s'il est ou non raisonnable d'apporter des corrections en conséquence. La pensée de la chambre à ce sujet peut se résumer par la remarque qu'une délimitation maritime ne saurait certainement pas être établie en procédant directement à une division de la zone en contestation, proportionnellement à l'extension respective des côtes des parties de l'aire concernée, mais qu'une disproportion substantielle par rapport à cette extension, qui résulterait d'une délimitation établie sur une base différente, représenterait non moins certainement une circonstance appelant une correction adéquate.

54. La question des circonstances particulières à prendre en compte sera tranchée plus tard par la Cour. Selon elle, bien qu'il n'y ait peut-être pas de limite juridique aux considérations dont les Etats sont en droit de tenir compte, il ne peut difficilement en être de même lorsqu'une juridiction applique des procédures équitables. En effet, bien qu'il n'y ait certes pas de liste limitative des considérations auxquelles le juge peut

49. Affaire du plateau continental de la Mer du Nord, supra note 25 au § 18.

faire appel, de toute évidence, seules pourront intervenir celles qui se rapportent à l'institution du plateau continental telle qu'elle est constituée en droit et à l'application des principes équitables à sa délimitation. S'il en allait autrement, la notion juridique de plateau continental elle-même pourrait être bouleversée par l'introduction de considérations étrangères à sa nature.

55. A dire vrai, le juge ne s'intéresse qu'aux seules circonstances se rapportant au titre juridique de l'Etat sur les espaces maritimes en litige devant lui et qui lui permettent de construire une ligne de délimitation acceptable pour les parties mais surtout équitable.

56. Après avoir retenu ou non une ou des circonstances pertinentes de nature à entraîner un ajustement ou un déplacement de la ligne de délimitation provisoire, le juge détermine et trace ce qui deviendra la ligne finale de délimitation. Il ne lui reste alors qu'à vérifier l'absence de disproportion pour s'acquitter de sa tâche.

4.4 Verification de L'absence de disproportion

57. Il s'agit, pour le juge, de s'assurer que le résultat auquel il est parvenu concernant la ligne de délimitation retenue n'entraîne pas de disproportion marquée entre les longueurs respectives des côtes et les espaces repartis par ladite ligne. La Cour internationale de Justice recommandait déjà l'attitude à adopter.

58. Les vues énoncées par la sentence franco-britannique apparaissent décisives. En examinant les concepts de « proportionnalité » et d'« évaluation raisonnable des accidents naturels », le Tribunal déclarait:

[...] Des configurations particulières peuvent, dans certaines conditions, créer une distorsion dans le tracé de la limite et, par là, modifier l'attribution du plateau continental à chaque Etat, telle qu'elle résulterait sans cela de la configuration générale des côtes. Le concept de proportionnalité n'est que l'expression du critère ou du facteur qui permet de déterminer si cette distorsion aboutit à une délimitation inéquitable du plateau continental entre les Etats intéressés [...].

C'est la disproportion plutôt qu'un principe général de proportionnalité qui constitue le critère ou facteur pertinent... il ne peut jamais être question de refaire entièrement la nature... il s'agit plutôt de remédier à la disproportion et aux effets inéquitables dus à des configurations ou caractéristiques géographiques particulières.

La proportionnalité doit [...] être utilisée? Comme un critère ou facteur permettant d'établir si certaines situations géographiques produisent des délimitations équitables

et non comme un principe général qui constituerait une source indépendante de droits sur des étendues de plateau continental [...].

La proportionnalité n'est pas en soi la source d'un titre (...) mais plutôt un critère d'évaluation des considérations d'équité pour certaines situations géographiques [...].

L'élément de proportionnalité [...] joue [...] le rôle d'un critère d'appréciation des effets de déviation de caractéristiques géographiques particulières ainsi que de l'étendue de l'iniquité qui en résulte.

59. La vérification de l'absence de disproportion ne peut être qu'approximative. Diverses techniques ont été utilisées par le passé pour apprécier la longueur des côtes, sachant qu'aucune règle de droit international ne précise clairement s'il convient de se référer aux côtes réelles ou d'utiliser des lignes de base, ou encore si les côtes jouxtant des eaux intérieures doivent ou non être exclues; chaque affaire de délimitation maritime étant un « unicum ».

60. Au terme d'un processus d'un demi-siècle, la délimitation maritime est arrivée à maturité avec ses trois étapes. La première étape, qui est le point de départ, consiste à tracer une ligne d'équidistance provisoire. La seconde étape consiste à s'assurer que la ligne ainsi tracée produit un résultat équitable auquel cas la ligne provisoire devient définitive. En revanche, si la ligne d'équidistance provisoire n'aboutit pas à un résultat équitable, le juge doit procéder à son ajustement ou à son déplacement en fonction des circonstances pertinentes de l'espèce; c'est la troisième et dernière étape. Ce paradigme des trois étapes va rendre beaucoup de service au juge dans sa recherche de solutions au contentieux de la délimitation maritime en lui offrant la stabilité et la prévisibilité.

APPENDICE A

L'objet des différends relatifs à la délimitation est en effet multiple: dans l'affaire des Grisbadarna (Norvège c. suède), le compromis d'arbitrage du 14 mars 1908 stipule: « Article 3: Le Tribunal arbitral aura à décider si la ligne frontière doit être considérée, soit entièrement, soit en partie, comme fixée par le Traité de délimitation de 1661 avec la carte y annexée et de quelle manière la ligne ainsi établie doit être tracée que pour autant que la ligne frontière ne sera pas considérée comme fixée par ce Traité et cette carte, le Tribunal aura à fixer cette ligne », l'affaire des Grisbadarna (Norvège c. subde), 1909 RSA, Vol. XI, 147 (23 octobre)

Dans l'affaire du plateau continental de La mer du Nord (République Fédérale d'Allemagne c. Danemark) et (République Fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas) l'art. Icr des compromis identiques dispose: « La Cour internationale de Justice est priée de trancher les questions suivantes : 1) Quels sont les principes et les règles du droit international applicables à la délimitation entre les Parties des zones du Plateau continental de la mer du Nord relevant de chacune d'elles, au-delà de la ligne de délimitation partielle déterminée par la Convention susnommée du 9 juin 1965 ? 2) Les Gouvernements du Royaume de Danemark et de la République Fédérale d'Allemagne délimiteront le plateau continental de la mer du Nord entre leur pays par voie d'accord conclu conformément à la décision demandée à la Cour internationale de Justice », affaire du plateau continental de La mer du Nord (République Fédérale d'Allemagne c. Danemark) et (République Fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), 1969 C.L.J. 3 (20 février).

Dans l'affaire de la délimitation du plateau continental, (Royaume Uni c. France), Sentence du 30 juin 1977, R.S.A., Vol. XVHI, p. 130 et suivantes, l'article 2 du compromis du 10 juillet 1975 dispose: « Il est demandé au Tribunal de statuer conformément aux normes du droit international applicables en la matière entre les Parties, sur la question suivante: Quel est le tracé de la ligne (ou des lignes) délimitant les parties du plateau continental qui relèvent respectivement du Royaume-Uni ainsi que des îles anglo-normandes et de la République française, à l'Ouest de la longitude 30 minutes ouest du méridien de Greenwich et jusqu'à l'isobathe 1000 mètres ? 3) Le choix de l'isobathe 1000 mètres

ne préjuge pas la position de l'un ou l'autre des deux gouvernements en ce qui concerne la limite extérieure du plateau continental», affaire de la délimitation du plateau continental, (Royaume Uni c. France), 1977 RSA, Vol. XVIII, 130 (30 juin)

Dans l'affaire du différend frontalier (Dubai c. Sharjah), l'article premier du compromis stipule: « First, the outstanding dispute between the two Emirates of Dubai and Sharjah concerning the demarcation of the boundaries between them shall be referred to Arbitration », affaire du différend frontalier, (Dubai c. Shajjah) 1981 International Law Reports [1LR], Vol. 91, 543 et suivantes. (19 octobre)

Dans l'affaire du plateau continental (Tunisie c. Jamahiriya Arabe Libyenne), l'article premier du Compromis du 10 juin 1977 dispose : « Il est demandé à la Cour de rendre son arrêt dans l'affaire suivante: Quels sont les principes et règles du droit international qui peuvent être appliqués pour la délimitation de la zone du plateau continental appartenant à la République Tunisienne et de la zone du plateau continental appartenant à la Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste et, en prenant sa décision, de tenir compte des principes équitables et des circonstances pertinentes propres à la région, ainsi que des tendances récentes admises à la 3ème Conférence sur le droit de la mer», affaire du plateau continental (Tunisie c. Jamahiriya Arabe Libyenne), 1982 C.L.J. 18 (24 février)

Dans l'affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine (Canada c. Etats-Unis d'Amérique), le compromis du 29 mars 1979 dispose en son article 2 : « La Chambre est priée de statuer, conformément aux règles et principes du droit international applicables en la matière entre les Parties, sur la question suivante: Quel est le tracé de la frontière maritime unique divisant le plateau continental et les zones de pêche: du Canada et des Etats- Unis d'Amérique [...]. 2) La Chambre est priée de décrire le tracé de la frontière maritime en termes de lignes géodésiques reliant les coordonnées géographiques des points. La Chambre est également priée, à seule fin d'illustration, d'indiquer le tracé de la frontière sur la carte [...], affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine (Canada c. Etats-Unis d'Amérique), 1984 C.I.J. 246 (12 octobre)

Dans l'affaire (Guinée c. Guinée-Bissau), l'article 2 du Compromis d'arbitrage du 18 février 1983 dispose: Il est demandé au Tribunal de statuer conformément aux règles pertinentes du droit international sur les questions suivantes: « La Convention du 12 mai 1886 entre la France et le Portugal détermine-t-elle la frontière maritime entre les possessions respectives de ces deux Etats en Afrique de l'Ouest? Quelle valeur juridique peut-on attribuer aux protocoles et documents annexes de la Convention de 1886 pour l'interprétation de ladite Convention ? [...]. », affaire de délimitation de la frontière maritime (Guinée c. Guinée-Bissau) 1985 RSA, Vol. XIX, 149 (14 février)

Dans l'affaire du plateau continental (Jamahiriya Arabe Libyenne c. Malte) l'article premier du Compromis du 23 mai 1976 dispose : « Quels sont les principes et les règles du droit international qui sont applicables à la délimitation de la zone du plateau continental relevant [des deux Républiques] et comment, dans la pratique, ces principes et règles peuvent-ils être appliqués par les deux Parties [...] ? », affaire du plateau continental (Jamahiriya Arabe Libyenne c. Malte), 1985 C.I.J. 13 (3 juin)

Dans l'affaire de la délimitation de la frontière maritime (Guinée Bissau c. Sénégal), l'article 2 du compromis d'arbitrage du 12 mars 1985 dispose: «Il est demandé au Tribunal de statuer sur les questions suivantes: 1) L'Accord conclu par un échange de lettres, le 26 avril 1960, et relatif à la frontière en mer, fait-il droit dans les relations entre la République de Guinée-Bissau et la République du Sénégal ? 2) En cas de réponse négative à la première question, quel est le tracé de la ligne délimitant les territoires maritimes qui relèvent respectivement de la République de Guinée-Bissau et de la République du Sénégal] ? », affaire de la délimitation de la frontière maritime (Guinée Bissau c. Sénégal) 1989 RSA, Vol. XX, 121 (31 juillet)

Dans l'affaire de la délimitation des espaces maritimes (Canada c. France), l'article 2 du Compromis d'arbitrage dispose: «1) Statuant conformément aux principes et règles du droit international applicables en la matière, le Tribunal est prié de procéder à la délimitation entre les Parties des espaces maritimes relevant de la France et de ceux relevant du Canada. [...] », affaire de la délimitation des espaces maritimes (Canada c. France) 1992 RSA, Vol. XXI, 267 (10 juin)

Dans l'affaire de la délimitation maritime (Danemark c. Norvège), le Danemark a demandé à la Cour:« De dire et juger que le Groenland

a droit à une zone entière de pêche et de plateau continental de 200 milles face à l'île de Jan Mayen; et en conséquence de tracer une ligne unique de délimitation de la zone de pêche et du plateau continental du Groenland dans les eaux situées entre le Groenland et Jan Mayen à une distance de 200 milles marins mesurée à partir de la ligne de base du Groenland [...] », l'affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvege), 1993 C.I.J. 38 (14 juin)

Dans l'affaire de la délimitation maritime, (Erythrée c. Yemen), l'article 2 (3) du Compromis d'arbitrage du 3 octobre 1996 dispose: « The second stage shall result in an award delimiting maritime boundaries. The Tribunal shall decide taking into account the opinion that it will have formed on questions of territorial sovereignty, the United Nations Convention on the Law of the Sea, and any other pertinent factor » affaire de la delimitation maritime (Erythree c. Yemen) 1999 sentence arbitrale, 451 (décembre 1999); <http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pagid=1225>

Dans l'affaire de la délimitation maritime (Qatar c. Bahreïn):« Les parties prient la Cour de trancher toute question relative à un droit territorial ou à tout autre titre ou intérêt qui peut faire l'objet d'un différend entre elles, et de tracer une limite maritime unique entre leurs zones maritimes respectives, comprenant les fonds marins, le sous-sol et les eaux subjacentes », affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales (Qatar c. Bahrein), 2001 C.I.J. 40 (16 mars)

Dans l'affaire de la frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigeria; Guinée Equatoriale intervenant) le 29 mars 1994, le Gouvernement du Cameroun a déposé au greffe de la CIJ une requête où il expose que : «la délimitation [de la frontière maritime entre les deux Etats était] demeurée partielle et [que] les deux parties n' [avaient] pas pu, malgré de nombreuses tentatives, se mettre d'accord pour la compléter». Il priait en conséquence la Cour, « afin d'éviter de nouveaux incidents entre les deux pays, [...] de bien vouloir déterminer le tracé de la frontière maritime entre les deux Etats au-delà de celui qui avait été fixé en 1975 », affaire de la frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigeria; Guinée Equatoriale (Intervenant)), 2002 C.I.J. 303 (10 octobre)

Dans l'affaire de délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental, (Barbade c. Trinité-et-Tobago), l'action avait été introduite par la Barbade le 16 février 2004 « en application de l'article 286 » de la Convention de Montego Bay. Le Tribunal était appelé à délimiter la ZEE et le Plateau continental entre les parties [Conclusions de la Barbade, paragraphes 2 et 15], affaire de délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental, (Barbade c. Trinité-et-Tobago) 2006 RSA, Vol. XXVII, 147 (11 avril)

Dans l'affaire (Guyana c. Suriname), l'instance a été introduite par le Guyane le 24 février 2004 « conformément aux articles 286 et 287 » de la Convention de Montego Bay. Le Tribunal était prié de prendre une décision au sujet de la délimitation de la mer territoriale, de la zone économique exclusive et du plan continental entre les deux parties, affaire de délimitation maritime (Guyana c. Suriname), 2007 sentence du Tribunal Arbitral, 1 §157 (17 septembre)

L'affaire (Nicaragua c. Honduras) a été introduite par le Nicaragua le 8 décembre 1999. Cet Etat priait la Cour « de déterminer le tracé d'une frontière maritime unique entre les mers territoriales, les portions de plateau continental et les zones économiques exclusives relevant respectivement du Nicaragua et du Honduras», requête du Nicaragua, paragraphe 6, affaire du différend territorial et maritime dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), 2007 C.I.J. 659 (8 Octobre).

L'Afrique et le Droit INTERNATIONAL
Variations sur l'organisation internationale

LIBER AMICORUM

Raymond Ranjeva

Editions A. PEDONE (Paris) 2013 pp. 233 - 264

**LA PÊCHE ILLICITE NON DECLARÉE
ET NON RÉGLEMENTÉE EN AFRIQUE
DE L'OUEST**

*«C'est avec plaisir que nous contribuons aux
mélanges offerts à M. Raymond RANJEVA; cet illustre fils d'Afrique
aux contributions remarquables au droit international comme Profes-
seur et comme Juge»*

L'Afrique de l'Ouest bénéficie de conditions climatiques et écologiques exceptionnelles. Ses zones marines et côtières sont parmi les plus poissonneuses du monde. Les eaux maritimes y ont une grande productivité biologique du fait de phénomènes de remontée des eaux profondes riches en nutriments à la base de la chaîne alimentaire marine. Ce phénomène connu sous le nom d'« upwelling » est causé par des alizés soufflant du continent vers le large et qui repoussent les eaux de surface, provoquant ainsi la résurgence d'eaux profondes froides. L'abondance de ressources halieutiques est ainsi une des caractéristiques majeures de la région allant de la Mauritanie au Cap Shilling¹

L'espace couvert par les 7 Etats membres de la Commission sous-régionale des pêches est de 1,6 millions de km² et le littoral s'étend sur près de 3500 kms. La population totale de ces Etats avoisine 32 millions d'habitants dont 70% vivent près de la côte. La pêche dans ces pays est un secteur de la plus grande importance, en constituant le quart de l'activité économique. Elle pourvoit à la création d'emplois, à l'alimentation et aux exportations des pays de la sous-région. Le nombre d'emplois, directs et indirects, de ce secteur, est estimé à plus d'un million avec un effort de pêche de 30.000 pirogues et plus de 1000 navires industriels dont 700 bateaux étrangers opérant dans les zones économiques exclusives des Etats, dans le cadre d'accords de pêche avec principalement l'Union Européenne, la Chine, la Corée du Sud. La valeur estimée des captures est de 1,5 milliard de dollars US par an alors que le volume estimé des exportations se chiffre à 350 millions de dollars US par an

Le secteur de la pêche est en crise depuis 1990 dans la sous-région en raison de la surpêche, une surexploitation par les pêcheurs artisans,

1. Voir Analyse bioéconomique des principales pêcheries dans la région nord du COPACE, Dakar, COPACE/TECH/82/45, 118 p.

les pêcheurs industriels mais surtout la présence très inquiétante de la pêche illicite, non déclarée et non réglementée (PAI-INN)², la FAO donne la définition suivante de la pêche INN :

« 3.1. Par la pêche illicite, on entend des activités de pêche :

3.1.1. effectuées par des navires nationaux ou étrangers dans les eaux placées sous la juridiction d'un Etat, sans l'autorisation de celui-ci, ou contrevenant à ses lois et règlements ;

3.1.2. effectuées par des navires battant pavillon d'Etats qui sont parties à une organisation régionale de gestion des pêches compétente, mais qui contreviennent aux mesures de conservation et de gestion adoptées par cette organisation et ayant un caractère contraignant pour les Etats ou aux dispositions pertinentes du droit international applicable ; ou

3.1.3. contrevenant aux lois nationales ou aux obligations internationales, y compris celles contractées par les Etats coopérant avec une organisation régionale de gestion des pêches compétente.

3.2. Par pêche non déclarée, on entend des activités de pêche:

3.2.1. qui n'ont pas été déclarées, ou l'ont été de façon fallacieuse, à l'autorité nationale compétente, contrevenant ainsi aux lois et règlements nationaux; ou

3.2.2. entreprises dans la zone de compétence d'une organisation régionale de gestion des pêches compétente, qui n'ont pas été déclarées ou l'ont été de façon fallacieuse, contrevenant ainsi aux procédures de déclaration de cette organisation.

3.3. Par pêche non réglementée, on entend des activités de pêche;

2. Si le phénomène était bien connu dans le monde, la première utilisation de l'expression « pêche illicite, non déclarée et non réglementée (pêche INN) » a été attribuée à la session de 1997 de la Commission pour la conservation de la faune et de la flore marine de l'Antarctique (CCAMLR) ou elle est apparue dans les débats concernant les activités de pêche non conformes (illégales et non déclarées) des parties à cette commission et les activités de pêche (illégales et non réglementées) des non-parties dans la zone couverte par la Convention portant création de la CCAMLR. Voir, D. Douman, « Global Overview of IUU fishing and its impacts on national and regional efforts to manage fisheries sustainably; The rationale for the conclusion of the 2001 FAO International Plan of Action », Appendix 17. FAO Fisheries Report N° 722, Report of the Expert Consultation on Fishing Vessels Operating Open Registries and Their Impact on Illegal, Unreported and Unregulated Fishing, Miami, Floride. USA. 23-25 septembre 2003 (FAO, Rome 2004). Le texte est disponible à : www.fao.org/DCREP/006/Y5244E/y5244c_0h.htm/bml7 ; Voir aussi, W. Edeson, « Tools to address IUU Fishing : The Current Legal Situation » at www.fao.org/DOCREP/005/Y03274e/Y3274E_0a/http.

3.3.1. qui sont menées dans la zone de compétence d'une organisation régionale de gestion des pêches compétente par des navires sans nationalité, ou par des navires battant pavillon d'un Etat non partie à cette organisation, ou par une entité de pêche, d'une façon non conforme ou contraire aux mesures de conservation et de gestion de cette organisation ; ou

3.3.2. qui sont menées dans des zones, ou vivent des stocks pour lesquels il n'existe pas de mesures applicables de conservation ou de gestion, et d'une façon non conforme aux responsabilités de l'Etat en matière de conservation des ressources biologiques marines en droit international»³

Il va sans dire qu'une telle définition est forcément évolutive vu la nature des activités en question et leur prolifération mais surtout l'ingéniosité de ceux qui s'adonnent à la pêche INN.

Ce, d'autant que la technologie est très au point. Les innovations sont de plus en plus étonnantes, en particulier dans le domaine du repérage du poisson : utilisation des aéronefs et du sonar dans la pêche à la senne coulissante et dans le chalutage guidé. L'utilisation nouvelle des chaluts flottants, les nouvelles manœuvres de filet, les pompes à poisson, la généralisation de l'emploi des fibres synthétiques, les nouvelles techniques de congélation et de traitement du poisson, les bateaux-gigognes, navires-usines accompagnés de nombre de bateaux de tonnage moindre chargés de pêcher le poisson et reposant sur un réseau étendu de ports de complaisance ou d'abris naturels où se font les déchargements, les réparations et autres rotations des équipages,⁴ complètent le tableau.

On comprend dès lors que les pertes subies dans les eaux de l'Afrique subsaharienne soient estimées à la contrevaleur de 1 milliard de dollars US par an⁵. La Communauté internationale a noté combien cette pêche INN était rentable pour ceux qui la pratiquent et qui viennent

3. Plan d'Action (PAI-INN) / IPOA-IUU) adopté par consensus à la 24ème session du Comité des Pêches de la FAO (COFI) le 2 mars 2001 et approuvé par la 120^{ème} session du Conseil de la FAO le 23 juin 2001 : Texte disponible à : www.fao.org/DOCREP/003/y1224E/Y1224E00.HTM ; Voir l'Annexe 1, pp. 109-110.

4. Voir FAO, Collaboration entre institutions internationales dans le domaine des pêches, document COFI/71/g(b), Annexe III, p. 15.

5. Voir, High Seas Task Force, Closing the Net: Stopping Illegal Fishing on the High Seas, 2006, p. 3. Disponible à : www.high-seas.org/docs/HSTFFinal.web.pdf.

d'un nombre restreint de pays. La valeur mondiale des prises INN est estimée entre 4 et 9 milliards de dollars US, dont 1,25 milliard provient de la haute mer et le reste des eaux relevant des juridictions nationales.⁶ L'effort de pêche dans le monde est de 100 millions de tonnes par an, dont 27% de prises INN⁷.

En Afrique de l'Ouest, la pratique de la pêche INN est désastreuse et destructive pour l'économie maritime et l'écosystème de la région. Il faut le voir pour le croire. Les bateaux restent en mer durant des années et ne vont jamais dans les ports de la sous-région. Ils effectuent des transbordements illégaux de leur pêche à d'autres bateaux, bénéficient de l'avitaillement et des rotations d'équipages en mer.

La pêche INN est très organisée et ne respecte aucune loi ou les règlements des Etats côtiers. Les bateaux pirates développent impunément leurs activités, étant persuadés de toujours échapper au contrôle étant donné que les Etats n'ont pas les moyens d'asseoir une véritable police des pêches et que les eaux sous leur juridiction ne sont pas surveillées.

L'Environmental Justice Foundation (EJF) et Greenpeace ont entrepris d'enquêter dans la région et ont produit un film édifiant⁸. Il apparaît que le chalutage est un véritable désastre. La Guinée est un des pays où la Pêche INN est pratiquée le plus au monde. Ses eaux ne sont pas surveillées faute de moyens.

6. Ibid.

7. Comme l'indique le PAI-INN de la FAO, op. cit., la pêche INN compromet les efforts de conservation et de gestion de poisson dans toutes les pêches de capture. Lorsqu'ils se trouvent confrontés à la pêche INN, les organes nationaux et régionaux de gestion des pêches peuvent voir leurs objectifs de gestion mis en échec ; cette situation entraîne la perte de perspectives sociales et de débouchés économiques tant à court qu'à long terme et nuit à la sécurité alimentaire et à la protection de l'environnement. La pêche INN peut provoquer l'effondrement d'une pêcherie ou porter gravement préjudice aux efforts de reconstitution des stocks déjà très appauvris. Les instruments internationaux existants visant la pêche INN ont jusqu'ici été inefficaces, faute de volonté politique, d'un rang de priorité suffisant de capacités et de ressources nécessaires pour les ratifier ou y adhérer et pour les appliquer. Voir le paragraphe premier.

8. Voir www.EDFoundation; aussi Greenpeace 2001. La pêche pirate de l'Afrique occidentale. Document disponible sur le site Internet Guide to International Fisheries Law, www.océanlaw.net

La Guinée a une mer territoriale de douze milles marins réservée à la pêche artisanale locale. Cette mer territoriale est envahie par les chalutiers étrangers qui repartent de nuit à partir de 3 heures du matin. Les récits des pêcheurs que l'on voit dans le film sont terribles.

Les chalutiers attrapent tous les poissons disponibles sans considération d'espèces protégées ou de normes de sécurité. Ils détruisent les filets des pêcheurs artisans locaux, cassent leurs pirogues et mettent leur vie en danger. Ils détiennent des filets lourds qui vont draguer l'océan détruisant l'habitat marin mais surtout les nurseries pour les juvéniles; ce qui empêche les poissons de se reproduire.

Les équipages sont formés au tri des espèces et au choix de celles ayant la plus grande valeur marchande. La majorité des captures, c'est-à-dire près de 90% de la pêche, est rejetée en mer. Le spectacle est proprement affligeant.

Les communautés de pêche sont en perdition. Sur toute la côte ouest-africaine, les populations vivent du poisson qui leur procure l'équilibre protéinique. Les femmes qui pratiquent la technique de conservation du poisson, le fumage, depuis plus de 1000 ans voient leur activité en crise. Elles expliquent qu'avant il fallait une demi-journée à leurs pêcheurs pour ramener le poisson alors qu'aujourd'hui ils restent plusieurs semaines en mer pour des prises très aléatoires.

La Guinée perd chaque année 110 millions de dollars US pour non paiement de redevances relatives aux licences et des emplois par milliers. Sur cent bateaux inspectés en 2008, plus de la moitié pratiquait la pêche INN. Ces bateaux effectuaient des transbordements de nuit sur des cargos réfrigérateurs qui font la navette entre la Guinée et le port de complaisance qu'est Las Palmas dans les îles Canaries. Le film montre un cargo réfrigérateur qui a fait sept fois la navette entre la côte guinéenne et Las Palmas. La pêche INN y est mélangée au poisson autorisé, ce qui rend impossible toute traçabilité. C'est ainsi que le poisson pêché de façon illicite se retrouve en Europe, en violation des lois et règlements en vigueur. Pour 2009-2010, sur 1300 bateaux pirates dans la région, seuls 58 ont été arraisonnés.

On comprend dès lors pourquoi les propriétaires n'hésitent pas à payer dès que leurs bateaux sont immobilisés. Ces propriétaires sans scrupule pratiquent une falsification des spécifications techniques de leurs bateaux, que l'on appelle le marquage. Ils pratiquent également le clonage de leur navire. Pour un navire doté de licence de pêche en bonne et due forme, l'on peut trouver d'autres navires de pêche avec le même nom et la photocopie de la même licence. Ces propriétaires pratiquent en outre le repavillonnement («reflagging») pour échapper aux contrôles des Etats côtiers dans les zones placées sous leur juridiction nationale.

Dans la Déclaration de Nouakchott sur la pêche INN, les Etats de la sous-région soulignent les dangers de la pêche INN et affirment leur pleine adhésion au PAI-INN de la FAO et leur volonté de protéger par un contrôle strict les activités des navires de pêche opérant dans la sous-région. Ils lancent un appel solennel à la communauté internationale à prêter son appui et sa coopération aux Etats membres de la Commission sous-régionale des Pêches dans leur combat contre la pêche INN⁹.

Nous allons examiner le droit applicable (I) avant d'en arriver à la pratique des Etats de la sous-région (II).

I. LE DROIT APPLICABLE

Il sera ici question du droit conventionnel (A) et de la jurisprudence (B).

A. Le droit conventionnel

On passera en revue la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (1), l'Accord sur les stocks chevauchants (2), celui de la

9. Déclaration de Nouakchott adoptée le 20 septembre 2001. Signalons l'initiative originale du Foreign and Commonwealth Office's Polar Regions Unit qui a réuni à Cape Town du 3 au 6 août 2010 un atelier en collaboration avec l'Australie, l'Afrique du Sud, le NEPAD et la CCAMLR. « The Workshop was funded by CCAMLR, using money donated by the UK, in 2001, obtained from the sale of fish confiscated from an illegal vessel operating in the waters of South Georgia and the South Sandwich Islands ». Voir, www.illegal-fishinginfo-African-coastal-states-organize-network-to-tackle-illegal-fishing, pp. 1-2. Douze Etats côtiers africains ont pris part à cette rencontre.

conformité de 1993 (3) et les autres instruments élaborés dans le cadre de la FAO (4).

1. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer

Les dispositions essentielles relatives à la pêche se trouvent dans les articles traitant de la Zone Economique Exclusive.¹⁰ La mise en place de zones économiques exclusives ou de zones de pêche¹¹ de 200 milles marins couvrirait un espace où près de 90% de la pêche commerciale actuelle à lieu.¹² C'est dire que le régime applicable à cette zone est déterminant dans la gestion des ressources halieutiques.

Dans la zone économique exclusive, l'Etat côtier a des droits souverains aux fins d'exploration et d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources naturelles, biologiques.¹³ Il y jouit ainsi d'assez larges pouvoirs mais doit aussi y assumer un certain nombre d'obligations.

10. Les dispositions de la Convention relatives à la mer territoriale ne traitent pratiquement pas de la pêche sinon pour confirmer la souveraineté de l'Etat côtier. Le paragraphe 2 de l'article 19 indique que le passage d'un navire étranger est considéré comme portant atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'Etat côtier si, dans la mer territoriale, ce navire se livre à l'une quelconque des douze activités énumérées incluant la pêche. De même, le paragraphe premier de l'article 21 prévoit que l'Etat côtier a le pouvoir d'adopter des lois et règlements applicables au passage inoffensif qui peuvent porter sur la conservation des ressources biologiques de la mer et la prévention des infractions à ses lois et règlements relatifs à la pêche, entre autres questions.

11. R. J. Dupuy écrit à propos des nouvelles données de la pêche : « Un point est sur : la généralisation des zones économiques de pêche de la même étendue revient à y absorber les champs de capture les plus importants. Tout d'abord se trouvent ainsi couverts par la zone, tous les plateaux s'étendant jusqu'à l'isobath de 200 mètres, dans la conception, aujourd'hui dépassée, de la Convention de 1958, qui fournissent actuellement 87% de l'ensemble des apports mondiaux de la pêche. Se trouvent également couvertes par la zone économique la quasi-totalité des aires de haute fertilité résultant du soulèvement (upwelling) d'eaux intermédiaires sous l'influence de courants descendants en latitude et renforcés de façon saisonnière par des vents: courant de Californie, courant des Canaries, upwelling du Golf de Guinée, courant du Pérou, courant des Somalies, etc. », in I. 'océan portage analyse d'une négociation (troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer), Pedone, Paris, 1979, p. 87.

12. Dans l'affaire opposant la France et le Canada du Filetage dans le Golf de Saint-Laurent, Sentence du 17 juillet 1986. Le Tribunal arbitral a considéré que « les concepts de zone économique exclusive et de zone de pêche sont tenus pour équivalents sous le rapport des droits qu'y exerce un Etat côtier sur les ressources biologiques de la mer » f§ 49], RGDIP. 1986, pp 713-786, en particulier p. 745.

13. Article 56, para. 1, a) de la CNUDM.

L'Etat côtier prend des mesures appropriées de conservation et de gestion pour éviter que le maintien des ressources biologiques de sa zone économique exclusive ne soit compromis par une surexploitation.¹⁴ Ces mesures visent aussi à maintenir ou rétablir les stocks des espèces exploitées à des niveaux qui assurent le rendement constant maximum, eu égard aux facteurs écologiques et économiques pertinents, y compris les besoins économiques des collectivités côtières vivant de la pêche et les besoins particuliers des Etats en développement, et compte tenu des méthodes en matière de pêche, de l'interdépendance des stocks et de toutes normes minimales internationales généralement recommandées au plan sous-régional, régional ou mondial.¹⁵ Pour ce faire, l'Etat côtier fixe le volume admissible des captures en ce qui concerne les ressources biologiques dans sa zone économique exclusive.¹⁶ Il détermine ensuite sa capacité d'exploiter lui-même lesdites ressources. Si cette capacité d'exploitation est inférieure à l'ensemble du volume admissible des captures, il autorise d'autres Etats, par voie d'accords ou d'autres arrangements, à exploiter le reliquat du volume admissible; en tenant compte de la situation des Etats en développement sans littoral ou géographiquement désavantagés.¹⁷

En ce qui concerne le choix des pays tiers autorisés à venir pêcher le reliquat du volume admissible, la Convention laisse la plus grande discrétion à l'Etat côtier. Elle pose le principe que l'Etat côtier tiendra compte de tous les facteurs pertinents en accordant l'accès à d'autres Etats, et en particulier, l'importance des ressources biologiques de la zone pour l'économie de l'Etat intéressé et ses autres intérêts nationaux.

La Convention se réfère en outre à des catégories de pays dont l'Etat côtier prendra en considération les besoins ou les intérêts: Etats sans littoral limitrophes et Etats côtiers de la région ou sous-région présentant certaines particularités géographiques ; Etats en développement de la

14. Article 61, para. 2 de la CNUDM.

15. Article 61, para. 2 de la CNUDM.

16. Ibid., para. 1.

17. Article 62, para. 2 de la CNUDM.

région ; Etats dont les ressortissants pratiquent habituellement la pêche dans la zone ou qui ont beaucoup contribué à la recherche et à l'inventaire des stocks de façon à réduire à un minimum les perturbations économiques dans ces pays¹⁸; Etats qui ont consenti des efforts substantiels en ce qui concerne la recherche et l'identification des stocks. Les ressortissants des Etats tiers qui pêchent dans la zone économique exclusive doivent se conformer aux mesures de conservation et aux autres modalités et conditions fixées par les lois et règlements de l'Etat côtier lesquels doivent être compatibles avec la Convention.¹⁹

Quant à l'application des lois et règlements de l'Etat côtier, le paragraphe premier de l'article 73 dispose : «Dans l'exercice de ses droits souverains d'exploration, d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources biologiques de la zone économique exclusive, l'Etat côtier peut prendre toutes mesures, y compris l'arraisonnement, l'inspection, la saisie et l'introduction d'une instance judiciaire, qui sont nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qu'il a adoptés conformément à la Convention ».

Cet article 73 confère d'assez larges pouvoirs discrétionnaires à l'Etat côtier. Il n'en constitue pas moins un ensemble de droits et d'obligations qu'il doit assumer y compris l'obligation de procéder sans délai à la mainlevée de la saisie dont un navire aurait fait l'objet et à la libération de son équipage lorsqu'une caution ou autre garantie suffisante a été fournie. Il y a là un lien intime avec l'article 292 de la Convention ayant trait à la prompte mainlevée de l'immobilisation du navire et un exemple de juridiction obligatoire. En effet, lorsque les autorités d'un Etat Partie ont immobilisé un navire battant pavillon d'un autre Etat Partie et qu'il est allégué que l'Etat qui a immobilisé le navire n'a pas observé les dispositions de la Convention prévoyant la prompte mainlevée, le propriétaire du navire suspecte de violation de la législation en matière de pêche peut demander à la juridiction nationale appropriée la mainlevée.

18. Article 62, para. 3 de la CNUDM.

19. L'article 62, para. 4 de la CNUDM donne la liste des onze questions sur lesquelles peuvent porter lesdits lois et règlements.

vée sur le fondement de l'article 73 paragraphe 2. A défaut, la question peut être portée devant le Tribunal international du droit de la mer. Toutefois, la demande de mainlevée ou de mise en liberté ne peut être faite que par l'Etat du pavillon ou en son nom²⁰.

Cette question de la prompte mainlevée pose de difficiles questions juridiques comme par exemple : l'obligation de prompte mainlevée dans la Convention et la confiscation à titre de sanction pour un débat de pêche illicite ; la question de l'abus des voies de droit; les rapports entre l'obligation de prompte mainlevée et les compétences de l'Etat côtier; les procédures « expéditives » de l'Etat côtier en matière de débat de pêche illicite ; la mainlevée comme procédure d'urgence; la question de litispendance, etc.

La mobilité des ressources biologiques exige que leur gestion se fasse sur la base d'arrangements entre les Etats directement intéressés. La Convention reconnaît en cette matière le besoin de coopération et de coordination. L'article 63 se réfère à deux cas de figure. D'une part, lorsqu'un même stock de poissons ou des stocks d'espèces associées se trouvent dans les zones économiques exclusives de plusieurs Etats côtiers, ces Etats s'efforcent, directement ou par l'intermédiaire des organisations sous-régionales ou régionales appropriées, de s'entendre sur les mesures nécessaires pour coordonner et assurer la conservation et le développement de ces stocks.²¹

D'autre part, lorsqu'un même stock de poissons ou des stocks d'espèces associées se trouvent à la fois dans la zone économique exclusive et dans un secteur adjacent à la zone, l'Etat côtier et les Etats qui exploitent ces stocks dans le secteur adjacent s'efforcent, directement ou par l'intermédiaire des organisations sous-régionales ou régionales appropriées, de s'entendre sur les mesures nécessaires à la conservation de ces stocks dans le secteur adjacent.²² La Convention souligne par ail-

20. Article 292, para. 2 de la CNUDM.

21. Article 63, para. 1 de la CNUDM.

22. Article 63, para. 2 de la CNUDM ; voir en outre l'article 61, para. 2 de la Convention. En ce qui concerne les dispositions particulières relatives à des espèces déterminées : Grands migrants (article 64); Mammifères marins (article 65); Stocks de poissons anadromes (article 66); Espèces catadromes (article 67); Espèces sédentaires (article 68). Pour ce qui est de la pêche en haute mer, voir les articles 116 à 120 de la Convention.

leurs l'importance de la conservation des ressources biologiques en haute mer.

En ce qui concerne le droit de pêcher en haute mer, l'article 116 de la Convention précise que tous les Etats ont droit à ce que leurs ressortissants pêchent en haute mer, sous réserve : a) de leurs obligations conventionnelles; b) des droits et obligations ainsi que des intérêts des Etats côtiers tels qu'ils sont prévus, entre autres, à l'article 63, paragraphe 2 et aux articles 64 à 67, ainsi que les dispositions de la Convention relatives à la conservation et à la gestion des ressources biologiques de la haute mer.

Celles-ci traitent d'abord de l'obligation pour les Etats de prendre à l'égard de leurs ressortissants des mesures de conservation des ressources biologiques de la haute mer ou de coopérer avec d'autres Etats à la prise de telles mesures.

Ensuite, les Etats dont les ressortissants exploitent des ressources biologiques différentes situées dans une même zone ou des ressources biologiques identiques, négocient en vue de prendre les mesures nécessaires à la conservation desdites ressources. Ils coopèrent pour créer des organisations de pêche sous-régionales en cas de besoin.

Enfin, lorsqu'ils fixent le volume admissible des captures et prennent d'autres mesures en vue de la conservation des ressources biologiques en haute mer, les Etats doivent se fonder sur les meilleures données scientifiques disponibles, sur les facteurs économiques et écologiques pertinents, les modes de pêche, l'interdépendance des stocks et les besoins spéciaux des Etats en développement. Les Etats ont aussi l'obligation d'échanger les informations scientifiques disponibles par le biais des organisations régionales ou internationales compétentes, ainsi que les statistiques relatives aux captures et à l'effort de pêche. Les Etats doivent en outre veiller à la non discrimination à l'encontre d'aucun pêcheur dans la mise en œuvre des mesures de conservation.

2. L'Accord des Nations Unies sur les stocks chevauchants

L'état des stocks chevauchants et des stocks de poissons grands migrateurs a fait l'objet de vives préoccupations de la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement et le Développement de 1992 (CNUED). Cette Conférence devait adopter l'Agenda 21 dont le chapitre 17 section C constate que l'exploitation des stocks de poisson est inadé-

quate et recommande la nécessité d'organiser une conférence intergouvernementale sous l'égide des Nations Unies pour la mise en œuvre des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

Suite à ces recommandations, la Conférence des Nations Unies sur les stocks de poissons a tenu six sessions d'avril 1993 à août 1995 qui ont donné : « 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 de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs », adopté le 4 août 1995. L'Accord est entré en vigueur le 11 décembre 2001.

Les Etats parties à l'Accord se disent « désireux d'apporter une solution en particulier aux problèmes identifiés dans la section C du chapitre 17 d'Action 21, adopté par la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement et le Développement, entre autres le fait que la gestion des pêcheries en haute mer est inadéquate dans de nombreuses zones et que certaines ressources sont surexploitées, et notant les problèmes suivants: pêche non réglementée, suréquipement, taille excessive des flottes, pratique du changement de pavillon pour échapper aux contrôles, engins de pêche insuffisamment sélectifs, manque de fiabilité des bases de données et insuffisance de la coopération entre les Etats ».

L'Accord se donne pour objectif d'assurer la conservation à long terme et l'exploitation durable des stocks.²³ Il s'applique dans les zones qui ne relèvent pas de la juridiction nationale²⁴. Pour ce faire, les Etats appliquent largement l'approche de précaution afin de protéger les ressources biologiques marines et de préserver le milieu marin²⁵.

23. Article 2 de l'Accord de 1995.

24. Article 3 de l'Accord de 1995.

25. Article 6 de l'Accord de 1995. Sur le principe de précaution, voir L. Boisson de Chazournes, « Precaution in International Law : Reflection on its composite Nature », in T.M. Ndiaye et R. Wolfrum (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*, Liber Amicorum Judge T.A. Mensah, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2007, pp. 21-34 ; L. Lucchini, « Le principe de précaution en droit international de l'environnement : ombres plus que lumières », *AFDI*, 1999, p. 710 et ss ; P.M. Dupuy, « Le principe de précaution et le droit international de la mer », in *La Mer et son droit*, Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean Pierre Queneudec, Pedone, Paris, 2003, pp. 205-220 ; O. Mc Irityre et T. Mosedale, « The Precautio

L'accord renferme des dispositions très détaillées destinées au respect de la réglementation et à la répression des infractions. Par exemple les Etats parties se voient reconnaître, au titre de la coopération sous-régionale et régionale en matière de police, le pouvoir d'arraisonner et d'inspecter les navires de pêche battant pavillon d'un autre Etat partie et les infractions graves précisées. Qui plus est, l'Etat du port a le droit et l'obligation de prendre des mesures, conformément au droit international, pour garantir l'efficacité des mesures sous-régionales, régionales et mondiales de conservation et de gestion.²⁷

La Partie V de l'Accord énumère les obligations qui incombent à l'Etat du pavillon pour respecter et appliquer les règles de façon à s'assurer que les navires qui battent son pavillon ne compromettent pas les objectifs de conservation et de gestion en haute mer. L'Etat du pavillon ne doit autoriser les navires battant son pavillon à pratiquer la pêche en

nary Principle as a norm of Customary International Law », *Journal of Environmental Law*, vol. 9, 1997, pp. 221-235; T. M. Ndiaye, « La responsabilité internationale des Etats pour dommages au milieu marin », in B. Vukas et T.M. Susic (eds.), *International Law, New Actors, New Concepts, Continuing Dilemmas ; Liber Amicorum Bozidar Bakotic*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2010, pp. 265-279, en particulier pp. 271-274

26. L'article 21, para. 11 dispose « Aux fins du présent article, on entend par infraction grave le fait : a) De pêcher sans licence, autorisation ou permis valide délivré par l'Etat du pavillon conformément au paragraphe 3, lettre a) de l'article 18 ; b) De s'abstenir de consigner avec exactitude les données sur les captures et données connexes, comme l'exige l'organisation ou arrangement de gestion des pêcheries sous-régional ou régional compétent, ou de faire une déclaration grossièrement inexacte sur les captures au mépris des règles fixées par ladite organisation ou ledit arrangement en matière de déclaration des captures ; c) De, se livrer à la pêche dans un secteur fermé, de pêcher en dehors des temps d'ouverture, de pêcher sans quota fixé par l'organisation ou arrangement de gestion des pêcheries sous régional ou régional compétent ou après avoir atteint un tel quota ; d) D'exploiter un stock qui fait l'objet d'un moratoire ou dont la pêche est interdite ; e) D'utiliser des engins de pêche prohibés ; f) De falsifier ou de dissimuler les marquages, le nom ou l'immatriculation d'un navire de pêche; g) de dissimuler, d'altérer et de faire disparaître des éléments de preuve intéressant une enquête; h) de commettre des infractions multiples qui, ensemble constituent une méconnaissance grave des mesures de conservation et de gestion; ou i) De commettre toutes autres infractions qui pourraient être spécifiées dans les procédures établies par l'organisation ou arrangement de gestion des pêcheries sous-régional ou régional compétent.

27 Article 23, para. 1 de l'Accord de 1995.

haute mer que lorsqu'il peut s'acquitter efficacement de ses responsabilités à l'égard de ces navires.²⁸

3. *L'Accord sur la conformité de 1993*

L'intention initiale qui a motivé la rédaction du projet et les négociations concernant cet accord était de traiter la pratique du changement de pavillon pour échapper aux contrôles, pratique appelée repavillonnement d'un navire (« reflagging »).²⁹ Faute de consensus sur cette question, les délégués se sont concentrés sur la notion de responsabilité de l'Etat du pavillon et la « libre circulation de l'information sur les opérations de pêche en haute mer ».³⁰

En ce qui concerne la responsabilité de l'Etat du pavillon, chaque partie est tenue de prendre les mesures qui peuvent être nécessaires pour s'assurer que les navires de pêche autorisés à battre son pavillon n'exercent aucune activité susceptible de compromettre l'efficacité des mesures internationales de conservation et de gestion.³¹

Lorsqu'elle accorde l'autorisation de pêcher, la Partie doit s'assurer qu'elle est en mesure d'exercer efficacement des responsabilités que lui confère l'Accord envers ce navire. Les Parties ont en outre l'obligation de n'autoriser des navires de pêche antérieurement immatriculés sur le territoire d'une autre Partie et qui se sont livrés à des activités compromettant l'efficacité des mesures internationales de conservation et de

28. Article 18, para. 2 de l'Accord de 1995. Les mesures de contrôle des navires battant pavillon d'Etats contractants comprennent : 1) la délivrance de licence de pêche ; 2) L'établissement de règlements concernant les conditions et modalités de la licence; 3) L'établissement d'un registre national des navires autorisés à pêcher en haute mer et l'autorisation donnée aux Etats intéressés d'accéder aux renseignements figurant dans le registre; 4) les obligations concernant le marquage des navires ; 5) les obligations relatives à la détermination de la position des navires et les relevés de captures d'espèces visées ou non visées ; 6) les obligations ayant trait à la vérification des relevés de captures au moyen de programmes d'observation et de plans d'inspection ; et 7) le contrôle l'observation et la surveillance de la pêche et des activités connexes. Voir, Particle 18, para. 3 de l'Accord de 1995.

29. Voir G. Moore, « The FAO compliance Agreement », in M. Nordquist and J. More (eds.), *Current Fisheries Issues and the Food and Agriculture Organization of the United Nations*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2000, p. 78.

30. Ibid. Le libellé officiel de l'Accord est Z «Accord visant à favoriser le respect par les navires de pêche en haute mer des mesures internationales de conservation et de gestion », adopté en novembre 1993. Il est entré en vigueur le 24 avril 2003.

31 Article 3, para. 2 de l'Accord sur la conformité.

gestion, à pêcher en haute mer que si certaines conditions sont remplies³². De plus, l'Accord exige de l'Etat du pavillon qu'il prenne des mesures coercitives³³. Ces mesures peuvent consister à faire de toute contravention aux dispositions de l'Accord une infraction au regard de la législation nationale³⁴.

Les autres obligations qui incombent à l'Etat du pavillon ont trait à la nécessité d'assurer «la libre circulation de l'information sur les opérations de pêche en haute mer». L'Etat du pavillon est tenu de s'assurer que les navires sont marqués et de fournir les informations nécessaires concernant leurs opérations de pêche, leurs captures et leurs débarquements.³⁵

Il doit tenir un fichier des navires battant son pavillon et qui sont autorisés à être utilisés pour la pêche en haute mer. Les informations recueillies par lui doivent être communiquées en temps réel à la FAO³⁶. Enfin, les Parties ont l'obligation de coopérer en procédant à des échanges d'informations et en signalant aux Etats du pavillon les activités de navires dont elles estiment qu'elles sont susceptibles de compromettre les mesures de conservation et de gestion de la pêche en haute mer, aux termes de l'article 5.

4. Les instruments relatifs aux pêcheries élaborés sous les auspices de la FAO

Des instruments à caractère non obligatoire concernant les pêcheries ont été élaborés sous les auspices de la FAO. Il s'agit du Code de conduite pour une pêche responsable et de quatre instruments de caractère volontaire élaborés dans le cadre de ce Code à propos de questions spécifiques.

32 Article 3, paras. 3 et 5 de l'Accord.

33. Voir R. Rayfuse, « To our Children's Children's Children: From Promoting to Achieving Compliance in High Seas Fisheries », *International Journal of Maritime and Coastal Law*, vol. 20, n° 3 et 4, 2005, p. 514.

34. Article 3, para. 8 de l'Accord sur la conformité. L'Accord précise que « les sanctions applicables en cas de telles violations doivent être d'une gravité suffisante pour garantir efficacement le respect des dispositions de l'accord et priver les contrevenants des bénéfices de leurs activités illégales. Ces sanctions comprennent pour les infractions graves, le refus, la suspension ou le retrait de l'autorisation de pêcher en haute mer ».

35 Article 3, paras 6 et 7.

36 Article 4 de l'Accord sur la conformité.

Le Code, qui est exhortatoire ou recommandatoire, doit être interprété et appliqué conformément aux règles pertinentes du droit international telles que reflétées dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer³⁷ et conformément à l'Accord sur les stocks chevauchants ainsi qu'à d'autres règles applicables y compris celles énoncées au chapitre 17 d'Action 21.

Le Code détaille les principaux éléments constitutifs d'une pêche responsable: principes généraux, gestion des pêcheries, opérations de pêche, aquaculture, intégration des pêcheries et la gestion des zones côtières, pratiques après les captures et commerce, recherche sur les pêcheries.

En ce qui concerne les autres instruments portant sur des questions spécifiques, ils sont conçus sous forme de plans d'action : Plan d'action international visant à réduire les captures occidentales d'oiseaux de mer par les palangriers; Plan d'action international pour la conservation et la gestion des populations de requins ; Plan d'action international pour la gestion des capacités de pêche et le Plan d'action international visant à prévenir, à contrecarrer et à éliminer la pêche illégale, non déclarée et non réglementée³⁸. Ce dernier a été adopté par consensus à la vingt-quatrième session du Comité des pêches de la FAO, le 2 mars 2001, et approuvé par le Conseil de la FAO à sa cent vingtième session, le 23 juin 2001.

Depuis son adoption, le plan d'action international sur la pêche illécite est un instrument de référence pour les Etats qui sont en train d'élaborer leur plan d'action national contre la pêche illégale, non déclarée et non réglementée.³⁹

37 Code de conduite pour une pêche responsable, article 3.1. _

38 Voir, www.fao.org/DcREP/003/Y1224E/Y1224E00.HTM. Les trois premiers plans d'action internationaux ont été adoptés à la vingt-troisième session du Comité de pêches de la FAO en février 1999. Ils ont été approuvés par le Conseil de la FAO en novembre 2000.

39. Les Etats suivants ont adopté leur plan national contre la pêche illégale, non déclarée et non réglementée sur la base du Plan d'action de la FAO: Cambodge, Canada, Espagne, Etats-Unis, Koweït, Lettonie, Mexique, Norvège, Nouvelle-Zélande et Venezuela; voir aussi le doc. AI63/128. L'Union Européenne a adopté le règlement du Conseil (CE) N° 1005/2008 portant création d'un système communautaire visant à prévenir, contrecarrer et éliminer la pêche illégale, non déclarée et non réglementée le 29 septembre 2008.

Le Plan d'action international de la FAO qui traite des plans d'action pour les organisations régionales de gestion des pêcheries à grandement contribué à harmoniser la pratique suivie par ces organisations dans la lutte contre les activités de pêche illégale.⁴⁰

Si l'Etat côtier jouit de larges pouvoirs reconnus par l'article 56 et de nombre de droits listés à l'article 62, il n'en demeure pas moins que plusieurs problèmes importants se présentant comme des activités connexes à la pêche, et qui sont des niches possibles de pêche INN, ne sont pas envisagés par la Convention. Il suffit de penser aux activités des bateaux d'appui qui se livrent à l'avitaillement (« bunkering »); au transbordement; au transport du poisson congelé par les navires de transport frigorifique (« Reefers ») ou encore aux activités de transformation sur les chalutiers telles que le filetage.

Lorsque ces différentes activités sont menées dans la zone économique exclusive, il est possible que la Convention reste en deçà de la pratique des Etats laquelle permet, avec la jurisprudence, de trouver des éléments de réponse à des problèmes non réglés par la Convention.

40. Rappelons qu'à la lumière du plan d'action international contre la pêche illégale, non déclarée et non réglementée et du Dispositif type FAO de 2005 relatif aux mesures du ressort de l'Etat du port, la FAO a organisé à Rome une consultation technique chargée de rédiger un instrument juridiquement contraignant relatif aux mesures du ressort de l'Etat du port. Trois sessions de la consultation technique ont été tenues : du 23 au 27 juin 2008 ; du 26 au 30 janvier 2009 et du 4 au 8 mai 2009. Cette consultation a donné le Projet d'Accord sur les mesures du ressort de l'Etat du port prévenir, contrecarrer et éliminer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée en date du mai 2009, voir [ftp://ftp.fao.org/FI/DOCUMENT/tc-psm/2009/PSMAgreementf.pdf](http://ftp.fao.org/FI/DOCUMENT/tc-psm/2009/PSMAgreementf.pdf). Le projet dix parties et quatre annexes : Préambule ; Partie 1, dispositions générales (articles 1 à 6) ; 2 : conditions requises avant l'entrée au port (articles 7 à 8) ; Partie 3 : Utilisation des ports 9 et 10) ; Partie 4 : Inspections et actions de suivi (articles 11 à 19) ; Partie 5 : Rôle de l'Etat (article 21 - à noter qu'il n'y a pas d'article 20) ; Partie 6 : exigences spécifiques des en développement (article 22) ; Partie 7 : Règlement des différends (article 23) ; Partie 8 : Etats Parties (article 24) ; Partie 9 : Suivi et révision (article 25) et Partie 10 : Dispositions finales 26 à 37); Annexes A (Renseignements que doivent donner à l'avance les navires qui l'entrée au port); Annexe B (Procédures d'inspection de l'Etat du port); Annexe C sur les résultats de l'inspection) et Annexe D (Système d'information sur les mesures de L'Accord est ouvert à la signature depuis le mois de novembre 2009. Il est signé par L'Accord entre en vigueur trente jours après la date du dépôt auprès du Dépositaire général de la FAO) du vingt-cinquième instrument de ratification, d'acceptation, ou d'adhésion (article 30 du projet).

B. Jurisprudence

La jurisprudence permet de préciser les droits et obligations de l'Etat côtier dans la zone économique exclusive; droits souverains aux fins d'exploration et d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources biologiques ainsi que la mise en application de ses lois et règlements.

1. L'Affaire du filetage à l'intérieur du Golfe du Saint-Laurent

En l'affaire concernant le filetage, à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent, par les chalutiers français visés à l'article 4 b) de l'Accord relatif aux relations réciproques entre le Canada et la France en matière de pêche, signé à Ottawa le 27 mars 1972, un différend s'est élevé entre les deux pays au sujet de l'interprétation dudit accord.

L'origine du différend se situe au mois de janvier 1985 lorsque le chalutier « La Bretagne », immatriculé à Saint-Pierre et Miquelon et qui avait été autorisé à pêcher au dehors du Golfe de Saint-Laurent en 1984, sollicite une licence en vue de procéder, en 1985, à des opérations de pêche à l'intérieur comme à l'extérieur du golfe.

Après avoir accueilli favorablement cette demande le 4 janvier 1985 en ce qui concerne la pêche hors du golfe, les autorités canadiennes ont assorti cette licence d'un «modificatif n° 1 » daté du 24 janvier 1985, aux termes duquel «Conformément à l'interdiction actuellement imposée par le Canada aux bateaux canadiens de fileter en mer des espèces traditionnelles de poissons de fond, « La Bretagne » n'est autorisée qu'à étêter et éviscérer ses prises de ces espèces dans le golfe du Saint-Laurent ».⁴¹

Cette décision était fondée, par les autorités canadiennes, sur la règle dite «du pied d'égalité» inscrite à l'article 4 b) de l'Accord de 1972. Depuis la conclusion de celui-ci, des règlements ont été adoptés en vertu de deux lois de 1970 portant sur les pêcheries et sur la protection des pêcheries côtières qui vise essentiellement les navires de pêche étrangers.

La première loi définit un « bateau de pêche » comme étant «tout navire utilisé, équipé ou conçu pour la prise, le traitement ou le transport

41 Affaire du filetage, op. cit. Para 14.

du poisson », tandis que le mot « pêcheries » est entendu comme désignant « des endroits ou ainsi que des périodes durant lesquelles ont lieu la pêche et des activités connexes, notamment (...) l'emballage, le transport et le traitement ». ⁴²

Si l'essentiel du débat devait porter sur l'interprétation de l'Accord de 1972, le Tribunal indique qu'il « se trouve dans l'obligation de tenir compte également de toute règle pertinente de droit international applicable entre les Parties...

Dans leurs plaidoiries, les deux Parties ont, en effet, tiré argument des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, à l'appui de leurs thèses respectives » ⁴³. Sur cette base, le Tribunal entreprend une description de l'évolution du droit international de la mer depuis la conclusion de l'accord de 1972.

Sur la question de l'étendue des droits de l'Etat côtier pour la pêche et les activités connexes, le Tribunal explique que :

« S'il est vrai, comme le Canada l'a justement relevé, que l'article 56 de cette Convention reconnaît à l'Etat côtier des droits souverains, non seulement en matière d'exploitation des ressources naturelles mais aussi en ce qui concerne la gestion de ces ressources, il n'apparaît pas cependant que ce pouvoir de gestion, que la Convention associe constamment à l'idée de conservation, ait précisément d'autres fins que la conservation des ressources ; il se présente avant tout comme une fonction d'administration que l'Etat côtier est désormais réputé le mieux à même d'exercer, mais qui demeure cependant une fonction d'intérêt général ». ⁴⁴

En ce qui concerne l'exploitation des ressources biologiques, dont traite l'article 62 de la Convention de 1982, il apparaît au Tribunal que cet article énonce à la fois les droits et les obligations de l'Etat côtier qui sont applicables aux ressortissants étrangers exploitant les ressources biolo-

42. Par un amendement, au règlement adopté en vertu de la loi de 1970 sur la protection des pêcheries côtières, adopté le 26 Juin 1985 une nouvelle définition du mot « traitement » a été incorporé termes de laquelle le traitement comprend. «le nettoyage, le filetage, la mise en tubes, la mise en , l'emballage, la mise en conserve, la congélation, le fumage, la salage, la cuisson, le saumurage, le séchage et toute autre façon de préparer façon de préparer le poisson pour sa mise en marché » (art. 2).

43. Affaire du filetage, op. cit., para. 49

44. Ibid., para. 50. .

giques de cette zone. Même si l'énumération qui est ainsi faite ne présente pas de caractère exhaustif, il ne semble pas que le pouvoir de réglementation de l'Etat côtier comprenne normalement celui de réglementer des matières d'une nature différente de celles qui y sont décrites. Aux yeux du Tribunal, une éventuelle réglementation du filetage en mer ne saurait donc trouver *a priori* sa justification dans les pouvoirs reconnus à l'Etat côtier par les nouvelles règles du droit de la mer.⁴⁵

Dans ces conditions, le Tribunal est d'avis que le Canada ne peut user de son pouvoir de réglementation à l'égard des chalutiers français visés à l'article 4 b) de l'Accord de 1972 que d'une manière raisonnable, c'est-à-dire sans subordonner l'exercice du droit de pêche que ces navires tiennent de l'Accord à des conditions qui rendent en fait cet exercice impossible.⁴⁶

S'il venait à connaître de la même affaire aujourd'hui, il est probable que le Tribunal adopterait une approche moins restrictive en raison de la pratique des Etats côtiers observée depuis près de vingt ans.

2. Les affaires du navire « Saiga »

La question du régime juridique de l'avitaillement en mer (« bunkering ») s'est posée dans les affaires du navire « Saiga » devant le Tribunal international du droit de la mer⁴⁷. Le Saiga est un pétrolier battant pavillon de Saint-Vincent-et-les Grenadines et basé à Dakar (Sénégal).

45. Para. 52. Ces vues du Tribunal ont été critiquées par la doctrine. Voir R.R. Churchill et A.V. Lowe, 'The Law of the Sea, 53^{ème} édition, Manchester University Press, Manchester, 1999, qui écrivent : "In the Franco-Canadian Fisheries arbitration (1986) the Tribunal suggested that the coastal State's competence « to prescribe legislation for foreign fishing vessels in its EEZ was limited to conservation measures stricto sensu and therefore could not include measures to regulate fish processing. This seems an unjustifiably narrow reading of article 62 (4), which speaks of foreign vessels complying with the coastal State's "conservation measures and the other terms and conditions established in [its] laws and regulations", and many of the illustrative list of eleven permissible types of measures go beyond conservation. In any case the point was not central to the tribunal's decision", pp. 291-292 ; voir aussi T. Burke, The New International Law of Fisheries, Clarendon, Oxford, 1994, p. 48 ; J. Wiatkowska, The 200 Mile Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea, Nijhoff, Dordrecht, 1989, p. 67.

46. Affaire du filetage, op. cit., para. 54.

47. Affaires du navire "SAIGA", Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée, arrêt du 4^{ème} juillet 1999. « SAIGA » N° 2, arrêt du 1^{er} juillet 1999.

Il servait de navire d'avitaillement en fioul aux navires de pêche opérant au large des côtes guinéennes.

Dans la matinée du 27 octobre 1997, le Saiga, ayant franchi la frontière maritime nord entre la Guinée et la Guinée-Bissau, a pénétré dans la zone économique exclusive de la Guinée, à environ 32 milles marins de l'île guinéenne d'Alcatraz. Le même jour, il a avitaillé en gasoil trois navires de pêche : le Giuseppe Primo, le Kritti et l'Eleni S.

Le 28 octobre 1997, le Saiga a été arraisonné par les vedettes de la douane guinéenne au sud de la frontière maritime de la zone économique exclusive guinéenne⁴⁸. La Guinée a indiqué que le Saiga se livrait à la contrebande. Ce qui constitue une infraction réprimée par le Code des douanes guinéen⁴⁹, et que [l']immobilisation avait eu lieu à la suite de l'exercice par la Guinée de son droit de poursuite conformément à l'article 111 de la Convention.

Le Tribunal a examiné la question de « l'avitaillement d'un bateau de pêche » perçu comme une activité dont la réglementation peut être assimilée à celle de l'exercice par un Etat côtier de ses droits souverains d'exploration, d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources biologiques de la zone économique exclusive.

Il dit :

« On peut soutenir que l'avitaillement est, de par sa nature, une activité accessoire à celle du navire avitailleur. Certains exemples de pratique des Etats peuvent être relevés. L'article premier de la Convention pour l'interdiction de la pêche au filet maillant dérivant de grande dimension dans le Pacifique Sud du 23 novembre 1989 définit les « activités de pêche au filet maillant dérivant » comme étant notamment « le transport, le transbordement et le traitement de toute prise au filet maillant dérivant ainsi que la coopération dans la fourniture de vivres, de *carburant* et autres ravitaillements destinés aux navires équipés ou utilisés pour la pêche au filet maillant dérivant » (italiques ajoutés).

48 Un compte-rendu des faits ayant trait à l'arraisonnement du SAIGA et aux chefs d'accusation portés contre lui, a été consigné par les autorités guinéennes dans un document officiel portant « procès-verbal » portant l'indication « P.V. 29 ». Ce document contient en outre une déclaration obtenue du capitaine du SAIGA après interrogatoire par les autorités guinéennes.

49. Voir l'article premier de la loi guinéenne N° L 94/007/CTRN du 15 mars 1994, J.O. de la République de Guinée du 25 mars 1994

Comme cela a été documenté par Saint-Vincent-et-les-Grenadines, la Guinée-Bissau exige, dans son décret-loi n° 4/94 du 2 août 1994, une autorisation du Ministère de la pêche pour les opérations « ayant trait » à la pêche, et la Sierra Leone et le Maroc autorisent couramment les navires de pêche à s'avitailier au large». ⁵⁰

Cependant, le Tribunal n'estimera pas nécessaire de poursuivre la réflexion «aux fins de la recevabilité de la requête de prompt mainlevée de l'immobilisation du SAIGA ». ⁵¹

En revanche, la question de l'avitaillement est revenue lorsque le Tribunal a eu à connaître de l'affaire au fond. Il explique alors que dans la zone économique exclusive, l'Etat côtier est doté d'une juridiction pour appliquer ses lois et règlements douaniers pour ce qui concerne les îles artificielles, ses installations et ouvrages (article 60, paragraphe 2). De l'avis du Tribunal, la Convention ne confère pas de pouvoir à l'Etat côtier pour l'application de sa législation douanière dans toute autre partie de la zone économique exclusive non mentionnée ci-dessus. ⁵²

Le Tribunal a estimé qu'il s'est prononcé sur la question qui appelait une décision, « sans qu'il ait eu à examiner la question plus large de l'avitaillement dans la zone économique exclusive. Par conséquent, il n'énonce aucune conclusion sur ladite question ». ⁵³

Sur cette question, la Convention est non seulement muette mais elle reste, sans doute, en deçà de la pratique.

3. L'Affaire du « Monte Confurco »

Le Monte Confurco⁵⁴ est un navire de pêche, battant pavillon seychellois. Les Seychelles ont délivré au Monte Confurco la licence de pêche n° 710 pour pêcher dans les eaux internationales. Le 27 août 2000, il a appareillé de Port-Louis (Maurice) pour une campagne de pêche à

50. Affaire « SAIGA » n° 1, op. cit., para. 57.

51. Ibid. para. 59. En effet, dans cette procédure d'urgence « ... le Tribunal n'a à connaître que de la de la main-levée..., sans préjudice de la suite qui sera donnée à toute action... devant la juridiction nationale appropriée » (article 292, para. 3 de la Convention)

52. Ibid. para 127.

53. Ibid. para 136

54. Affaire du « Monte Confurco » (Seychelles c. France) Demande de prompt mainlevée, arrêt du 18 décembre 2000.

la palangre de profondeur dans les mers du Sud. Le 8 novembre 2000, le Monte Confurco a été abordé par la frégate de surveillance française *Floréal*, à l'intérieur de la zone économique exclusive des îles Kerguelen dans les Terres australes et antarctiques françaises.

73. Un procès-verbal d'infraction N° 1/00 a été dressé le 8 novembre 2000 par le capitaine du *Floréal* à l'encontre du capitaine du Monte Confurco, pour :

« Avoir omis de déclarer sa présence et sa quantité de pêche au chef du district des îles Kerguelen.

Avoir pratiqué la pêche sans avoir obtenu au préalable l'autorisation prévue par la loi.

Avoir tenté de se soustraire au contrôle des agents chargés de la police des pêches».

Le Monte Confurco a été dérouté sous escorte de la marine française vers Port-des-Galets, à la Réunion, le 8 novembre 2000, où a accosté le 19 novembre 2000.

Le principe de la déclaration des entrées et sorties des zones économiques exclusives ou des zones de pêche par les navires étrangers apparaît déterminant dans la prévention de la pêche INN.

On entend par pêche non déclarée « des activités de pêche qui n'ont pas été déclarées, ou l'on été de façon fallacieuse, à l'autorité nationale compétente, contrevenant ainsi aux lois et règlements nationaux ».⁵⁵

Etat donné que la traversée d'une zone économique d'un Etat, par un navire de pêche ou d'appui étranger est un exercice de la liberté de navigation en haute mer dont jouissent tous les Etats⁵⁶, les Etats côtiers sont très regardants sur ce principe.

Le demandeur a indiqué que, dans le souci de couper au plus court et d'éviter de traverser la zone de pêche CCAMLR, le capitaine du navire avait décidé de traverser la zone économique exclusive des îles Kerguelen par une route sud-est, afin d'atteindre au plus vite le Williams Bank.

⁵⁵ Définition PAI-INN, note 2 supra.

⁵⁶ L'article 90 de la CNUDM dispose : « Tout Etat, qu'il soit côtier ou sans littoral » a le droit en haute mer des navires battant son pavillon.

Le demandeur soutient en outre que le capitaine a été dans l'impossibilité technique de signaler son entrée dans la zone économique exclusive et de déclarer le tonnage du poisson congelé détenu à bord, du fait que le télécopieur se trouvant à bord du navire était tombé en panne, ce qui avait été dûment noté dans le livre de bord. Il affirme enfin que les officiers du Floréal, lors de leur inspection à bord du navire, avaient constaté que le télécopieur ne fonctionnait qu'en réception.

Par ordonnance du 22 novembre 2000, le tribunal d'instance de Saint-Paul a noté, entre autres, que le navire Monte Confurco était entré dans la zone économique exclusive des îles Kerguelen sans autorisation préalable et sans signaler sa présence ni déclarer le tonnage de poisson détenu à bord auprès du chef de district de l'archipel le plus proche⁵⁷, et que le fait que le navire ait été surpris dans la zone économique exclusive des îles Kerguelen, sans avoir signalé sa présence ou déclaré la quantité de poisson détenue à son bord, laisse « présumer » que la totalité des prises a été illégalement pêchée dans la zone économique exclusive des îles Kerguelen.

Après avoir relevé que le navire avait à son bord un tonnage important de légines et qu'il était doté d'un radio-téléphone et d'une station IMMARSAT en état d'envoyer et de recevoir des messages par téléphone, le Tribunal international du droit de la mer a accueilli l'argument de la France. Le paragraphe 79 de l'arrêt se lit:

« Le défendeur a indiqué que le contexte général dans lequel se fait la pêche illicite dans la région devrait également constituer un des éléments à prendre en considération pour l'évaluation du caractère raisonnable de la caution. De l'avis du défendeur, cette pêche illicite fait peser une menace sur l'avenir de la ressource et sur les mesures prises en application de la CCAMLR pour la conservation de la légine. Le défendeur a expressément déclaré que « parmi les circonstances qui constituent ce que l'on peut nommer le «factual background» de la présente affaire, il est une dont l'importance est essentielle. Il s'agit du contexte général

57. En contravention avec les dispositions de l'article 2 de la loi française n° 66-400 du 18 février 1966 modifiée par la loi du 18 novembre 1997.

de la pêche illicite dans la région concernée ». Le Tribunal prend note de cet argument ». ⁵⁸

4 L’Affaire du *Juno Trader*

L’Affaire du *Juno Trader*⁵⁹ pose le problème de la compétence de l’Etat côtier sur le transbordement des prises dans sa zone économique exclusive et le transport du poisson pêché à travers celle-ci.

Le *Juno Trader* est un navire de transport frigorifique battant pavillon de Saint- Vincent-et-les-Grenadines. Son propriétaire est la Compagnie *Juno Reefers Limited* - société constituée dans les îles Vierges britanniques filiale de la *South African Seafood Company Irvin and Johnson Limited*, établie au Cap. Le capitaine du *Juno Trader* est M. Nikolay Potarykin, ressortissant russe.

Sur ordre de son propriétaire/exploitant, le *Juno Trader* s’est trouvé le 18 septembre 2004 à 22 h 00 au large de Nouadhibou, Mauritanie, afin de charger une cargaison de poisson capturée à l’intérieur de la zone économique exclusive mauritanienne par le navire de pêche *Juno Warrior*. Ce dernier navire était en possession d’une licence de pêche délivrée par les autorités mauritaniennes.

Le processus de transbordement de la cargaison du *Juno Warrior* vers *Juno Trader* a commencé le 19 septembre 2004 à 22h 40. Il s’est

58. L’Affaire du « *Grand Prince* », (Belize c. France), demande de prompt mainlevée, arrêt du 20 avril 2001, est aussi une affaire relative à la pêche illicite dans la ZEE des îles Kerguelen. Le *Grand Prince* est un navire de pêche. Au moment de son arraisonnement, le navire battait le pavillon du Belize. Selon le demandeur, le navire était sur le point, au moment de son immobilisation, de passer sous pavillon brésilien et d’être immatriculé au Brésil où une licence de pêche lui aurait été accordée. Le *Grand Prince* a été arraisonné pour les mêmes motifs que le *Monte Confurco* (voir paras. 35 à 41 de l’arrêt. En revanche, le Tribunal international du droit de la mer déclaré incompétent « sur la base d’une évaluation de l’ensemble des éléments de preuve qui lui ont été soumis. [Il] conclut que les documents probatoires produits par le demandeur ne permettent pas d’établir que le Belize était l’Etat du pavillon du navire au moment où la demande a été faite » paragraphe 93 de l’arrêt); Voir aussi, B.H. Oxman et V.P. Bantz, «Un droit de confiscation? l’obligation de prompt mainlevée des navires », in *La mer et son droit*, Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec, Pedone, Paris, 2003, pp. 479-499.

59. « L’affaire du *Juno Trader* », (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée-Bissau), demande de prompt mainlevée, arrêt du 18 décembre 2004.

agi d'abord de transborder 1183,830 métritonnes de plusieurs espèces de poisson frais congelé. Le poisson se trouvait dans 39461 cartons pesant chacun 30 kilos. Cette opération fut achevée le 22 septembre 2004 à 18 h 00. Elle fut suivie d'une seconde opération de transbordement, concernant, cette fois-ci, des sacs de farine de poisson (2800 sacs pesant chacun 40 kilos). Cette opération, commencée le 22 septembre 2004 à 19 h 00, était achevée le lendemain, 23 septembre 2004 à 3 h 30.

Chargé de poisson congelé et de farine de poisson, et après qu'il fut approvisionné en fioul par le navire avitailleur Amursk (opération terminée le 24 septembre 2004, vers 20 h 00), le Juno Trader quitte les eaux mauritaniennes à destination du Ghana en vue d'y décharger sa cargaison au profit de la société « Unique Concerns Limited », qui entre temps, était devenue le propriétaire de la cargaison sur la base de plusieurs connaissements établis le 23 septembre 2004.

C'est pendant que le Juno Trader traversait la zone économique exclusive de la République de Guinée-Bissau, que les événements qui donnent lieu à la présente affaire se sont produits. Abordé le 26 septembre 2004 vers 17 h 00 par des éléments de la marine nationale de Guinée-Bissau (en mission de contrôle de routine), le Juno Trader a été conduit au port de Bissau le lendemain, 27 septembre vers 16 h 00 et placé sous le contrôle des autorités bissau-guinéennes. Le Comité d'inspection maritime qui a examiné le procès-verbal et les rapports d'inspection concernant l'arrestation du Juno Trader a fait les constatations suivantes⁶⁰:

« 1) Le 26 septembre 2004, les agents du Service d'inspection de pêche se trouvant à bord du navire Cacine ont trouvé le navire « Juno Trader » à l'ancre dans la zone de pêche de la Guinée-Bissau, au point des coordonnées 11°42' et 017° 09' *en parallèle* avec le navire Flipper1;

2) En s'apercevant de l'approche du navire d'inspection, le navire « Juno Trader » a levé l'ancre et pris la fuite avant d'être arrêté au point des coordonnées 11°29' et 017°13' après une poursuite ayant duré deux heures et trente minutes (02 h 30);

3) Lors de l'arraisonnement, le capitaine du navire a refusé de remettre le journal de bord et le journal de la salle des machines demandés

60. Acte N° 12/CFM/04 du 18 octobre 2004.

par les agents d'inspection pour déterminer la raison pour laquelle le navire en question avait stoppé au point où il avait été trouvé.

4) Il n'a pas été trouvé de preuves par documents ou autres, concernant la destination du navire et des produits de pêche se trouvant à bord».

Le *Juno Trader* était suspecté d'avoir pêché le poisson à bord ou d'en avoir reçu d'un bateau de pêche dans la zone économique exclusive de Guinée-Bissau sans autorisation. Ce, d'autant plus que selon le rapport d'inspection des prises se trouvant à bord, établi par les experts du Centre de recherches appliquées sur les pêches (CIPA) à la demande de la FISCAP, les espèces identifiées (allache, carangue du Sénégal, maquereau, bonite, chinchard et dente) sont semblables à celles que l'on trouve dans les eaux de Guinée-Bissau.⁶¹

La Guinée-Bissau devait indiquer au Tribunal que la « pêche illégale, non déclarée et non réglementée dans la ZEE bissau-guinéenne, a conduit à un épuisement considérable de ses ressources halieutiques ». Le Tribunal a pris acte de ce sujet de préoccupation et le demandeur a exprimé sa compréhension vis-à-vis des mesures que prennent les Etats côtiers pour lutter contre la pêche illicite mais a nié toute activité illégale de la part du *Juno Trader*⁶², faisant valoir que le navire ne faisait que traverser la zone économique exclusive de la Guinée-Bissau. Une demande de prompt mainlevée a été faite au nom de l'Etat du pavillon sur cette base.

Le Tribunal international décida que la Guinée-Bissau procède à la prompt mainlevée du *Juno Trader* et de sa cargaison des le dépôt d'une caution de 308.770 euros auprès des autorités bissau-guinéennes.

La compétence de l'Etat côtier en matière de pêche dans sa zone économique exclusive est reconnue par la Convention. Elle s'étend même aux activités connexes telles que le transbordement à l'intérieur de cette zone ou le transport.

En revanche, le transport à travers la zone économique relève plutôt de l'exercice de la liberté de navigation en haute mer. Cet aspect n'est

61. *Ibid*, para.5

62. Affaire du *Juno Trader*, op. cit., para. 87.

pas toujours aisé à déterminer dans les faits parce qu'il arrive souvent que l'on trouve des navires d'appui ou de transport à l'ancre dans des zones de pêche.

5. L' *affaire du « Hoshinmaru »*

Cette affaire⁶³ touche à la pêche non déclarée c'est-à-dire aux activités de pêche qui n'ont pas été déclarées, ou l'ont été de façon fallacieuse, à l'autorité nationale compétente, contrevenant ainsi aux lois et règlements nationaux.

Le *Hoshinmaru* est un navire de pêche battant pavillon japonais. Le 14 mai 2007, la Fédération de Russie a accordé au *Hoshinmaru* un permis de pêche pour la pêche de salmonidés au filet dérivant dans trois secteurs différents de la zone économique exclusive de la Fédération de Russie⁶⁴. Le 1er juin 2007, le *Hoshinmaru* pêchait dans la ZEE de la Fédération de Russie au large de la côte Est de la péninsule du Kamtchatka, lorsqu'il a reçu d'un patrouilleur russe l'ordre de stopper. Il sera arraisonné par des éléments de l'inspection maritime d'Etat lesquels ont procédé à des vérifications. Le procès-verbal⁶⁵ indique que :

« Lors de l'inspection des câles N° 10 et 11, les inspecteurs de l'inspection maritime d'Etat ont constaté la présence de saumon rouge en dessous de la couche de saumon keta. Par conséquent, le délit est établi: remplacement d'une prise d'un certain type (saumon keta) par une prise d'un autre type (saumon rouge) et dissimulation d'une partie de la prise de saumon rouge dans la zone d'exploitation N° 1 ; fausse indication de données dans le journal de pêche et le livre de bord ».

63. Affaire du « *Hoshinmaru* », (Japon c. Fédération de Russie) demande de prompt mainlevée, arrêt du 6 août 2007.

64. L'autorisation de pêcher du 15 mai au 31 juillet 2007 portait sur: 101,8 tonnes de saumon rouge; 161,8 tonnes de saumon keta ; 7 tonnes de saumon rose; 1,7 tonne de saumon coho et 2,7 tonnes de saumon quimmat.

65. Procès-verbal d'inspection N° 003483 dressé le 1^{er} juin 2007 par un inspecteur principal de la Direction des gardes-côtes.

Les autorités russes indiquent qu' «il est apparu que la composition par espèces du produit de la pêche avait été falsifiée. [...] En conséquence, quelque 14 tonnes de saumon rouge brut ont été pêchés illicitement ».⁶⁶

Le Tribunal note que l'affaire en question se distingue des affaires dont il a eu à connaître précédemment, car elle ne concerne pas la pêche sans permis. Il note en outre que la Fédération de Russie et le Japon coopèrent étroitement dans le domaine de la pêche dans la zone considérée avec un mécanisme institutionnel aux fins de gestion et de conservation des stocks de poisson dans la ZEE de la Fédération de Russie dans le Pacifique (promotion de la conservation et reproduction des salmonidés d'origine russe dans la zone).

Selon le Tribunal, la surveillance des captures, qui nécessite l'établissement de rapports exacts, est l'un des moyens essentiels de gérer les ressources biologiques marines. Non seulement la Fédération de Russie a le droit d'appliquer de telles mesures, mais les dispositions de l'article 61 paragraphe 2, de la Convention devraient également être prises en compte pour éviter, par des mesures de conservation et de gestion, que la préservation des ressources biologiques de la ZEE ne soit compromise par une surexploitation.⁶⁷ Sur cette base, le Tribunal décide que la Fédération procède à la mainlevée du Hoshinmaru moyennant le dépôt d'une caution de 10 millions de roubles.

Les problèmes relatifs à la pêche illicite, non déclarée et non réglementée se sont posés à maintes reprises devant le Tribunal international du droit de la mer mais seulement à titre incident dans le cadre de la procédure particulière de prompt mainlevée ; ce qui fait qu'il n'a pu jusqu'ici les traiter de manière approfondie.

En effet, la nature particulière de la procédure ne permet absolument pas au Tribunal d'apprécier les actions d'un Etat côtier dans l'exercice de ses droits souverains. Le paragraphe 3 de l'article 292 de la

66. Lettre du 2 juin 2007 de la Direction des garde-côtes de la frontière Nord-Est du Service fédéral sécurité de la Fédération de Russie informant le Conseil général du Japon à Vladivostok du Hoshinmaru. La lettre indique également que le capitaine a agi en violation de la loi fédérale russe sur la ZEE et le règlement régissant la capture des stocks de poissons anadromes approuvé par la Commission russo-japonaise sur la pêche du 19 mars 2007.

67. Affaire du « Hoshinmaru », ap. cit., para. 99.

Convention ne laisse subsister aucun doute à ce propos. Cette procédure de prompt mainlevée se destine - très modestement - à assurer la prompt mainlevée de l'immobilisation d'un navire dès le dépôt d'une caution en attendant la fin des procédures judiciaires internes⁶⁸. Il faudrait que les Organismes régionaux de gestion des pêches pensent à demander des avis consultatifs au Tribunal sur ces questions pour que celui-ci puisse les examiner de façon plus complète.⁶⁹

En attendant, c'est la pratique des Etats qui renseigne sur les éléments de réponse trouvés pour faire face aux problèmes que pose la pêche illicite, non déclarée et non réglementée.

68 Dans l'affaire du «Tomimaru», (Japon c. Fédération de Russie), arrêt du 6 août 2007, l'aboutissement des procédures judiciaires internes à la Fédération de Russie a rendu « la demande du Japon [...] sans objet et qu'il n'y a dès lors pas lieu de statuer » (§ 82 de l'arrêt). Le Tomimaru est un navire de pêche battant pavillon japonais. Il détenait un permis de pêche l'autorisant à pêcher de la goberge de l'Alaska et du Hareng dans la région Ouest de la mer de Béring situé dans la ZEE de la Fédération de Russie, où il a été inspecté et arraisonné. Il a été découvert à bord du navire 20 tonnes de goberge de l'Alaska éviscérée qui n'étaient pas mentionnées dans le journal de pêche, ainsi que certains types de poissons dont la capture est interdite (divers types de Flétan; de la raie; de la morue et plusieurs types d'espèces démersales). Selon les autorités russes, la quantité de poisson capturé illicitement est de 62186,9 kg et des dommages estimés à 8,8 millions de roubles (environ 34.500 dollars des Etats-Unis). [Voir Lettre en date du 22 décembre 2006 du Parquet interrégional pour la protection de la nature au Kamtchatka informant le Consul général du Japon à Vladivostok, et le paragraphe 25 de l'arrêt du Tribunal international du droit de la mer]. Le Tribunal d'instance de Petropavlosk-Kamtchatskii ordonna la confiscation du navire Tornimaru. Cette décision sera confirmée le 24 janvier 2007 par le Tribunal régional de Kamtchatka à la suite d'un recours du propriétaire du navire. Ce dernier présentera une objection écrite dans le cadre de la procédure russe de révision par une juridiction supérieure. La procédure était en instance devant la Cour suprême de la Fédération de Russie lors du dépôt de la demande de mainlevée devant le Tribunal international du droit de la mer. La Cour suprême devait rejeter l'objection concernant la Confiscation du Tomimaru étant donné « [...] qu'il n'y existait pas de motifs permettant de réviser l'arrêt sur la base des arguments présentés dans l'objection » (§ 46 l'arrêt du TIDM. Le Tribunal international du droit de la mer note que la décision de la Cour suprême de la Fédération de Russie met un terme aux procédures devant les tribunaux nationaux. Il considère que la demande est sans objet (§§ 79 et 81 de l'arrêt du 6 août 2007). A noter que tous les arrêts du TIDM peuvent être consultés sur le site du Tribunal : www.itlos.org.

69. Voir T-M Ndiaye, «The Advisory Function of the International Tribunal for the Law of the Sea», *Chinese Journal of International Law*, 2010, en particulier paras. 58-89.

II. LA PRATIQUE DES ETATS DANS LA SOUS-REGION

La pratique se reflète dans les lois et règlements des Etats (A) qui donnent effet à la Convention sur le droit de la mer et qui encadrent les activités de pêche dans les zones sous juridiction nationale. Elle s'analyse aussi dans les accords bilatéraux conclus par les Etats (B) pour fixer les conditions d'accès des bateaux étrangers aux ressources biologiques dans les zones économiques exclusives. Il y a en outre les divers arrangements intergouvernementaux (C) élaborés pour assurer la gestion rationnelle des ressources dans la région maritime ouest-africaine couverte par la Commission sous-régionale des Pêches.

A. Les législations nationales

Les législations nationales fixent le régime applicable à la pêche et les modalités d'accès à la ressource dans les zones sous juridiction nationale.

Elles définissent la zone sous juridiction nationale⁷⁰ et incluent les dispositions de la Convention relative aux droits des Etats côtiers. Elles vont parfois au-delà en instituant un patrimoine halieutique national. Ainsi, aux termes de la loi sénégalaise⁷¹, les ressources halieutiques des eaux sous juridiction constituent un patrimoine national. Le droit de pêche dans les eaux maritimes sous juridiction sénégalaise appartient à l'Etat qui peut en autoriser l'exercice par des personnes physiques ou morales de nationalité sénégalaise ou étrangère. La gestion des ressources halieutiques est une prérogative de l'Etat.

70. La loi sénégalaise n° 98-32 du 14 avril 1998 dispose en son article 2 que «Les eaux maritimes sous juridiction sénégalaise sont constituées par la mer territoriale, la zone contiguë, la zone économique exclusive, les eaux intérieures marines ainsi que les eaux des fleuves et rivières jusqu'aux limites fixées par décret. La zone économique exclusive s'étend sur une largeur de 200 milles marins calculés à partir des lignes de base ayant servi à mesurer la mer territoriale ». Voir aussi l'article 2 de la loi n° 2000-025 / portant Code des Pêches de la République Islamique de la Mauritanie, du 24/01/2000.

71. Code de la pêche maritime, Loi n° 98-32 du 14 avril 1998, précitée, Section 3, article 3. ; de même, Code des pêches de la Mauritanie, op. cit., article 3. ; Les législations de ces deux pays apparaissent comme les plus complètes. Elles font l'objet d'évaluations périodiques pour tenir compte de la situation sur le terrain à l'instar du processus actuellement en cours au Sénégal.

L'Etat définit, à cet effet, une politique visant à protéger, à conserver ces ressources et à prévoir leur exploitation durable de manière à préserver l'écosystème marin. L'Etat mettra en œuvre une approche de prudence dans la gestion des ressources halieutiques.

Les législations nationales offrent des définitions de la pêche et des opérations connexes de pêche plus complètes que la Convention. Ainsi, la pêche s'entend de l'acte de capturer ou de chercher à capturer, d'extraire ou de tuer par quelque moyen que ce soit des espèces biologiques dont le milieu de vie normal ou dominant est l'eau.⁷²

Les opérations connexes de pêche incluent: a) le transbordement des produits de pêche dans les eaux maritimes sous juridiction nationale; b) l'entreposage, le traitement ou le transport des produits de pêche dans les eaux maritimes sous juridiction nationale à bord de navires avant leur première mise à terre, ainsi que la collecte en mer des produits de pêche; c) l'avitaillement ou l'approvisionnement de navires de pêche, ou toute autre activité de soutien logistique à des navires de pêche en mer.⁷³

En ce qui concerne l'aménagement et la gestion des pêches, les Etats de l'Afrique de l'Ouest se sont dotés de plans d'aménagement de pêcheries, annuels ou pluriannuels. Ces plans ont pour objet d'identifier les principales pêcheries et leurs caractéristiques et de spécifier les objectifs à atteindre en matière d'aménagement et de gestion durable.

Ils définissent, pour chaque pêcherie, le volume admissible de captures ou le niveau de l'effort de pêche optimal ainsi que le taux de captures accessoires autorisé, les différentes mesures d'aménagement, le programme des autorisations de pêche ; ce, en concertation avec les organisations professionnelles et les experts⁷⁴. Ces tâches reviennent aux ministres en charge des pêches lesquels s'appuient sur un Conseil national consultatif des pêches maritimes où l'on trouve des représentants de l'administration, de la recherche scientifique et des catégories socio-professionnelles intéressées.

72. Article 4 de la loi sénégalaise précitée ; article 4 de la loi mauritanienne précitée.

73 *Ibid.*, article 5 et article 4 respectivement.

74. *Ibid.*, articles 9 et 10 de la loi mauntanienne , voir aussi la loi gambienne de 1977 sur les pêches * Loi sénégalaise précitée, article 10.

En ayant en vue les pratiques générées par la pêche illicite, non déclarée et non réglementée, les législations nationales contiennent des dispositions très détaillée sur les conditions d'accès pouvant être consenties aux navires de pêche étrangers, le débarquement, le marquage obligatoire, la déclaration des captures, l'arrimage ou encore les déclarations d'entrée et de sortie dans les zones sous juridiction nationale.

Ainsi, les navires de pêche étrangers peuvent être autorisés à pêcher dans les eaux sous juridiction nationale dans le cadre d'Accords internationaux ou autres arrangements conclus entre les Etats et la Partie étrangère dont ils battent le pavillon ou dans les ports de laquelle ils sont immatriculés.⁷⁵

Les navires de pêche autorisés à opérer dans les eaux sous juridiction nationale sont astreints au débarquement de leurs produits et captures dans les ports des Etats. Le débarquement s'entend de la mise effective à terre de tous les produits pêchés en vue de leur stockage, traitement, transformation et exportation. Cependant, pour des raisons techniques, les autorités nationales peuvent autoriser le transbordement en rade des captures, sous contrôle douanier, en assimilation au débarquement.

Toutefois, afin d'assurer le respect effectif de l'obligation de débarquement des produits ou captures, les modalités de suivi et de contrôle des marées et des opérations de carénage des navires de pêches sont fixées par arrêté du ministre en charge des pêches⁷⁶. Cette question de l'obligation de débarquement s'avère être une arme redoutable dans la lutte contre la pêche illicite.

La question du marquage ou autres dispositifs d'identification des navires de pêche à aussi une importance particulière. Les navires de pêche s'adonnant à la pêche illicite pratiquent souvent le repavillonnement pour échapper aux contrôles. Une de leurs nouvelles trouvailles consiste à opérer un clonage de leurs navires dotés de permis de pêche de façon à opérer dans plusieurs zones économiques exclusives. C'est pourquoi, les navires de pêche sont astreints au marquage obligatoire ou à d'autres dispositifs d'identification. Ils doivent exhiber en permanence

75. Voir infra, les accords bilatéraux.

76. Voir par exemple le Code des pêches mauritanien précité, articles 17, 18 et 19. ; aussi le Code de la pêche maritime sénégalaise précité, article 49 al.i.

les noms, lettres et numéros permettant leur identification. Il est interdit d'effacer, de rendre méconnaissable, de couvrir ou de cacher par un moyen quelconque le dispositif d'identification.⁷⁷

A ce propos, il faut relever la pratique consistant à mettre du poisson pêché en Afrique de l'Ouest sous emballage de pays asiatiques. Il y a un moyen commode de se soustraire au nouveau Règlement de l'Union Européenne relatif à la traçabilité des produits et ressources halieutiques.⁷⁸

Ce genre de pratiques révèle l'importance de la déclaration sur les captures. Les législations nationales prévoient en effet que les navires de pêche doivent transmettre à l'autorité compétente, les données statistiques et les informations sur les captures réalisées, dans les formes et délais qui auront été prescrits par arrêté du ministre en charge des pêches. A cet effet, les capitaines des navires devront tenir un journal de bord de pêche.

Les législations nationales incorporent des dispositions relatives à la déclaration à l'entrée et à la sortie des eaux sous juridiction nationale. Les navires de pêche sont ainsi tenus de communiquer à l'administration compétente les informations indiquant le moment et le lieu de leurs entrées et sorties des eaux sous juridiction nationale, leur position à intervalles réguliers, leurs cargaisons et titres justificatifs où captures éventuelles effectuées.⁷⁹

D'une façon générale, les législations nationales contiennent des dispositions très détaillées relatives au contrôle et à la surveillance des activités de pêche. Celles-ci vont de la recherche et constatation des infractions ainsi que de leurs sanctions aux procédures administratives et juridictionnelles.

77. Ibid, article 33.

78 Le Conseil l'Union Européenne a adopté le Règlement (CE) N° 1005 du 29 septembre 2008 établissant un système communautaire destiné à prévenir, décourager et éradiquer la pêche illicite non déclarée et non réglementée, modifiant les règlements (CEE) N° 2847/93, (CE) N° 1936/2001 et (CE) N° 601/2004 et abrogeant les règlements (CE) N° 1093/84 et (CE) N° 1447/1999. Le Règlement relatif à la pêche illicite de l'UE, qui s'inspire des instruments de la FAO en la matière, est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2010.

79 Ibid. article 37.

L'on observe une classification entre « des infractions de pêche très graves » et des « infractions de pêche graves » (italiques ajoutés).

Les premières sont constituées par :

« a) le non respect de l'obligation de débarquement des produits de la pêche dans le pays, les transbordements illicites de captures sous quelque circonstance que ce soit et l'utilisation des départs en carénage à des fins de pêche ;

b) la vente, l'achat, le transport, le colportage des espèces biologiques destinées à l'élevage sans autorisation du ministre en charge des pêches ;

c) l'importation, l'exportation, la construction, la transformation ou la modification de l'une des caractéristiques techniques du navire de pêche sans autorisation préalable de l'autorité compétente ;

d) la pêche pendant les périodes de fermeture de pêche, dans les zones fermées à la pêche ou avec des engins ou techniques de pêche prohibées ;

*La destruction ou l'endommagement intentionnel de navires de pêche, de filets ou d'engins de pêche appartenant à des tiers.*⁸⁰

Les « infractions graves » aux règles prescrites par la loi sénégalaise sont constituées par: a) l'irrespect des règles relatives aux opérations connexes de pêche; b) la violation des règles relatives à la dimension du maillage ; c) la capture, la détention, le débarquement, la vente et la commercialisation d'espèces dont les tailles ou poids sont inférieurs aux minima autorisés; d) la capture et la rétention d'espèces marines en violation des dispositions prescrites ; e) la violation des normes relatives aux captures accessoires et à leur destination ; f) les fausses déclarations des spécifications techniques des navires ; g) l'inobservation de l'obligation de communiquer les entrées et sorties ainsi que les positions et les captures; h) la violation des dispositions relatives au marquage des

80. Ibid. Loi mauritanienne, op. cit, Section 3, sous-section 1. article 64 ; loi sénégalaise, op, cit, Titre 8, chapitre 4, article 85. La loi sénégalaise ajoute deux autres infractions très graves : « e) l'utilisation d'explosifs ou de substances toxiques à des fins de pêche ou leur transport abord de navires de pêche sans autorisation » « d) l'emploi d'un navire de pêche pour un type d'opération différent de celui pour lequel il est autorisé dans le cadre de la catégorie de licence dont il est titulaire.

navires; ; i) l'irrespect de l'obligation de communiquer des données statistiques et des informations sur les captures dans les journaux de pêche et la fourniture de données ou informations fausses ou incomplètes; j) la destruction ou l'endommagement intentionnel d'embarcations de pêche, d'engins ou de filets appartenant à des tiers ; k) la destruction ou la dissimulation des preuves d'une infraction ; l) le refus pour un navire de pêche d'obtempérer à un ordre de stopper donné par un bâtiment de surveillance ; et m) l'irrespect des règles relatives à la limitation de capture de certaines espèces.⁸¹

Si les législations nationales traitent de manière assez détaillée les activités de pêche dans les zones sous juridiction nationale, elles sont complétées par les accords bilatéraux conclus par les Etats de l'Afrique de l'Ouest.

B. Les Accords de pêche

Les Etats participent aux activités des organismes de coopération en matière de pêche dans la sous-région et la région dans le but de négocier et de conclure des accords internationaux et autres mesures portant sur des questions d'intérêt commun. D'abord, la coopération en matière de pêche, notamment la gestion commune des stocks. Ensuite, l'harmonisation et la coordination des systèmes de gestion et d'aménagement des ressources. Après, la détermination des conditions d'accès aux ressources halieutiques des Etats concernés et enfin, l'adoption de mesures coordonnées de surveillance et de contrôle des activités des navires de pêche.

La gestion commune des stocks traduit le besoin de coopération et de coordination tel que l'indique la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer⁸². Les Etats concernés doivent s'efforcer, directement ou par l'intermédiaire des organisations sous-régionales ou régionales appropriées, de s'entendre sur les mesures nécessaires pour coordonner et assurer la conservation ainsi que le développement de ces stocks.

81. Article 86 du Code sénégalais de la pêche maritime.

82. CNUDM, article 63, para. 1.

Les accords prévoient en général que les ministres en charge des pêches se concertent, dans la phase d'élaboration des plans d'aménagement concernant les stocks d'espèces en partage dans la sous-région, en vue d'une harmonisation et d'une coordination des plans nationaux respectifs d'aménagement et de gestion des pêcheries. Ces plans sont très importants pour les Etats de la sous-région. Ils doivent identifier les principales pêcheries, spécifier les objectifs d'aménagement et de gestion, déterminer le volume admissible des captures ou le niveau de l'effort de pêche optimal ou encore définir les critères ou conditions d'octroi des autorisations de pêche.

En ce qui concerne la détermination des conditions d'accès aux ressources halieutiques des Etats de la sous-région, un nombre croissant d'accords bilatéraux sont conclus à cet effet. Les Etats reconnaissent des droits de pêche réciproques aux navires de l'une et l'autre partie dans leur zone de juridiction respective. Ils définissent aussi les conditions faites aux bateaux de pêche de l'une des parties admises à pêcher dans les eaux sous la juridiction de l'autre.

Les navires de pêche battant pavillon étranger sont autorisés à opérer dans lesdites eaux soit dans le cadre d'un accord de pêche liant l'Etat ouest-africain à l'Etat du pavillon ou à l'organisation - l'Union Européenne - qui représente cet Etat, soit lorsqu'ils sont affrétés par des ressortissants de l'Etat côtier.

Les accords d'accès aux ressources halieutiques des pays de la sous-région contiennent des dispositions très complètes dont la mise en œuvre efficace peut se révéler déterminante dans la lutte contre la pêche illicite. Ces accords spécifient le nombre et les caractéristiques des navires de pêche autorisés ainsi que les types de pêche. Ils définissent le montant des redevances dues en contrepartie des autorisations accordées, et soulignent l'obligation de marquage des navires autorisés à pêcher.

Les accords prévoient, en outre, l'obligation pour les armateurs de communiquer régulièrement des données sur les captures aux autorités compétentes. Ces accords engagent la responsabilité de l'Etat du pavillon ou de l'organisation compétente à prendre les mesures appropriées, afin de garantir le respect, par les navires, des termes et conditions des ac-

cords ainsi que des dispositions pertinentes des lois et règlements de l'Etat de la sous-région.⁸³

La coopération se développe également dans le cadre de la Commission Sous-Régionale des Pêches (CSRП).⁸⁴

C. La Commission sous-régionale des pêches

Elle est créée par la Convention du 29 mars 1985 entre les gouvernements du Cap-Vert, de Gambie, de Guinée, de Guinée-Bissau, de

83. Les accords bilatéraux, en matière de pêche, sont prolifiques dans la sous-région: Cap-Vert/Guinée avril 1989 (Accès réciproque); Cap-Vert/Guinée-Bissau, juin 1995 (Accès réciproque); Cal) Ven/Mauritanie, 18 novembre 1995 (Convention générale: conservation de la ressource, d'exploitation durable, surveillance); Cap-Vert/Mauritanie, 25 avril 2000 (Protocole d'accord relatif: à la coordination d'opérations de surveillance et de poursuite); Cap-Vert/Sénégal, 29 mars 1985 (Accès réciproque et nombre de bateaux opérationnels); Cap-Vert/Sénégal, 17 novembre 1994 (Coordination de la surveillance et la poursuite); Gambie/Sénégal, 11 novembre 1992 (Accès réciproque) Gambie/Sénégal, 29 mars 1993 (Coopération sur la surveillance); Gambie/Sénégal, 25 janvier 1994 (Exchange de Tonnage de jauge Brut (TJP) par type de navire); Gambie/Sénégal, 7 mai 1999 (Procédures d'octroi de licences et de recherche); Guinée/Guinée-Bissau, 21 octobre 1995 (Conditions relatives au débarquement du poisson dans chaque Etat); Guinée/Guinée-Bissau, 7 juin 1996 (Protocole et Règlement sur la coordination des activités de surveillance et de poursuite); Guinée-Bissau/Sénégal, 22 décembre 1978 (Accès réciproque); Guinée-Bissau/Sénégal, 2 mai 1997 (Aménagement et Exploitation des ressources halieutiques de la zone commune); Mauritanie/Sénégal, 14 janvier 2000 (Protocole sur la poursuite); Mauritanie/Sénégal, 14 janvier 2000 (Règlement des différends relatifs à la pêche artisanale). Voir aussi le Tableau « Accords bilatéraux additionnels répertoriés par M. Kelleher » in Rapport de M. Daniel Owen, Aspects légaux et institutionnels de l'aménagement des stocks partagés: Cas des poissons pélagiques côtiers de la région Nord-Ouest africaine, FAO, Programme Nansen, Aménagement des Pêcheries et Environnement marin (GCP/INT/730/NOR), octobre 2001, pp. 53-54. Traitant des « Accords sur certains aspects de la délimitation de frontières maritimes », le rapport indique, p. 66, que « la seule frontière maritime restant à être délimitée entre les Etats en question, est celle entre la Mauritanie et le Sénégal ». Il y a là une profonde erreur. En effet, c'est à l'occasion de la Conférence interministérielle sénégal-mauritanienne tenue les 7, 8 et 9 janvier 1971 - faisant suite à plusieurs autres débutées en 1969 - que les deux parties ont convenu de retenir la normale, le parallèle 16°04' Nord comme frontière en mer. Cette ligne fait l'objet d'un respect scrupuleux par la pratique des concessions pétrolières des deux Etats. Le fait que cette importante décision ait été recueillie dans un procès-verbal et non par un traité formel a pu induire en erreur la doctrine.

84. Convention du 29 mars 1985 portant création de la Commission Sous-Régionale des Pêches, amendée le 14 juillet 1993 à Praia, Cap-Vert. Voir une étude approfondie de l'institution, B. Ndiaye et T. de Pinho A., « Une expérience africaine de coopération halieutique: la Commission Sous- Régionale des Pêches », *Espaces et Ressources Maritimes*, vol. 8, 1994, pp. 237-252.

Mauritanie et du Sénégal. La Sierra Leone devait adhérer à la Convention en 2004.⁸⁵

Les organes de la Commission sont: la Conférence des Ministres, le Comité de Coordination et le Secrétariat Permanent.⁸⁶

La Conférence des Ministres en charge des Pêches des Etats membres est l'instance suprême de la Commission. Elle a pour mandat de définir les objectifs de la coopération sous-régionale et de se prononcer sur toute question relative à la préservation et à l'exploitation des ressources halieutiques de la sous-région. Toutefois, son action d'harmonisation en la matière doit tenir compte des politiques nationales de pêche des Etats membres.⁸⁷

Le Comité de coordination est composé des directeurs des pêches ou de tout autre Expert désigné par les Etats membres. Son mandat est de collaborer avec le Secrétaire Permanent surtout en ce qui concerne l'organisation des réunions et la mise en œuvre des décisions de la Conférence des Ministres. Le Comité formule aussi des recommandations à la Conférence des Ministres sur les questions à examiner. Il apparaît ainsi comme l'organe technique consultatif.⁸⁸

La structure permanente, organe d'exécution de la Commission, est le Secrétariat Permanent dirigé par un Secrétaire Permanent⁸⁹ nommé par la Conférence des Ministres pour quatre ans renouvelable une fois. Les attributions du Secrétaire permanent sont très larges. Il exécute les décisions de la Conférence des Ministres, organise les réunions programmées. Il prépare les documents sur les mesures d'aménagement, recherche les financements et représente l'institution vis-à-vis des tiers entre autres attributions.

La CSRP bénéficie de larges pouvoirs. Elle « a pour objectifs d'harmoniser à long terme les politiques des Pays membres, en matière de préservation, de conservation et d'exploitation de leurs ressources ha-

85. Sur la création de la CSRP, voir *ibid.*, pp. 238-239.

86. Article 4 de la Convention du 29 mars 1985, *op. cit.*

87. *Ibid*, article 5. Les articles 6 à 8 traitent de la Présidence de la Conférence des Ministres, des sessions et décisions.

88. *Ibid*, article 9.

89. *Ibid*, article 9.

lieutiques et de renforcer leur coopération au profit du bien-être de leurs populations respectives »⁹⁰. C'est sur cette base que la Commission a «mené d'importantes activités de nature normative et opérationnelle».⁹¹

Il faut relever la restructuration institutionnelle qu'a connue la CSRP en 2009 qui a donné naissance au Département Harmonisation des Politiques et Législations qui assiste le Secrétaire Permanent dans ces matières stratégiques pour la Commission en ce qu'elles en constituent les objectifs aux termes de l'article 2 de la Convention de 1985.

En ce qui concerne l'action normative de la Commission, il s'agit d'instruments juridiques destinés à harmoniser certains aspects des politiques de pêche des Etats. Ainsi, nous avons la Convention relative à la détermination des conditions d'accès et d'exploitation des ressources halieutiques au large des côtes des Etats membres du 14 juillet 1993 plus connue sous l'acronyme CMA ; la Convention du 1^{er} septembre 1993 sur la coopération sous-régionale dans l'exercice du droit de poursuite maritime et le protocole relatif aux modalités pratiques de coordination des opérations de surveillance dans les Etats membres du 1^{er} septembre 1993.

La CMA établit les conditions minimales d'accès applicables aux navires opérant dans les Etats membres de la CSRP. Elle porte sur toutes les ressources et prévoit que tout Etat partie doit autoriser les navires battant pavillon d'un autre Etat partie à accéder à la zone sous sa juridiction en fonction de la disponibilité de la ressource sur la base d'accords ou d'arrangements.

La durée maximale pour les accords internationaux est de deux ans et ces accords doivent comporter des clauses de sauvegarde pour protéger la ressource. Un formulaire d'enregistrement des navires de pêche a été adopté et annexé à la CMA dont il est partie intégrante.

Les activités des navires-usines, navires collecteurs ou de ramassage - sont réglementées. Des dimensions minimales de mailles sont définies pour certains types d'engins de pêche. La CMA prescrit l'obligation de débarquement partiel de captures et de déclaration des

⁹⁰ Ibid., article 2.

⁹¹ B. Ndiaye et T. de Pinho A., op. cit., pp. 242-247-

prises effectuées ainsi que la position des navires de pêche. L'embarquement d'observateurs et l'emploi d'inscrits maritimes de l'Etat côtier est exigé pour les navires étrangers. Des dispositions relatives à la surveillance des activités de pêche et à la sanction des infractions, en particulier la récidive, sont prévues. Cependant, si l'on passe du plan de la pensée juridique à celui de la réalisation, celui de la mise en œuvre, on s'aperçoit que les aspérités sont tenaces.⁹²

Il apparaît que la gestion nationale des ressources halieutiques a montré ses limites et que l'approche régionale doit être privilégiée. C'est pourquoi l'idée de réviser la Convention CMA a germé pour tenir compte de l'évolution rapide du secteur de la pêche. Les Etats de la sous-région ont compris que le droit ne doit pas s'abuser sur les réalités qu'il s'applique à ordonner à peine de se réduire à de la pure fiction. Ce que le juriste nomme «les faits», c'est-à-dire la réalité sociologique, historique, politique, économique, etc., doit informer le droit et ne peut être perdue de vue lorsqu'il s'agit d'analyser une institution particulière comme la pêche illicite, non déclarée et non réglementée.

La Commission Sous-Régionale des Pêches (CSRP) a organisé un ensemble d'activités destinées à appuyer le processus de révision de la Convention CMA en 2009 et 2010⁹³. Les ateliers relatifs à la révision de la CMA ont adopté 42 recommandations lesquelles constituent le *ne-*

92 Voir l'étude de M. Thiam, S. Nabi Bangoura et Ch. Ould Touellib, *Communication IV: Les Accords de Pêche et la Gestion de la Capacité dans les Etats Membres de la Commission Sous-Régionale des Pêches (CSRP)*, Archives et documents de la FAO, Département des pêches ; disponible sur: www.fao.org/DOCREP/005/Y4643F07.htm/.

93 Atelier sous-régional sur la « Révision de la Convention sur les Conditions Minimales d'Accès », tenu à Dakar, les 22, 23 et 24 avril 2009, suivi de plusieurs ateliers organisés sous l'égide de la CSRP dans chacun des 7 Etats membres de l'Organisation sous-régionale. Enfin, une réunion s'est tenue au siège de la CSRP à Dakar les 5 et 6 octobre 2010 pour discuter les Rapports produits par deux consultants recrutés par l'Organisation en la matière. Voir le Rapport établi par Mme Dienaba Bèye Traoré, Chef du Département Harmonisation des Politiques et des Législations (DHPL/CSRP), Dakar, le 6 octobre 2010.

gotium du projet de la nouvelle Convention CMA qui sera soumise à la Conférence des Ministres en charge de la pêche de la CSRP⁹⁴, qui se tiendra au mois de décembre 2010.

En ce qui concerne l'adoption de mesures coordonnées de surveillance et de contrôle des activités des navires de pêche, les Etats de la sous-région, « conscients de la nécessité d'une union des efforts pour une protection et une surveillance efficaces des eaux maritimes relevant de leurs juridictions respectives » ont conclu la Convention sur la coopération sous-régionale dans l'exercice du droit de poursuite.⁹⁵

La Convention se donne pour objet de poser des règles et modalités pour le renforcement de la coopération entre les structures responsables de la surveillance des pêches des Etats Parties. Elle définit les principes généraux régissant le droit de poursuite exercé par tout Etat partie à l'égard de tout navire qui tente de se soustraire par la fuite au contrôle exercé par un aéronef ou un bâtiment de surveillance au service de cet Etat. La Convention vise, en particulier, les navires battant pavillon étranger et ne disposant d'aucune licence pour opérer dans la sous-région.⁹⁶

94. L'on peut retenir les recommandations suivantes : Définir les principes qui doivent guider l'immatriculation et l'attribution du pavillon aux navires de pêche ; Etablir un fichier des navires de pêche dans chaque Etat membre de la CSRP ; le registre sous-régional des pêches (mécanismes et conditions); Conditionner l'accès des navires de pêche étrangers à l'existence d'un reliquat de ressources halieutiques ; Adopter les spécifications techniques pour le marquage et l'identification des navires de pêche ; Encourager les navires de pêche étrangers à débarquer leurs captures dans les ports de la sous-région; Introduire le principe de la tenue obligatoire d'un journal de pêche; Maintenir le principe de l'embarquement d'un observateur à bord de tout navire de pêche ; Maintenir le principe de la déclaration des entrées et sorties des ZEE ou zones de pêche par les navires étrangers ; Adopter la règle selon laquelle les transbordements de captures ne doivent être effectués dans les ports et rades des Etats de la sous-région; Assujettir l'ensemble des navires de pêche industrielle, nationaux ou étrangers, à l'obligation d'être équipé d'un dispositif de repérage des navires (SSN ou VMS); Etablir une liste des navires de pêche INN au niveau sous régional ; introduire un système de sanctions pour les activités de pêche INN, etc.

95 Convention sur la coopération sous-régionale dans l'exercice du droit de poursuite, du 1er septembre 1993, conclue entre le Cap-Vert et la Guinée, la Guinée Bissau, la Mauritanie et le Sénégal.

96. Sur les circonstances qui ont conduit à l'élaboration de la Convention, voir B Ndiaye T. de Pinho, A. *op. cit.* pp. 243-245. Il faut rappeler la question du « Statut sous-régional des observateurs » et celle relative au « Marquage des navires de pêche » pour compléter le tableau de l'action normative. La CSRP a ouvert, par ailleurs, d'importants chantiers. La banques sous régionales de données maritimes ; le registre sous régional des navires de pêche et les programmes conjoints de recherche.

Comme l'indique la FAO⁹⁷, depuis les temps les plus reculés, la pêche est une source importante d'aliments pour l'humanité, assurant un emploi et des bénéfices économiques à ceux qui la pratiquent. Toutefois, avec l'enrichissement des connaissances et le développement dynamique du secteur des pêches, l'humanité commence à comprendre que les ressources aquatiques, quoique renouvelables, ne sont pas infinies et doivent être gérées correctement si l'on veut maintenir leur contribution au bien-être nutritionnel, économique et social de la population croissante de la planète.

Les spécialistes prédisent, qu'au rythme actuel, il n'y aura plus de poisson dans le monde en 2048. C'est dire qu'il faut des initiatives résolues au niveau des Etats de la sous-région et dans les organisations régionales de gestion des pêches.

Les Etats doivent effectuer une mutualisation de leurs ressources et développer des opérations conjointes de surveillance des zones placées sous leur juridiction. Ils doivent coordonner leurs actions et mettre sur pied des mesures très précises de lutte contre la pêche INN dont la mise en œuvre soit à leur portée. Pour ce faire, ils doivent faire preuve d'une volonté politique réelle qui serait un signal fort pour les bateaux-pirates.

La CSRP a besoin de compétences élargies de nos jours pour pouvoir faire face à ses missions. Elle doit être renforcée⁹⁸ et passer du stade d'organisation intergouvernementale de coopération halieutique à celui d'organisation régionale de gestion des pêches avec des moyens et des compétences transférés ; autrement dit passer de la coopération à l'intégration.

97 Plan d'Action (PAI-INN) / IPOA IUU) adopté par consensus à la 24ème session du Comité des Pêches de la FAO (CQFD) le 2 mars 2001 et approuvé par la 120ème session du Conseil de la FAO le 23 juin 2001, op. cit. p. XI.

98 Voir, par exemple, E.A. Clark « Strengthening regional Fisheries. The Application of the Duty to cooperate under the law of the Sea Convention ''Intern's Report, ITLOS Hamburg 2010

LIBER AMICORUM de S.E. GUDMUNDUR EIRIKSSON

**LA NON-COMPARUTION DEVANT
LE TRIBUNAL INTERNATIONAL
DU DROIT DE LA MER**

INTRODUCTION

C'est avec un plaisir tout particulier que nous rendons hommage à S.E. Monsieur l'Ambassadeur Gudmundur Eiriksson, un très cher ami, d'une fidélité à toute épreuve, mon jumeau au Tribunal international du droit de la mer (Hambourg) où j'ai appris à le connaître : travailleur infatigable, à la courtoisie exquise.

Avec l'Affaire de l'«Arctic Sunrise» (Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie), une demande en prescription de mesures conservatoires soumise au Tribunal international du droit de la mer conformément à l'article 290, paragraphe 5, de la Convention, dans un différend concernant l'arraisonnement et l'immobilisation du navire Arctic Sunrise dans la zone économique exclusive de la Fédération de Russie, le Tribunal a connu sa première affaire de non-comparution de l'Etat défendeur¹ fondée sur une mise en cause de sa compétence.

IL faut relever que le recours à la juridiction obligatoire qui s'effectue par la saisine par voie de requête unilatérale entraîne en général une

1. Voir Alexandrov, SA, ..Non-Appearance before the International Court of Justice, *Columb. J. of Transnational I.L.* 33 (1995), pp. 41-72; G. Arangio-Ruiz, "Notes on Non-Appearance before the International Court of Justice", in *Essays in Honour of Roberto Ago*, Vol. III (1987), pp. 3-48; Id. Non-Appearance before the International Court of Justice, *Preliminary and Final Report*, *Annuaire de l'IDI*, 64 (1991-1), pp. 193-250, 280-339; D.W. Bowett, *Contemporary Developments in Legal Techniques in the Settlement of Disputes*, *RCADI*, 180 (1983-11), pp. 169-235; P.M. Eisemann, "Les effets de la non-comparution devant la Cour internationale de Justice" *AFDI* 19 (1973), pp. 351-375; JB ELKIND, *Non-Appearance before the International Court of Justice, Functional and Comparative Analysis* (1984); Id. *The Duty to Appear before the International Court of Justice*, *ICLQ* 37 (1988) pp. 674-681; Sir G. Fitzmaurice "The Problem of the "Non-appearing" Defendant Government", *BYVIL* 51 (1980), pp. 89-122; G. Guyomar, *Le défaut des parties a un différend devant les juridictions internationales -étude de droit international public positif*, 1960; Paris, LGDJ, 1960, 242 p.; Sh. Rosenne, *The World Court, What it is and how it works*, Brill, 1989; Id., *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, Fourth Edition, Volume III Procedure, Martinus Nijhoff Publishers, Chap. 23, pp. 1359-1374; H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice, Fifty years of jurisprudence*, Volume I, pp. 994-1007; A. Zimmermann, K. Oellers Frahm, C. Tomuschat and C. Tams, *The Statute of the International Court of Justice, A commentary*, Second Edition, 1808 p., pp. 1324-1354, OUP, 2012.1. Sinclair, "Some procedural aspects of recent international litigation", *ICLQ*, Vol. 30, 1981, pp. 338-357, spec. p. 340.

contestation de la compétence de la juridiction saisie et une mise en cause de la recevabilité de requête. C'est que l'objet des requêtes ou demandes qui engendre la non-comparution porte souvent sur des questions très politiques touchant à la souveraineté, l'indépendance ou simplement le prestige national, d'où la défiance des gouvernements à regard des cours et tribunaux internationaux.

Le phénomène risque d'affaiblir singulièrement le système judiciaire international en affectant la confiance des litigants potentiels et la non-exécution des décisions rendues. C'est à croire que la répugnance des Etats à regard du règlement juridictionnel est inhérente à la structure même de la société internationale travaillée par des processus politiques et où les intérêts individualistes des Etats sont omniprésents. Ceci explique la désaffection ou le sous-emploi des juridictions internationales.

De nos jours, on parle beaucoup de la fragmentation du droit international et des soi-disant risques qu'entraînerait la prolifération observée des juridictions². L'on peut dès lors comprendre les nombreuses réserves que les Etats assortissent, par exemple, à leur déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire lesquelles finissent par les purger de leur sens. L'on note ainsi la place qu'occupe le consentement des Etats parties au différend.

En effet, les Etats considèrent comme un attribut fondamental de leur souveraineté le droit de refuser d'être attiré devant un tiers. Lorsqu'un demandeur fait valoir un mécanisme de juridiction obligatoire, il est rare que le défendeur ne tente de s'y soustraire et c'est pourquoi les procès relatifs aux conditions d'exercice de la juridiction sont prolifiques dans l'ordre international³. Et la Cour internationale de Justice rappelle souvent ce qu'elle nomme « l'un des principes fondamentaux de son Statut » d'après lequel elle ne peut trancher un différend entre les Etats sans que ceux-ci aient consenti à sa juridiction.

2. V.G. Guillaume, « The Future of International Judicial Institutions, ICLQ, 1995, Vol. 44.

3. Voir T.M. Ndiaye, « La recevabilité devant les juridictions internationales », in *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*, Ndiaye and Wolfrum (eds), Martinus Nijhoff Publishers, London, Boston 2007, pp. 249-295.

Cependant, le juge international a un rôle à jouer en cas de refus de comparaître de l'Etat défendeur qui se fonde sur une mise en cause de la compétence de la juridiction. Ce phénomène connu sous le nom de défaut a connu une fortune rapide durant les dernières décennies. Les cas de non-comparution devant la Cour internationale de Justice sont nombreux⁴, engendrant une pratique solide en la matière.

L'article 53 du Statut de la Cour traite du défaut faute de comparaître et du défaut faute de conclure ainsi que de la façon dont la Cour doit s'acquitter de sa fonction judiciaire. « Le défaut devant les juridictions internationales, c'est comme en droit interne la situation d'une partie qui, dans un procès régulièrement engagé ou sur un point de ce procès demeure volontairement ou involontairement étrangère au débat »⁵.

Nous allons nous intéresser à la manière dont le Tribunal a cherché à traiter le seul cas de non-comparution devant lui. Pour ce faire, il s'est inspiré de la pratique établie par la Cour internationale de Justice et comme le prévoyait Shabtai Rosenne:

« Since Annex IV, Article 28 of the Law of the Sea Convention follows Article 53 of the Statute of the ICJ, it may be assumed that ITLOS will follow the same practice »⁶.

4. Des arrêts ou ordonnances ont été rendus en l'absence de l'une des parties dans les affaires suivantes : *Detroit de Corfu* (Royaume-Uni c. Albanie), *Fixation du montant des réparations*, arrêt, CIJ, Rec. 1949, p. 244 ; *Anglo-Iranian Oil Co.* (Royaume-Uni c. Iran), mesures conservatoires, ordonnance du 5 juillet 1951, CIJ, Rec. 1951, p. 89 ; *Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala), exception préliminaire, arrêt, CIJ, Rec. 1953, p. 111 ; *Compétence en matière de pêcheries* (Royaume-Uni c. Islande), mesures conservatoires, Ordonnance du 17 août 1972, CIJ, Rec. 1972, p. 12 ; *Compétence de la Cour*, arrêt, CIJ, Rec. 1973, p. 3 ; *Fond*, arrêt, CIJ, Rec. 1974, p.3 ; *Compétence en matière de pêcheries* (République fédérale d'Allemagne c. Islande), mesures conservatoires, Ordonnance du 17 août 1972, CIJ, Rec. 1972, p. 30 *Compétence de la Cour*, arrêt, CIJ, Rec. 1973, p. 49 ; *Fond*, arrêt, CIJ, Rec. 1974, p. 175 ; *Essais nucléaires* (Australie c. France), mesures conservatoires, Ordonnance du 22 juin 1973, CIJ, Rec. 1973, p. 99 ; *Essais nucléaires* (Australie c. France), arrêt, CIJ, Rec. 1974, p.235 ; *Essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France) arrêt, CIJ, Rec. 1974, p. 457 ; *Procès de prisonniers de guerre pakistanais* (Pakistan c. Inde), mesures conservatoires, Ordonnance du 13 juillet 1973, CIJ, Rec. 1973, p. 328 ; *Plateau continental de la mer Egée* (Grèce c. Turquie), mesures conservatoires, Ordonnance du 11 septembre 1976, CIJ, Rec. 1976, p. 3 ; *Plateau continental de la mer Egée* (Grèce c. Turquie), arrêt, CIJ, Rec. 1978, p.3 ; *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (Etats-Unis c. Iran), mesures conservatoires, Ordonnance du 15 décembre 1979, CIJ, Rec. 1979, p.7 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, CIJ, Rec. 1986, p.554 ; *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (Qatar c. Bahreïn), compétence et recevabilité, arrêt, CIJ, Rec. 1994, p. 112.

5. G. Guyomar op. cit. (note 1), p.21.

6. Sh. Rosenne, *Provisional Measures in International Law : The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, Oxford University Press, *Int' courts and Tribunal series*, 2005, p. 165.

Il apparaît que la non-comparution procède de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de l'Etat défendeur (I). On s'interrogera sur le moment où le Tribunal doit appliquer les dispositions de l'article 28 ; comment il a traité la demande en prescription de mesures conservatoires à lui soumise (II) et quand il doit rendre un jugement par défaut (III).

I . EXERCICE D'UN POUVOIR DISCRETIONNAIRE

La non-comparution traduit l'absence d'obligation de comparaître. Elle peut aussi s'analyser en un exercice d'un pouvoir discrétionnaire de l'Etat défaillant. Toujours est-il qu'un Etat consentant à la compétence du Tribunal a droit à l'adjudication de ses conclusions même en cas de non comparution de l'autre partie. Il peut demander au Tribunal de continuer la procédure et de rendre sa décision⁷.

Autrement dit, l'Etat défaillant ne fait pas obstacle au déroulement de la procédure. L'article 28 du Statut permet ainsi au Tribunal de parvenir à sa décision.

7. Dans l'Affaire de TArctic Sunrise" (Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie), demande en prescription de mesures conservatoires au titre de [l'article 290, paragraphe 5, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, l'Ambassade de la Fédération de Russie auprès de la République fédérale d'Allemagne, dans une note verbale du 22 octobre 2013, a déclaré : « Lors de la ratification de la Convention, le 26 février 1997, la Fédération a fait une déclaration selon laquelle, entre autres, « elle n'accepte pas les procédures prévues à la section 2 de la partie XV de ladite Convention aboutissant à des décisions obligatoires pour les différends concernant [...] les actes d'exécution forcée accomplis dans l'exercice de droits souverains ou de la juridiction ». En conséquence, la partie russe a notifié au Royaume des Pays-Bas, par une note verbale (jointe) qu'elle n'accepte pas la procédure d'arbitrage prévue à l'annexe VII de la Convention engagée par les Pays-Bas eu égard à l'Affaire du navire « Arctic Sunrise » et qu'elle n'a pas l'intention de participer à la procédure devant le Tribunal international du droit de la mer en ce qui concerne la demande en prescription de mesures conservatoires soumise par le Royaume des Pays-Bas au titre de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention. La Fédération de Russie à ce faisant souligne qu'elle était disposée à continuer de rechercher une solution mutuellement acceptable à cette situation ». Par lettre du 24 octobre 2013, l'agent des Pays-Bas a déclaré : « Conformément à l'article 28 du Statut du Tribunal, le Royaume des Pays-Bas prie respectueusement le Tribunal de continuer la procédure et de rendre sa décision concernant la demande de mesures conservatoires même si, à notre regret, la procédure se déroulera par défaut, la Fédération de Russie ne souhaitant pas se présenter. » Voir l'Ordonnance du 22 novembre 2013 et la déclaration du juge ad hoc Anderson, l'opinion individuelle commune des juges Wolfrum et Kelly, les opinions individuelles des juges Jésus et Paik ainsi que les opinions dissidentes des juges Golitsyn et Kulyk.

Pour ce faire, le Tribunal doit s'assurer non seulement qu'il a compétence pour connaître du différend, mais que la demande est fondée en fait et en droit⁸. C'est dire que l'article 28 ne sanctionne pas la violation d'une obligation laquelle est d'ailleurs introuvable ici. Il réaffirme un droit donné à la partie comparante ; celui de demander au juge de continuer la procédure et de rendre sa décision. Pour autant, la procédure en question ne se résume guère en un simple jugement par défaut par lequel l'Etat qui comparait se voit adjuger ses conclusions. Bien au contraire, le juge doit se satisfaire qu'il a compétence et que la demande est fondée en fait et en droit. Ainsi, la non comparution d'une partie n'entraîne pas un traitement privilégié ou de faveur pour le requérant, lequel doit être traité comme dans une procédure normale⁹. Dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, la CIJ indique qu'« il est néanmoins hors de question que la Cour se prononce automatiquement en faveur de la partie comparante, puisque, comme indiqué précédemment, elle a l'obligation de « s'assurer » que les conclusions de cette partie sont fondées en fait et en droit¹⁰. La non comparution ne doit jouer au profit ou au détriment d'aucune des parties¹¹. La Cour de la Haye souligne que le principe de l'égalité des parties au différend reste pour elle fondamental. L'article 53 ne vise à défavoriser ni l'une ni l'autre des parties en cas de non comparution ; celle qui s'abstient de comparaître ne saurait donc être admise à tirer profit de son absence, car cela reviendrait à désavantager la partie qui comparait. Les dispositions du Statut et du Règlement sur la présentation des pièces écrites et des éléments de preuve visent à assurer une bonne administration de la justice et à permettre à chaque partie de s'exprimer sur les thèses de l'adversaire dans des conditions d'égalité et d'équité. Le traitement que la Cour accorde aux communications ou documents émanant de la partie absente dépend du poids attaché à ces diverses considérations et ne saurait faire l'objet d'une définition rigide en forme de règle générale¹².

8. Pour les travaux préparatoires à l'article 53, du Statut de la CIJ, qui est l'ancêtre de l'article 28 du Statut du Tribunal, voir G. Guyomar, *op.cit.* note 1, chap. 1.

9. Voir Elkind, *op.cit.* note 1, pp. 100-102.

10. Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, CIJ, Recueil 1986, p. 24, paragraphe 28.

11. V. Alexandrov *op. cit.* (note 1), p. 44 où l'auteur explique : « Under Article 53 the Applicant State is entitled to seek justice and the absent party is protected from injustice. The combinations of the two aim constitutes the dual raison d'être of Article 53 of the Court's Statute ».

12. Aff. Activités militaires et paramilitaires.. précitée, p. 26, paragraphe 31.

C'est pourquoi l'article 28 se garde de condamner la partie ayant choisi de ne pas comparaître mais instruit plutôt le Tribunal de s'assurer non seulement qu'il a compétence pour connaître du différend, mais que la demande est fondée en fait et en droit. C'est que l'absence d'une partie est regardée comme « une simple non-comparution et aucune loi - si ce n'est celle de la courtoisie à regard de la Cour - ne l'oblige à se présenter devant elle »¹³. Ce fait traduit la nature du système judiciaire international tout entier fondé sur le consentement et donc la faculté de la juridiction obligatoire qui génère la saisine unilatérale laquelle affecte l'obligation de coopération entre Etats. L'on sait que, dans ce dernier cas, les Etats sont très prompts non seulement à contester la compétence de la juridiction saisie mais également la recevabilité de la requête surtout si celle-ci porte sur des questions relevant de leur souveraineté ou de leur indépendance économique¹⁴.

Lorsqu'un Etat, attrait devant la Cour, décide de ne pas comparaître ou de ne pas faire valoir ses moyens, la Cour manifeste habituellement son regret d'une telle décision, qui comporte des conséquences négatives pour une bonne administration de la justice¹⁵. Le juge devrait rendre un jugement par défaut à un stade ultérieur lorsqu'il se sera satisfait de sa compétence pour connaître du différend quant au fond, et établi que la demande est fondée en fait et en droit.

13. Voir P.M. Eisemann op. cit. (note 1), p. 358.

14. Voir D. Bowett, op.cit. (note 1), p. 205 où l'auteur explique « It would seem, therefore, that by its terms Article 53 does not impose a duty to appear and, correspondingly, it would not be proper to regard Article 53 as containing any penalty for breach of duty ». Voir aussi, l'opinion du juge Gros en l'Affaire des essais nucléaires, Rec. CIJ, 1973, pp. 116-118.

15. Les clauses de regret sont exposées par la CIJ dans plusieurs affaires. Elles traduisent l'impact sur la bonne administration de la justice et indiquent l'attitude de la Cour face à la non-comparution. Voir, par exemple, Affaire de la compétence en matière de pêcheries op. cit., arrêt du 2 février 1973, paragraphe 12 ; Affaire des essais nucléaires, arrêt du 20 décembre 1974, précité, paragraphe 15 ; Affaire du Plateau continental de la mer Egée, arrêt du 19 décembre 1978, précité, paragraphe 15 ; Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran précitée, paragraphe 13 ; et Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, arrêt de 1986 précité, paragraphes 26 et 27.

II. MESURES CONSERVATOIRES ET NON COMPARUTION

Dans l’Affaire de l’ «Arctic Sunrise », le Royaume des Pays-Bas a soumis le 4 octobre 2013 le différend à l’arbitrage en vertu de l’annexe VII à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Cette procédure de règlement s’applique en vertu de l’article 287, paragraphe 5, de la Convention, parce que les parties n’ont pas accepté la même procédure de règlement obligatoire des différends, les Pays-Bas ayant choisi la Cour internationale de Justice et la Fédération de Russie l’arbitrage dans le cadre de l’annexe VII. Les parties n’ont pas réussi à se mettre d’accord sur un autre moyen de règlement du différend.

C’est pourquoi, les Pays-Bas ont soumis une demande en prescription de mesures conservatoires au Tribunal le 21 octobre 2013 parce que le tribunal arbitral n’était pas encore constitué et qu’aucun accord n’est intervenu entre les parties pour saisir une autre cour ou un autre tribunal dans le délai de deux semaines à compter de la date de la demande de mesures conservatoires.

La Fédération de Russie a indiqué qu’elle n’a pas l’intention de participer à la procédure devant le Tribunal international du droit de la mer en ce qui concerne la demande en prescription de mesures conservatoires soumise par le Royaume des Pays-Bas au titre de l’article 290, paragraphe 5, de la Convention¹⁶. Dans leur réponse, les Pays-Bas, conformément à l’article 28 du Statut du Tribunal, prient respectueusement le Tribunal de continuer la procédure et de rendre sa décision concernant la demande de mesures conservatoires¹⁷. C’est la première fois que le Tribunal international du droit de la mer se trouve devant un défaut faute de comparaitre.

Il faut rappeler que l’article 290 relatif aux mesures conservatoires renferme deux cas de figure : le système du paragraphe premier et celui du paragraphe 5. Le premier est perçu comme la procédure normale des mesures conservatoires. Il reflète et codifie la pratique générale établie par la Cour internationale de Justice pour préserver les droits respectifs

16. Voir Note verbale du 22 octobre 2013 de l’Ambassade de la Fédération de Russie à Berlin adressée au Tribunal, p. 2.

17. Voir Lettre du 24 octobre 2013 de l’Agent des Pays-Bas adressée au Greffier, p. 1.

des parties en litige en attendant leur examen au fond. Toutefois, un autre critère y a été ajouté : la possibilité de prescrire toutes mesures conservatoires que le Tribunal juge appropriées en la circonstance pour empêcher que le milieu marin ne subisse de dommages graves en attendant la décision définitive.

En ce qui concerne le second cas de figure, Shabtai Rosenne indique :

« Paragraph 5 of Article 290 is a major innovation. It is believed to be the first occasion on which a standing international tribunal is given a compulsory residual jurisdiction to prescribe binding provisional measures of protection when the principal dispute is submitted to another tribunal which, when the provisional measures are requested, has not yet been constituted although the procedure leading to the constitution of the arbitral tribunal, which includes the definition of the dispute that is being asked to settle, has been set in motion¹⁸.

La demande en prescription de mesures conservatoires a été soumise par les Pays-Bas dans le cadre du paragraphe 5, de l'article 290 qui dispose en substance que :

« En attendant la constitution d'un tribunal arbitral [...], le Tribunal international du droit de la mer [...] peut prescrire, modifier ou rapporter des mesures conservatoires conformément au présent article s'il considère, *prima facie*, que le tribunal devant être constitué aurait compétence et s'il estime que l'urgence de la situation l'exige [...] ».

Etant donné que la Fédération de Russie a choisi de ne pas participer à cette procédure devant le Tribunal, les dispositions pertinentes qui s'appliquent sont celles de l'article 28 du Statut portant défaut. Elles se lisent :

18. Shabtai Rosenne, *Provisional Measures in International Law*, the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea, Oxford University Press, International Courts and Tribunals series, 2005, 241 p, p. 49.

Article 28

Défaut

Lorsqu'une des parties au différend ne se présente pas ou ne fait pas valoir ses moyens, l'autre partie peut demander au Tribunal de continuer la procédure et de rendre sa décision. L'absence d'une partie ou le fait, pour une partie, de ne pas faire valoir ses moyens ne fait pas obstacle au déroulement de la procédure. Avant de rendre sa décision, le Tribunal doit s'assurer non seulement qu'il a compétence pour connaître du différend, mais que la demande est fondée en fait et en droit. »

La question du moment de l'applicabilité de ces dispositions est cruciale en la matière. Elle s'est posée de façon singulière dans les différentes phases des affaires des essais nucléaires devant la Cour internationale de Justice où la France a choisi de ne pas comparaître¹⁹. La Cour a eu à indiquer:

« Considérant que, lorsqu'elle est saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour n'a pas besoin, avant d'indiquer ces mesures conservatoires, de s'assurer de manière concluante de sa compétence quant au fond de l'affaire, mais qu'elle ne doit cependant pas appliquer l'article 41, du Statut lorsque son incompétence au fond est manifeste »²⁰.

En effet, ce genre de demande tout comme la procédure de prompt mainlevée - article 292 de la Convention - bénéficie d'une priorité absolue, vue l'urgence, parce que relevant des pouvoirs propres du Tribunal où de la Cour dans un cas et de la compétence exclusive dans l'autre.

19. Voir Sinclair op. cit. (note 1), p. 340 ; aussi Eisemann, op.cit. (note 1), pp. 358-359. Comme l'indique le premier cite : « There has been keen controversy over the years as to the extent to which the Court must satisfy itself, before indicating interim measures of the likelihood that it will be entitled to exercise jurisdiction over the merit of the dispute. The problem of course arises precisely because interim measures sought as a matter of urgency, and at a stage before the parties or the Court have had time to address themselves fully to the jurisdictional issue ». Ibid., p. 341.

20. Affaire relative à la compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, paragraphe 16, CIJ, Rec 1972, p. 33.

De plus, il est admis en général que le pouvoir de prescrire - ou d'indiquer - les mesures conservatoires procède de pouvoirs inhérents que la juridiction tient de son Statut, qu'il faut distinguer de la compétence pour connaître du différend quant au fond. Les remarques du juge Fitzmaurice apparaissent décisives à cet égard :

« Sur le plan juridictionnel, il existe une compétence de fond ou de base (consistant à se prononcer sur ce qui est le fond « irréductible » et que des exceptions (préliminaires) à l'exercice de cette compétence peuvent être présentées. Mais il existe aussi une compétence préliminaire ou « incidente » (faculté de prendre des mesures conservatoires, d'accepter des demandes reconventionnelles ou des interventions de tiers etc...) que la Cour peut exercer avant même d'avoir statué sur sa compétence quant au fond « irréductible », même si cette dernière est contestée et même s'il se révèle en fin de compte que la Cour n'a pas compétence à cet égard. Bien que la compétence incidente soit en grande partie (mais pas entièrement) prévue en termes exprès dans le Statut de la Cour ou dans le Règlement que le Statut autorise la Cour à arrêter, il s'agit en réalité d'une compétence inhérente; la faculté de l'exercer est un élément indispensable au fonctionnement de la Cour comme à celui de n'importe quel tribunal»²¹ .

Le Tribunal international du droit de la mer s'appuie sur une jurisprudence constante pour traiter de la demande des Pays-Bas. Aussi, considère-t-il que l'absence d'une partie ou le fait, pour une partie, de ne pas faire valoir ses moyens, ne fait pas obstacle à la procédure et n'empêche pas le Tribunal de prescrire des mesures conservatoires, pour autant que la possibilité de faire entendre leurs observations à ce sujet ait été donnée aux parties²² , Le Tribunal a rappelé que toutes les com-

21. V. Opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice dans l'Affaire du Cameroun septentrional, arrêt du 2 juillet 1963, CIJ, Rec. 1963, p. 103. L'auteur fait remarquer qu'« il est de jurisprudence constante que la Cour n'exige pas que sa compétence soit positivement établie quant au fond « irréductible » avant de faire droit à une demande de mesures conservatoires. » Ibid. p. 104, note de bas de page 1.

22. Affaire de l'« Arctic Sunrise » (Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie), Ordonnance du 22 novembre 2013, paragraphe 48.

munications relatives à l'espèce ont été transmises par lui à la Fédération de Russie laquelle a été informée que le Tribunal était disposé à prendre en considération toutes observations qui pourraient lui être présentées par une partie avant la clôture de la procédure orale. Il constate « par conséquent que la possibilité a été largement donnée à la Fédération de Russie de présenter ses observations, mais qu'elle a refusé de la faire » et rappelle que « l'Etat qui ne comparaît pas est néanmoins partie à la procédure, avec les droits et les obligations qui en découlent »²³. Le Tribunal peut alors connaître des faits dans le cadre de la procédure en prescription de mesures conservatoires.

Après avoir constaté la non-comparution du défendeur, le Tribunal s'emploie à rechercher les faits qui sont pertinents pour s'acquitter de sa tâche de prescription des mesures conservatoires.

Il explique que la prescription des mesures demandées doit tenir compte des droits procéduraux de chacune des parties et assurer la pleine application du principe d'égalité des parties dans une situation où l'absence d'une partie risque de faire obstacle au déroulement régulier de la procédure et de nuire à une bonne administration de la justice. Il observe que la Fédération de Russie aurait pu faciliter sa tâche en communiquant à celui-ci des informations plus complètes sur des questions de fait et de droit et que, par conséquent, il lui est difficile, dans les circonstances de l'espèce, d'apprécier la nature et la portée des droits respectifs des parties que les mesures conservatoires sont censées préserver. Toutefois, il doit se résoudre à déterminer et apprécier les droits respectifs des parties en se fondant sur les preuves disponibles et fiables²⁴.

Avant de prescrire des mesures conservatoires au titre de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention, le Tribunal doit s'assurer, *prima facie*, que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII de la Convention aurait compétence. La question qui se pose est celle de savoir si le différend soumis au tribunal arbitral est ou non relatif à l'interprétation ou à l'ap-

23. Ibid, paragraphes 50 et 51. Le Tribunal rappelle les mots de la CIJ dans l'Affaire des Activités militaires précitée, paragraphe 28 : « L'Etat qui décide de ne pas comparaître doit accepter les conséquences de sa décision, dont la première est que l'instance se poursuivra sans lui; il reste partie au procès et le futur arrêt le lie conformément à l'article 59 du Statut ».

24. Ibid., paragraphes 53-57.

plication de la Convention conformément à l'article 288 de la Convention. Le Tribunal a eu à passer en revue les arguments des parties pour se prononcer sur la compétence *prima facie* du tribunal arbitral.

Les Pays-Bas soutiennent que, le 19 septembre 2013, dans la zone économique exclusive de la Fédération de Russie, le navire « Arctic Sunrise », battant pavillon néerlandais, a été arraisonné par les autorités russes, qui l'ont immobilisé et ont arrêté les 30 personnes à son bord, et que le navire a été par la suite remorqué jusqu'au port de Mourmansk. Ils font valoir que :

« La Fédération de Russie [...] en procédant à l'arraisonnement, à l'inspection, à la perquisition, à la saisie et à l'immobilisation de l'« Arctic Sunrise » sans le consentement préalable du Royaume des Pays-Bas, comme il est indiqué dans le présent exposé, a manqué à ses obligations envers le Royaume des Pays-Bas, en son nom propre et dans l'exercice de son droit de protection d'un navire battant son pavillon, eu égard à la liberté de navigation prévue aux articles 58, paragraphe 1 et 87, paragraphe 1 a), de la Convention et en vertu du droit international coutumier».

Ils affirment que :

« Les droits souverains d'un Etat côtier dans les zones maritimes situées au-delà de sa mer territoriale sont axés sur les ressources et ont une portée limitée. L'exercice de la juridiction en vue de protéger ces droits souverains est fonctionnel. Le droit de la mer restreint le droit de l'Etat côtier à exercer sa juridiction sur ces zones. L'Etat côtier ne peut unilatéralement étendre ce droit». Les Pays-Bas ajoutent que « la juridiction en ce qui concerne la mise en place et l'utilisation d'installations et d'ouvrages est limitée aux dispositions de l'article 56, paragraphe 1, et assujettie aux obligations prévues à l'article 56, paragraphe 2, à l'article 58 et à l'article 60 de la Convention »²⁵.

25. Voir, Exposé des conclusions, paragraphe 37; PV.13/A22/1, p. 21, II. 19-23 et II 27-30 ; p. 26, II 9-16 et II 20-28.

Les Pays-Bas avancent en outre que :

« La Convention interdit l'arraisonnement de navires étrangers en haute mer: article 110. Cette interdiction s'applique à l'arraisonnement de navires étrangers dans la zone économique exclusive: article 58, paragraphe 2. Le droit de visite et de perquisition constitue une exception à la liberté de navigation et à la juridiction de l'Etat du pavillon, et cette exception doit par conséquent être spécifiquement motivée dans tous les cas. De fait, dans l'Affaire du Lotus, la Cour permanente de Justice internationale a déclaré que

« il est certainement vrai que - en dehors des cas particuliers déterminés par le droit international - les navires en haute mer ne sont soumis à d'autre autorité qu'à celle de l'Etat dont ils portent le pavillon » ;

Les exceptions à la règle générale qui interdit d'exercer une compétence d'exécution sur les navires étrangers sont expresses et ne sauraient être déduites par implication. Ces exceptions ne peuvent faire l'objet que d'une interprétation et d'une application étroites »²⁶.

La Fédération de Russie, de son côté, déclare que :

« Le 19 septembre [...] dans la zone économique exclusive de la Fédération de Russie, le navire « Arctic Sunrise » a fait l'objet d'une inspection, sur la base des articles 56, 60 et 80 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 et conformément à l'article 36.1.1) de la loi fédérale sur la zone économique exclusive de la Fédération de Russie;

[...]

Vu les pouvoirs conférés à l'Etat côtier conformément aux règles du droit international susvisées, il n'était pas nécessaire en l'espèce d'obtenir le consentement de l'Etat du Pavillon pour procéder à l'inspection du navire »²⁷.

26. Voir, PV.13/A22/1, p.22, II 1-3 et II 3-16.

27. Note verbale du 1er octobre 2013 adressée au Ministère des affaires étrangères des Pays-Bas par l'Ambassade de la Fédération de Russie aux Pays-Bas.

La Fédération de Russie déclare en outre que :

« Les mesures prises par les autorités russes à regard du navire « Arctic Sunrise » et de son équipage l'ont été, et continuent de l'être, dans l'exercice de la juridiction, y compris pénale, de la Fédération de Russie, en vue de faire respecter les lois et règlements de la Fédération de Russie, en sa qualité d'Etat côtier, conformément aux dispositions pertinentes de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer »²⁸.

Au vu des positions des Pays-Bas et de la Fédération de Russie, l'on constate qu'il existe entre eux une divergence de vues quant à l'applicabilité des dispositions de la Convention relatives aux droits et obligations de l'Etat du pavillon et de l'Etat côtier, notamment ses articles 56, 58, 60, 87 et 110 ; que, par conséquent, le Tribunal estime qu'il semble exister entre ces Etats un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention ²⁹.

De l'avis du Tribunal, les dispositions invoquées par les Pays-Bas semblent constituer une base sur laquelle pourrait être fondée la compétence du tribunal arbitral et que celui-ci aurait *prima facie* compétence pour connaître du différend. Par ces motifs, le Tribunal a pu prescrire des mesures conservatoires.

L'on observera que le Tribunal a eu recours aux arguments de fond pour déterminer la compétence *prima facie* du tribunal arbitral annexe VII. C'est que le système du paragraphe 5 de l'article 290 établit un doublement juridictionnel en ce sens que l'instance qui connaît de la compétence *prima facie* et qui peut prescrire les mesures conservatoires, ne sera pas la même que celle qui connaîtra du différend quant au fond. C'est la l'innovation de la Convention.

28. Note verbale de l'Ambassade de la Fédération de Russie auprès de la République fédérale d'Allemagne, en date du 22 octobre 2013 adressée au Tribunal.

29. Arctic Sunrise, Ordonnance du 22 novembre 2013, op.cit., paragraphe 68.

Lorsqu'elle est appelée à statuer sur une demande en indication de mesures conservatoires en cas de non-comparution du défendeur, la Cour internationale de Justice applique sa jurisprudence constante en matière d'indication de mesures conservatoires. Elle s'assure qu'elle a compétence *prima facie*. Elle déclare :

« Considérant que, lorsqu'elle est saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour n'a pas besoin, avant d'indiquer ces mesures conservatoires, de s'assurer de manière concluante de sa compétence quant au fond de l'affaire, mais qu'elle ne doit cependant pas appliquer l'article 41 du Statut lorsque son incompetence au fond est manifeste »³⁰.

Après avoir constaté la non-comparution du défendeur, la Cour s'emploie à rechercher les faits qui se révèlent pertinents dans le cadre de la procédure en indication de mesures conservatoires. Ainsi, par exemple, dans l'Affaire de l'Anglo- Iranian Oil Co., elle se réfère à un communiqué du défendeur du 29 juin 1951 et note :

[...] Le Gouvernement de l'Iran a déclaré qu'il repoussait la demande en indication de mesures conservatoires présentée par le Gouvernement du Royaume-Uni, motifs pris principalement de la qualité du Gouvernement du Royaume-Uni à l'effet de saisir la Cour d'un différend qui s'est élevé entre le Gouvernement de l'Iran et l'Anglo Iranian Oil Company, Limited, et de la circonstance que ce différend, mettant en cause l'exercice des droits souverains de l'Iran, relèverait exclusivement de la compétence nationale de cet Etat, et, jusqu'à ce titre, échapperait par nature aux méthodes de règlement de différends spécifiées par la Charte [des Nations Unies] »³¹.

30. V. Affaire relative à la Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), précitée, paragraphe 15. Voir aussi, Affaire des essais nucléaires (Australie c. France), précitée, paragraphe 14 : « Considérant que lorsqu'elle est saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour n'a pas besoin, avant d'indiquer ces mesures, de s'assurer de façon concluante de sa compétence quant au fond de l'Affaire, mais qu'elle ne doit cependant pas indiquer de telles mesures si les dispositions invoquées par le demandeur ne se présentent pas comme constituant *prima facie*, une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée ». Dans l'Affaire du personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran précitée, la Cour déclare, paragraphe 15, que :

« Considérant que, dans l'examen de la demande en indication de mesures conservatoires en la présente affaire, la Cour ne doit indiquer de telles mesures que si les dispositions invoquées par le demandeur se présentent comme constituant *prima facie* une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée. »

31. C.I.J., Rec. 1951, p. 92.

La Cour ajoute :

« Considérant que le grief indiqué dans la requête est celui d'une prétendue violation du droit international constituée par la rupture [d'un contrat] et par un déni de justice, résulterait du refus du Gouvernement de l'Iran d'accepter l'arbitrage prévu par ce contrat, et qu'on ne saurait admettre a priori qu'une demande fondée sur un tel grief échappe complètement à la juridiction internationale; Considérant que la constatation précédente est suffisante pour autoriser en droit la Cour à examiner la demande en indication de mesures conservatoires »³².

Dans l'Affaire des essais nucléaires, la Cour se réfère à une lettre de l'ambassadeur de France aux Pays-Bas du 16 mai 1973 remise au Greffier de la Cour ainsi qu'à une note diplomatique du 7 février 1973 adressée au Gouvernement australien. La Cour note :

«[...] Le Gouvernement français a appelé l'attention sur des rapports publiés de 1967 à 1972 par le National Radiation Advisory Committee d'Australie, qui concluaient tous que les retombées des essais français ne constituaient pas un danger pour la santé de la population australienne; [...] dans cette note, le Gouvernement français s'est en outre déclaré convaincu que, en l'absence de dommages constatés qui seraient dus aux expériences nucléaires françaises, celles-ci ne violaient aucune règle du droit international et que, s'il était prétendu que l'infraction au droit venait d'une violation d'une norme juridique portant sur le seuil de pollution atomique qui ne devrait pas être dépassé, on voyait mal quelle était la règle précise invoquée par l'Australie ;

[...] Aux fins de la présente procédure, il suffit de noter que les renseignements soumis à la Cour, y compris les rapports du Comité scientifique des Nations Unies pour l'étude des rayonnements ionisants présentés entre 1958 et 1973, n'excluent pas qu'on puisse démontrer que le dépôt en territoire australien de substances radioactives provenant

32. Ibid, pp. 92-93.

de ces essais cause un préjudice irréparable à l'Australie ».³³

Dans l'Affaire du Plateau continental de la mer Egée³⁴, la Cour cite les observations du Gouvernement turc communiquées à la Cour les 26 avril et 26 août 1976³⁵, de même que des déclarations à la Radio Ankara le 24 juillet 1974³⁶, ainsi que les « renseignements dont dispose la Cour » au sujet des explorations sismiques menées par la Turquie dont se plaint la Grèce³⁷ et qui pourraient soulever « une question de violation du droit d'exploration exclusif de cet Etat »³⁸. La Cour estime que « la simple possibilité d'une telle atteinte à des droits en litige devant la Cour ne suffit pas à justifier l'exercice du pouvoir exceptionnel d'indiquer des mesures conservatoires que la Cour tient de l'article 41 du Statut »³⁹.

Enfin, dans l'affaire du Personnel diplomatique consulaire des Etats-Unis à Téhéran⁴⁰, la Cour fait état d'une lettre du Gouvernement de l'Iran du 9 décembre 1979 par laquelle il expose ses vues et sa mise en cause de la compétence de la Cour. Celle-ci rappelle⁴¹ l'importance des privilèges et immunités diplomatiques et leur lien avec le caractère représentatif des diplomates. Elle déclare :

« Considérant que la persistance de la situation qui fait l'objet de la requête expose les êtres humains concernés à des privations, à un sort pénible et angoissant et même à des dangers pour leur vie, leur santé et par conséquent à une possibilité sérieuse de préjudice irréparable ».

L'on peut remarquer que l'article 53 n'a pas été applicable dans toutes ces affaires relatives à l'indication de mesures conservatoires pas plus que l'article 28 du Statut dans l'Affaire de l'«Arctic Sunrise ». C'est que la Cour n'a envisagé dans ces cas qu'une compétence *prima facie* alors que le Tribunal a fait de même pour ce qui est du tribunal ar-

33. CIJ, Rec. 1973, p. 99, paragraphes 6 et 15.

34. Mesures conservatoires, ordonnance du 11 septembre 1976, *op. cit.*

35. *Ibid.*, paragraphes 18 et 29.

36. *Ibid.*, paragraphe 29.

37. *Ibid.*, paragraphe 30.

38. *Ibid.*, paragraphe 31.

39. *Ibid.*, paragraphe 32.

40. Ordonnance du 15 décembre 1979 précitée, CIJ, Rec. 1979, p. 7, paragraphes 8, 27, 30 et 31.

41. *Ibid.*, paragraphes 38 à 41.

bitral prévu à l'annexe VII de la Convention. Si ce dernier venait à se reconnaître la compétence pour connaître du différend quant au fond, alors l'Affaire de l' «Arctic Sunrise » sera en état d'être jugée par défaut⁴².

IV. LE JUGEMENT PAR DÉFAUT

Le jugement par défaut⁴³ intervient normalement lorsque la juridiction est parvenue à une décision relative à la question de sa compétence⁴⁴ comme l'atteste la pratique établie par la Cour internationale de Justice. C'est alors que la procédure de défaut peut s'appliquer.

C'est ainsi que la Cour a adjugé ses conclusions au Royaume-Uni dans l'Affaire du détroit de Corfou lors de la troisième phase relative à la fixation du montant des réparations dues par la République populaire d'Albanie au Royaume- Uni⁴⁵ Avant cela, elle a procédé à l'examen de la contestation de sa compétence, de la procédure par défaut, de l'application et de l'interprétation de l'article 53 du Statut. Elle déclare :

Ainsi qu'il a été dit, le Gouvernement albanais a contesté la compétence de la Cour aux fins de fixer le montant des réparations. La Cour peut se borner à constater que cette compétence a été établie par

42. Il faut rappeler que “[...] Neither the PCIJ nor the ICJ has ever made explicit reference to Art. 53 in the provisional measures phase of a case even where the respondent failed to participate in proceedings, although individual judges have done so in their separate and dissenting opinions. In this regards, it has been argued that the requirements set out in Article 53, namely that the Court must satisfy itself that it has jurisdiction and that the claim was well founded in fact and in law, were not drafted to apply in provisional measures phase, but they are rather and solely aimed at safeguarding as far as possible the substantive and procedural rights of the defaulting party” in von Mangoldt et Zimmermann, *The Statute of the International Court of Justice*, A commentary, op.cit. (note 1), p. 1340.

43. has affirmed its jurisdiction on the merits (since the non-appearing State is not a party prior to that stage). 4) Default can occur at the jurisdictional or merits stages, but not at the stage of an application for interim measures of protection. 5) Default can occur at any stage at which a decision is required of the Court, in response to a "claim by an appearing Party". D. Bowett op. cit. (note 1), pp. 207-208.

44. La Cour internationale de Justice a eu à rendre des jugements par défaut dans les affaires précitées suivantes : Affaire du Détroit de Corfu, Affaires de la Compétence en matière de pêcheries, Affaire du Plateau continental de la mer Egée, Affaire du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran et l'Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci. En ce qui concerne la jurisprudence des tribunaux arbitraux ad hoc, voir, Sinclair op.cit. (note 1), pp. 353-356.

45. Arrêt du 15 décembre 1949, CIJ, Rec. 1949, p. 244.

son Arrêt du 9 avril 1949; qu'aux termes de son Statut (article 60), qui, pour le règlement du présent différend, oblige le Gouvernement albanais, cet arrêt est définitif et sans recours et qu'en conséquence il y a à cet égard chose jugée. L'attitude adoptée par le Gouvernement albanais à pour effet de le soumettre aux dispositions de l'article 53 du Statut, applicable à la procédure par défaut. Cet article autorise, d'une part, le Gouvernement du Royaume-Uni à demander à la Cour de lui adjuger ses conclusions; il prescrit, d'autre part, à la Cour, de s'assurer que lesdites conclusions sont fondées en fait et en droit. Tout en prescrivant ainsi à la Cour de procéder à un examen des conclusions de la Partie comparante, l'article 53 n'a pas pour effet de lui imposer la tâche d'en vérifier l'exactitude dans tous les détails, - tâche qui, dans certains cas et en raison de l'absence de contradiction, pourrait s'avérer pratiquement impossible.

Il suffit que, par les voies qu'elle estime appropriées, la Cour acquière la conviction que ces conclusions sont fondées. C'est en s'inspirant de cette conception, ainsi que de la nature technique des questions soulevées dans la présente instance par la fixation du montant des réparations, que la Cour a ordonné l'expertise dont mention a été faite ci-dessus. Les réclamations du Gouvernement du Royaume-Uni comprennent trois chefs distincts qui seront examinés successivement⁴⁶.

De même, la procédure de défaut a été appliquée dans les affaires relatives à la Compétence en matière de pêcheries après que la Cour eu admis sa compétence pour connaître de l'affaire quant au fond. Dans son arrêt du 2 février 1973, elle déclare :

13. Il est regrettable que le Gouvernement islandais ne se soit pas présenté pour exposer les objections que lui inspirerait, d'après ce que l'on sait, la compétence de la Cour. Celle-ci n'en doit pas moins, conformément à son Statut et à sa jurisprudence constante, examiner d'office la question de sa propre compétence pour connaître de la requête de la République fédérale d'Allemagne. En outre, dans la présente affaire, le

46. Ibid., p. 248.

devoir qu'à la Cour de procéder à cet examen de sa propre initiative est confirmé par l'article 53 du Statut. Aux termes de cette disposition, lorsqu'une des parties ne se présente pas ou s'abstient de faire valoir ses moyens, la Cour doit s'assurer qu'elle a compétence avant de statuer sur le fond. Il résulte de la non-comparution de l'Islande dans la présente phase de l'affaire qu'elle ne s'est pas conformée à l'article 62, paragraphe 2, du Règlement, lequel exige notamment que l'Etat qui soulève une exception d'incompétence présente «l'exposé de fait et de droit sur lequel l'exception est fondée», ses conclusions à ce sujet et les moyens de preuve qu'il désire éventuellement employer. Néanmoins la Cour, en examinant sa propre compétence, considérera les objections qui peuvent, à son avis, être soulevées contre celle-ci ⁴⁷.

Examinant le fond de l'affaire, elle estime :

17. Il ne fait pas de doute en l'espece que la République fédérale d'Allemagne a exécuté les obligations que l'accord consacré par l'échange de notes de 1961 mettait à sa charge en ce qui concerne la reconnaissance d'une zone de pêche s'étendant autour de l'Islande sur une largeur de 12 milles et le retrait, échelonné sur moins de trois ans, des navires immatriculés dans la République fédérale pratiquant la pêche dans cette zone. Il n'est pas douteux non plus qu'un différend s'est élevé entre les parties et qu'il persiste malgré les négociations qui ont eu lieu en 1971 et en 1972. Ce différend a manifestement trait à l'élargissement par l'Islande de sa compétence en matière de pêcheries au-delà de la limite de 12 milles dans les eaux recouvrant son plateau continental, élargissement qui était envisagé dans la résolution de l'Althing du 5 mai 1959.

18. De même il est hors de doute que l'Islande a donné à la République fédérale d'Allemagne le préavis qui était prévu en cas de nouvel élargissement. En conséquence, la République fédérale ayant contesté la validité, non pas du préavis mais de l'élargissement, la seule question dont la Cour soit à présent saisie consiste à déterminer si le différend qui en est résulté est de ceux que la Cour est appelée à trancher en vertu

47. Compétence en matière de pêcheries (République Fédérale d'Allemagne c. Islande), op. cit. p. 54, paragraphe 13.

de la clause compromissoire figurant dans l'échange de notes de 1961. Puisque à première vue le différend ainsi soumis à la Cour sur requête de la République fédérale d'Allemagne correspond exactement aux termes de la clause, il serait normal que la Cour applique le principe qu'elle a réaffirmé dans son avis consultatif de 1950 sur la Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies selon lequel il n'y a pas lieu de recourir aux travaux préparatoires si le texte d'une convention est en lui-même suffisamment clair. Toutefois, eu égard aux particularités de la présente procédure, signalées au paragraphe 13 ci-dessus, et afin de bien préciser la portée et le but de l'échange de notes de 1961, la Cour se propose à présent d'examiner brièvement le déroulement des négociations qui ont abouti à cet échange de notes. [Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt, CIJ., Rec. 1974, pages 9 et 10, paragraphes 17 et 18⁴⁸

Dans l'Affaire du Plateau continental de la mer Egée, la Cour a dit qu'elle n'a pas compétence pour connaître de la requête déposée par le Gouvernement de la République hellénique le 10 août 1976. Dans son arrêt du 19 décembre 1978, elle indique :

14. Aucune pièce écrite n'ayant été déposée par le Gouvernement de la Turquie, et celui-ci ne s'étant pas fait représenter à la procédure orale, aucune conclusion n'a été prise formellement par ce gouvernement. Toutefois l'attitude du Gouvernement de la Turquie en ce qui concerne la question de la compétence de la Cour a été définie dans ses communications à la Cour des 25 août 1976, 24 avril 1978 et 10 octobre 1978. La dernière de ces communications est parvenue au Greffe le matin du deuxième jour de la procédure orale et le Greffier l'a transmise à l'agent de la Grèce dans le courant de la journée. Dans ces conditions, sa teneur ne peut être prise en considération que dans la mesure où la Cour l'estime approprié en vue de s'acquitter de l'obligation que lui impose l'article 53 du Statut de s'assurer de sa compétence pour connaître de la requête.

Il est regrettable que le Gouvernement de la Turquie ne se soit pas

48. Compétence en matière de pêcheries (République Fédérale d'Allemagne c. Islande), fond, arrêt, CI J. Rec. 1974, pp. 9 et 10, paragraphes 17 et 18.

présenté pour développer ses arguments sur les questions qui se posent en la phase actuelle de la procédure et qu'ainsi la Cour n'ait pas eu l'aide que l'exposé de ces arguments et toute preuve fournie à l'appui auraient pu lui apporter. La Cour, conformément à son Statut et à sa jurisprudence constante, n'en doit pas moins examiner d'office la question de sa propre compétence pour connaître de la requête du Gouvernement de la Grèce. De plus, en l'espèce, l'obligation qu'a la Cour d'entreprendre cet examen de sa propre initiative est renforcée par les termes de l'article 53 du Statut. En vertu de cet article, lorsqu'une des parties ne se présente pas ou s'abstient de faire valoir ses moyens, la Cour, avant de statuer au fond, doit s'assurer qu'elle a compétence. Avant d'aller plus loin, cependant, il convient de retracer la chaîne des principaux événements qui ont abouti à ce que la Cour soit saisie du différend.⁴⁹

La procédure de défaut a aussi été appliquée dans l'Affaire du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran⁵⁰. Traitant des faits allégués par les Etats-Unis, la Cour estime :

Il en résulte que la Cour dispose d'une masse de renseignements de sources diverses sur les faits et circonstances de la présente affaire, y compris de nombreuses déclarations officielles des autorités iraniennes et américaines. Pour les nouvelles d'origine iraniennes transmises par les journaux, la radiodiffusion et la télévision, la Cour a dû recourir dans certains cas à des traductions en langue anglaise fournies par le demandeur. Les renseignements disponibles sont néanmoins d'une cohérence et d'une concordance totales en ce qui concerne les principaux faits et circonstances de l'affaire. La Cour les a communiqués au Gouvernement de l'Iran, ainsi que le mémoire des Etats-Unis et les comptes rendus d'audiences, sans que ce gouvernement ait opposé la moindre dénégation ou mis en doute les faits allégués par les Etats-Unis devant la Cour. En conséquence la Cour est convaincue qu'au sens de l'article 53 du Statut les allégations de fait sur lesquelles reposent les demandes des Etats-

49. Plateau continental de la mer Egée, *op.cit.*, pp. 7-8, paragraphes 14 et 15.

50. Affaire du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, arrêt, CI J. Rec. 1980, p. 10, paragraphe 13.

Unis en l'espèce sont fondées.

Sur le fondement juridique de la demande américaine, la Cour indique :

En vertu de l'article 53 du Statut, la Cour doit, avant d'adjuger à un demandeur ses conclusions, s'assurer qu'elle possède la compétence nécessaire aux termes des articles 36 et 37. En la présente espèce, les principales demandes des Etats-Unis se rapportent essentiellement au fait que l'Iran aurait manqué aux obligations dont il est tenu à l'égard des Etats-Unis en vertu des conventions de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et de 1963 sur les relations consulaires. Les Etats-Unis ont invoqué comme base de la compétence de la Cour pour connaître de ces demandes l'article 1 du protocole de signature facultative concernant le règlement obligatoire des différends qui accompagne chacune de ces conventions. La publication des Nations Unies intitulée **Traités multilatéraux pour lesquels le Secrétaire général remplit les fonctions de dépositaire** cite l'Iran et les Etats-Unis comme parties aux deux conventions susmentionnées et à leurs protocoles respectifs concernant: le règlement obligatoire des différends, sans que, dans chaque cas, l'instrument visé ait fait de leur part l'objet de réserves. Les conventions de Vienne, qui codifient le droit des relations diplomatiques et consulaires, énoncent les principes et règles indispensables au maintien de relations pacifiques entre Etats et acceptés dans le monde entier par des nations de toutes croyances, cultures et appartenances politiques. Qui plus est, le Gouvernement de l'Iran n'a pas soutenu dans ses communications à la Cour que les deux conventions et protocoles de Vienne ne sont pas en vigueur entre l'Iran et les Etats-Unis. Par conséquent, ainsi qu'il était indiqué dans l'ordonnance de la Cour du 15 décembre 1979, les protocoles facultatifs fournissent manifestement une base sur laquelle la compétence de la Cour pour connaître des demandes présentées par les Etats-Unis en vertu des conventions de Vienne de 1961 et de 1963 pourrait être fondée. Il reste à examiner si le présent différend relève effectivement

de leurs dispositions.⁵¹

Enfin, c'est dans l'Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua que la Cour fixe les principes directeurs du jugement par défaut. Elle explique :

29. L'emploi du mot « s'assurer » (en anglais « satisfy itself ») dans le Statut implique que la Cour doit, tout autant que dans une autre instance, acquérir la conviction que les conclusions de la partie comparante sont fondées en droit et, pour autant que la nature de l'affaire le permette, que les faits sur lesquels ces conclusions reposent sont étayés par des preuves convaincantes. Le principe *jura novit curia* signifie que, pour décider que les conclusions sont fondées en droit, la Cour ne doit pas s'appuyer uniquement sur les exposés des parties relativement au droit applicable (voir l'affaire du **Lotus**, **C.P.J.I. série A no 10**, p. 31), de sorte que l'absence de l'une d'elles n'a que des conséquences relativement limitées. Ainsi que la Cour l'a rappelé dans les affaires de la **Compétence en matière de pêcheries** :

« La Cour, en tant qu'organe judiciaire international, ... est ... censée constater le droit international et, dans une affaire relevant de l'article 53 du Statut comme dans toute autre, est donc tenue de prendre en considération de sa propre initiative toutes les règles de droit international qui seraient pertinentes pour le règlement du différend.

La Cour ayant pour fonction de déterminer et d'appliquer le droit dans les circonstances de chaque espèce, la charge d'établir ou de prouver les règles de droit international ne saurait être imposée à l'une ou l'autre Partie, car le droit ressortit au domaine de la connaissance judiciaire de la Cour. » (**C.I.J. Recueil** 1974, p. 9, par. 17 ; p. 18 1, par.18.)

Il n'en reste pas moins que les vues des parties à une affaire sur le droit qui s'applique à leur différend importent au plus haut point, surtout si ces vues concordent, comme on le verra ci-après (paragraphes 184 et 185). En la présente espèce, le fardeau imposé à la Cour se trouve en

51. Affaire du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, arrêt, CIJ. Rec. 1980, p. 10, paragraphe 13.

autre allégé par la circonstance que les Etats-Unis ont participé aux premières phases de l'instance, au cours desquelles ils ont avancé certains arguments juridiques qui concernent aussi le fond.

30. Quant aux faits de la cause, en principe la Cour n'est pas tenue de se limiter aux éléments que lui soumettent formellement les parties (voir **Emprunts brésiliens, C.P.J.I. série A nos 20 et 21**, p 124 ; **Essais nucléaires, C.I.J. Recueil 1974**, p 263 et 264, par. 31 et 32). Néanmoins la Cour ne saurait totalement pallier, par ses propres recherches, les conséquences de l'absence de l'une des parties qui limite nécessairement l'information de la Cour dans une affaire soulevant comme celle-ci de multiples questions de fait. De plus on simplifierait à l'excès en concluant que le seul inconvénient de l'absence d'une partie est que cette partie se prive ainsi de l'occasion d'apporter des preuves et des arguments à l'appui de sa propre cause. La procédure devant la Cour exige la vigilance de tous. L'absent perd aussi la possibilité de combattre les allégations de fait de son adversaire. Il appartient assurément à la partie qui comparait de prouver ce qu'elle avance ; néanmoins, pour reprendre les termes de la Cour:

«Tout en prescrivant ainsi à la Cour de procéder à un examen des conclusions de la Partie comparante, l'article 53 n'a pas pour effet de lui imposer la tâche d'en vérifier l'exactitude dans tous les détails -tâche qui, dans certains cas et en raison de l'absence de contradiction, pourrait s'avérer pratiquement impossible. » (**Detroit de Corfou, C. I.J. Recueil 1949**, p. 248.)⁵²

En cas de non-comparution, quelqu'en soit le motif, la procédure doit se poursuivre et le juge doit s'acquitter de sa fonction judiciaire.

Hambourg, le 11 avril 2014

52. Affaire des activités militaires et paramilitaires, op.cit., arrêt du 27 juin 1986, paragraphe 29 et 30, p. 24 et 25.

**LE JUGE, LA DÉLIMITATION MARITIME
ET LA ZONE GRISE**

Introduction

I - Les questions juridiques préliminaires

A - L'objet du différend

B - Saisine et compétence

C - Droit applicable

II - Les Principes de la délimitation

A - Les côtes pertinentes B - La zone maritime pertinente

III - La délimitation de la frontière maritime

A - La méthode de délimitation

B - La ligne d'équidistance provisoire

C - Les circonstances pertinentes

D - Vérification de l'absence de disproportion

IV - La zone grise

A - Titre et délimitation

B - La jurisprudence de la délimitation du plateau continental au-delà des 200 milles marins entre les parties : fallait-il créer un précédent ?

INTRODUCTION

1. Avec la délimitation maritime, le droit international s'est enrichi d'un chapitre nouveau qui a connu une fortune rapide à la mesure des enjeux et des espoirs en lui placés. C'est que la délimitation des espaces maritimes entre voisins est d'une importance capitale en ce qu'elle confère stabilité et permanence dans leurs relations. Il se trouve que nombre de frontières maritimes dans notre monde ne sont pas délimitées. Le nombre total de frontières maritimes potentielles est de 420¹, et il n'existe qu'environ 200 accords de délimitation à ce jour. C'est dire que les différends relatifs à la délimitation maritime ont de beaux jours devant eux. Et pour les régler, les Etats devront recourir à la négociation entre eux ou recourir aux mécanismes de règlement des différends disponibles.

3. Le droit conventionnel, qui s'est développé progressivement à travers les conférences de codification et les accords bilatéraux de délimitation, apparaît a priori comme une source importante du droit de la délimitation maritime.

4. Les travaux de la Commission du Droit international des Nations Unies ont donné naissance aux dispositions des Conventions de Genève de 1958 relatives à la délimitation de la mer territoriale et du plateau continental. La troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer a donné la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM) du 10 décembre 1982. Celle-ci contient des dispositions relatives à la délimitation de la mer territoriale, du plateau continental et de la zone économique exclusive. Toutefois², l'examen du contentieux des délimitations maritimes montre que ces dispositions n'occupent

1. US Dept. Of State, Bureau of Oceans and International Environment and Scientific Affairs, *Limits in the Seas*, N° 108 : 1st Revision, Maritime Boundaries of the World, 1990.

2. L'on se souvient que dans les Affaires du plateau continental de la mer du Nord, la Cour internationale de Justice s'était refusée à voir dans l'article 6 de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental une règle de caractère coutumier. Elle a dû s'employer alors à définir les principes juridiques devant régir la délimitation du plateau continental entre deux Etats. Elle aura d'ailleurs une attitude plus tranchée dans l'affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark. Norvège): « Ainsi pour la délimitation du plateau continental [...] même s'il convenait d'appliquer, non l'article 6 de la Convention de 1958, mais le droit coutumier du plateau continental tel qu'il s'est développé dans la jurisprudence [...] »; Arrêt du 14 juin 1993, CIJ, Recueil 1993, p. 61, paragraphe 51. On a l'impression que le droit conventionnel était ainsi mis à la porte du droit de la délimitation maritime.

guère la place centrale attendue d'elles. Qui plus est, les accords bilatéraux de délimitation ont généré une pratique assez indigente pour pouvoir s'imposer par la voie coutumière.

5. De fait, il apparaît que le rôle fondamental dans la formulation des règles et principes juridiques devant régir le droit de la délimitation maritime revient à la Cour internationale de Justice et aux Tribunaux arbitraux. Ces derniers appliquent les règles de délimitation telles que les a indiquées la Cour en y apportant parfois quelques innovations reprises ensuite par la CIJ dans un jeu d'enrichissement mutuel. Il faut ici noter que le Tribunal international du droit de la mer a été saisi de sa première affaire de délimitation maritime avec l'introduction de l'instance dans le différend concernant la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale le 14 décembre 2009³.

6. Les juridictions internationales ont permis de développer ce que l'on peut nommer maintenant le droit de la délimitation maritime, que nous allons nous employer à présenter sous la forme d'un mode d'emploi ou de notice de traitement d'une affaire de délimitation maritime. L'on examinera les questions juridiques préliminaires (I), les principes de la délimitation (II) avant d'en arriver à la délimitation de la frontière maritime (III). L'on examinera enfin les conséquences de la méthode de délimitation sur l'assise spatiale de la juridiction des Etats en ce qui concerne leurs droits et obligations et en particulier dans la zone grise (IV).

I - LES QUESTIONS JURIDIQUES PRELIMINAIRES

7. L'examen commence par la présentation du cadre géographique général c'est-à-dire de la zone maritime à l'intérieur de laquelle doit être effectuée la délimitation ; cette zone pouvant être figurée sur une carte⁴. Le juge peut alors rappeler les origines et l'évolution du différend, telles qu'elles ressortent des documents présentés par les parties⁵, avant d'en arriver aux questions juridiques préliminaires.

3. Voir, ITLOS/Press 140 du 16 décembre 2009.

4. Voir par exemple, Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine), arrêt, CIJ, Recueil 2009, p. 69.

5. Voir, Délimitation de la frontière maritime Guinée/Guinée-Bissau, Sentence du 14 février 1985, paragraphe 18 et 24.

Les questions juridiques préliminaires portent sur l'objet du différend (A), la compétence de la Cour ou du Tribunal et son étendue (B) ainsi que le droit applicable (C).

A - L'objet du différend

8. Le juge indique ce qui oppose les parties présentes devant lui. Le différend peut porter sur l'établissement d'une frontière maritime unique, délimitant le plateau continental et les zones économiques exclusives relevant de chacun des Etats⁶, l'interprétation d'un traité constitutif de titres pour les Etats ou avoir tout autre objet⁷.

B - Saisine et compétence

9. Les différends sont portés devant le juge, selon le cas, par notification d'un compromis ou par requête déposées au Greffe de la juridiction. Le choix du mode de saisine obéit au principe de liberté, à la possibilité d'une saisine plurielle et à leurs conséquences sur la compétence de la cour ou du Tribunal.

10. Les Parties peuvent librement choisir de saisir la juridiction par requête ou par compromis. C'est le principe posé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Détroit de Corfou⁸.

11. La possibilité d'une saisine plurielle est ensuite à envisager. Le juge doit alors rechercher quelle est la commune intention des parties, pour déterminer le fondement et l'étendue de sa compétence. L'on se souvient que dans l'affaire du Détroit de Corfou, l'Albanie et la Grande-Bretagne conclurent un compromis à la suite de l'arrêt du 25 mars 1948. Le texte précisait que :

« les Parties sont d'accord que le présent compromis sera soumis à la Cour internationale de Justice immédiatement après que la Cour rendra son arrêt, le 25 mars, relatif à l'exception préliminaire »⁹.

6. Voir, Délimitation... op. cit. (note 4), p. 70, §§ 17-19.

7. Voir Annexe I.

8. Affaire du Détroit de Corfou (exceptions préliminaires), CIJ, Recueil 1948, arrêt du 25 mars 1948, p. 15.

9. Compromis conclu le 25 mars 1948, voir Arrêt du 9 avril 1949 (fond), CIJ, Recueil 1949, p. 6.

12. La compétence de la Cour pour statuer sur le différend aurait pu reposer soit sur ce compromis, soit sur l'arrêt rendu le 25 mars. Le 26 mars 1948, elle a rendu une ordonnance ou, constatant que le compromis forme désormais la base sur laquelle elle devra connaître de l'affaire et énoncé les questions à elle soumises¹⁰, la Cour devait privilégier l'intention commune des parties. Selon elle, « le but principal des deux Parties, lors de la conclusion du compromis, était d'instituer entre elles une égalité complète, en remplaçant la procédure primitive, qui se fondait sur une requête unilatérale, par une procédure fondée sur un compromis »¹¹. Cette voie de saisine soustrait logiquement la procédure aux exceptions préliminaires. C'est également sur la base du compromis du 29 décembre 1950 que la CIJ s'est estimée saisie dans l'affaire des Minquiers et Ecrehous alors que la France et la Grande-Bretagne avaient chacune souscrit une clause facultative de juridiction obligatoire laquelle permettait de saisir la Cour.

13. Il faut relever l'existence d'un lien entre les notions de saisine et de compétence lesquelles sont toutefois très différentes. En effet, tandis que la compétence est la base sur laquelle le tribunal doit connaître de l'affaire et trancher le différend à lui soumis - elle est déterminée par le Tribunal lui-même¹² - la saisine est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci en portant l'affaire devant le Tribunal. Pour ce faire, il faut un titre de compétence.

14. Les notions de compétence et de saisine sont parfois confondues. Il en est ainsi lorsque le seul fait de saisir le Tribunal entraîne immédiatement la compétence de ce dernier. C'est le cas pour la saisine par voie de compromis lorsqu'il est notifié au Tribunal par les Parties qui l'ont signé. C'est le cas, également, quand le Tribunal est saisi simultanément par deux requêtes¹³. Il en est encore ainsi lorsqu'étant saisi par voie de requête, la déclaration de juridiction obligatoire souscrite par l'Etat défendeur ne fait pas obstacle à sa compétence. En revanche, dans tous les

10. CIJ, Recueil 1947-4949, p. 53.

11. CIJ, Recueil 1949 (fond), p. 25.

12. En vertu de l'article 288 paragraphe 4 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, pour ce qui est du Tribunal international du droit de la mer.

13. Dans l'affaire de la Sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906, (Arrêt de la CIJ du 18 novembre 1960), le Nicaragua et le Honduras ont saisi la Cour simultanément.

autres cas, la compétence et la saisine demeurent distinctes. Dans le cas d'une saisine par voie de requête, le défendeur peut toujours contester la compétence du Tribunal dans un système de juridiction obligatoire. D'ailleurs l'exception est presque toujours assortie d'une mise en cause de la recevabilité de la requête.

La saisine par voie de requête peut être faite lorsqu'un accord entre les parties le prévoit. Elle l'est aussi lorsque les parties au différend ont accepté la compétence du Tribunal comme l'un des moyens de règlement des différends relatifs à l'interprétation et à l'application de la Convention, par voie de déclaration écrite faite conformément à l'article 287 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Il en est ainsi également lorsque les Parties ont souscrit à la clause facultative de juridiction obligatoire du Statut de la CIJ¹⁴. Il faut rappeler que nombre d'affaires de délimitation maritime ont été introduites par voie de requête¹⁵ laquelle indique- en même temps que les conclusions des parties - ce qui est attendu du juge ; ce sur quoi il doit statuer.

15. Les autres affaires sont, pour l'essentiel, introduites par voie de compromis, lequel dans le cadre contentieux, est un accord international par lequel des Etats-Parties s'accordent pour soumettre un différend d'ordre juridique au Tribunal ou à la Cour. Le compromis fixe l'étendue des pouvoirs qui seront reconnus au juge.

16. Il faut ici rappeler l'affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn¹⁶. Le Roi d'Arabie Saoudite formula des propositions, qui ont eu la faveur des Parties, constituant l'Accord de 1987. Cet accord sera suivi de négociations qui devaient donner un procès-verbal (1990) par lequel les Parties s'engageaient à soumettre leur différend à la Cour internationale de Justice, laquelle ju-

14. Article 36 paragraphe 2 du Statut de la Cour.

15. Aff. Groenland et Jan Mayen, op. cit. (note 4); Aff. Guyana /Suriname, op. cit. (note 7) ; Aff. Barbade / Trinite-et-Tobago, op. cit. (note 7) ; Aff. Bangladesh /Myanmar devant le Tribunal international du droit de la mer, affaire pendante ; voir ITLOS/Press 140, Introduction d'une instance dans le différend concernant la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale ; Affaire de la délimitation en mer noire, op. cit. (note 4).

16. Op. cit. (note 7) arrêt du 16 mars 2001.

geait¹⁷ que le procès-verbal signé et les autres textes constituaient des accords attributifs de compétence en bonne et due forme. Le procès-verbal précisait qu'à l'expiration d'un délai, les parties pourront soumettre leur différend à la Cour. Celle-ci ne fut pas saisie par Compromis, ni par requête au sens de l'article 36 paragraphe 2 de son Statut. La base de la compétence de la Cour est un accord attributif de compétence qu'elle considère comme un instrument conventionnel¹⁸.

17. En général, le juge s'emploie à vérifier que les Parties conviennent que toutes les conditions pour que la juridiction ait compétence étaient réunies au moment du dépôt de l'acte introductif d'instance et que la juridiction est donc habilitée à connaître de l'affaire. La tâche restante est d'établir l'étendue exacte de la compétence ainsi conférée à la juridiction. Pour ce faire, le juge tiendra compte, s'il y a lieu, de tout accord en vigueur entre les Parties relatifs à la délimitation des différents espaces relevant de chacune d'elles.

C - Droit applicable

18. Il découle de la coutume internationale, des Conventions sur le droit de la mer conclues à Genève le 29 avril 1958 et de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 (CNUDM). Le juge vérifie d'abord si les parties litigantes devant lui sont parties à la Convention (CNUDM). Il indique la date du dépôt de leurs instruments de ratification.

19. Les articles 15, 74 et 83 de la CNUDM ont respectivement trait à la délimitation de la mer territoriale, de la zone économique exclusive et à celle du plateau continental.

L'article 15 de la Convention dispose :

« Lorsque les côtes de deux Etats sont adjacentes ou se font face, ni l'un ni l'autre de ces Etats n'est en droit, sauf accord contraire entre eux, d'étendre sa mer territoriale au-delà de la ligne médiane dont tous

17. CIJ, Recueil 1995, p. 6 et suivantes.

18. Voir, CIJ, Recueil 1994, p. 112 et suivantes et CIJ, Recueil 1995, p. 6 et ss.

les points sont équidistants des points les plus proches des lignes de base a partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale de chacun des deux Etats. Cette disposition ne s'applique cependant pas dans le cas où, en raison de l'existence de titres historiques ou d'autres circonstances spéciales, il est nécessaire de délimiter autrement la mer territoriale des deux Etats ».

20. Les articles 74 et 83 de la Convention ont un libellé identique et disposent:

« 1. La délimitation de la zone économique exclusive [du plateau continental] entre Etats dont les cotes sont adjacentes ou se font face est effectuée par voie d'accord conformément au droit international tel qu'il est visé à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, afin d'aboutir à une solution équitable.

2. S'ils ne parviennent pas à un accord dans un délai raisonnable, les Etats concernés ont recours aux procédures prévues à la partie XV.

3. En attendant la conclusion de l'accord visé au paragraphe 1, les Etats concernés, dans un esprit de compréhension et de coopération, font leur possible pour conclure des arrangements provisoires de caractère pratique et pour ne pas compromettre ou entraver pendant cette période de transition la conclusion de l'accord définitif. Les arrangements provisoires sont sans préjudice de la délimitation finale ».

4. Lorsqu'un accord est en vigueur entre les Etats concernés, les questions relatives à la délimitation de la zone économique exclusive [du plateau continental] sont réglées conformément à cet accord ».

21. L'examen de la clause de juridiction, qu'elle soit une clause compromissoire ou la requête elle-même, permet au juge de déterminer les conditions de saisine de la juridiction et de vérifier si elles sont remplies au moment du dépôt de l'acte introductif d'instance, habilitant ainsi le juge à connaître de l'affaire.

22. Pour déterminer la ligne de délimitation maritime, le juge tient compte des accords en vigueur entre les Parties- s'il y a lieu - et la Convention (CNUDM) si elle est entrée en vigueur entre les Parties. Celle-ci dicte les principes de délimitation maritime devant être appliqués par le juge lequel applique en outre les dispositions pertinentes de la Convention telles qu'interprétées dans la jurisprudence internationale.

23. Pour ce faire, le juge commence par définir le point de départ de la délimitation en fonction de la frontière terrestre et de la frontière de la mer territoriale si elle est établie par les Parties, avant de déterminer la nature de celle-ci.

II - LES PRINCIPES DE LA DELIMITATION

24. La délimitation maritime que le juge va effectuer s'appuiera sur la détermination des côtes pertinentes (A) et des zones maritimes pertinentes de chaque partie (B).

A - Les Côtes pertinentes

25. Les côtes pertinentes revêtent une grande importance dans l'opération de délimitation. Elles fondent le titre d'un Etat sur les espaces à délimiter. Comme l'indique la Cour internationale de Justice, le titre d'un Etat sur le plateau continental et la zone économique exclusive est fondé sur le principe selon lequel la terre domine la mer du fait de la projection des côtes ou des façades côtières¹⁹. La terre est la source juridique du pouvoir qu'un Etat peut exercer dans les prolongements maritimes²⁰. Qui plus est, c'est la côte du territoire de l'Etat qui est déterminante pour créer le titre sur les étendues sous-marines bordant cette côte²¹. Il apparaît ainsi important de déterminer les côtes pertinentes de chaque partie à l'affaire, lesquels génèrent le titre juridique des pays à un plateau continental et à une zone économique exclusive, c'est-à-dire celles dont les projections se chevauchent parce que l'objet de la délimitation est de résoudre le problème du chevauchement des prétentions en traçant une ligne de séparation entre les espaces maritimes concernés.

26. Comme l'explique la Cour internationale de Justice²², le rôle des côtes pertinentes peut revêtir deux aspects juridiques distincts, quoique étroitement liés, dans le cadre de la délimitation du plateau continental et de la zone économique exclusive. En premier lieu, il est nécessaire d'identifier les côtes pertinentes aux fins de déterminer quelles sont, dans le contexte spécifique de l'affaire, les revendications qui se chevauchent dans ces zones. En second lieu, il convient d'identifier les côtes pertinentes aux fins de vérifier, dans le cadre de la troisième et dernière étape

19. Affaire de la délimitation en Mer Noire, op. cit. (note 4 supra), p. 89, paragraphe 77.

20. Affaire du Plateau continental en Mer du Nord, op. cit. note 7 supra, CIJ, Recueil 1969, p. 51, paragraphe 96.

21. Affaire Libye / Tunisie, op. cit., note 7, supra, CIJ, Recueil 1982, p. 61, paragraphe 73.

22. Affaire de la délimitation en Mer Noire, op. cit. note 4 supra, p. 89, paragraphe 78.

du processus de délimitation, s'il existe une quelconque disproportion entre le rapport des longueurs des côtes de chaque Etat et celui des espaces maritimes situés de part et d'autre de la ligne de délimitation.

27. Sur cette base, le juge expose la position des parties concernant leurs côtes pertinentes respectives avant de statuer sur celles-ci. Les principes qui sous-tendent sa jurisprudence en la matière sont d'une part, que la terre domine la mer de telle sorte que les projections vers le large sont sources de prétentions maritimes²³. D'autre part, la côte doit, pour être considérée comme pertinente aux fins de la délimitation, générer des projections qui chevauchent celles de la côte de la partie adverse. Dès lors, tout segment du littoral d'une Partie dont, en raison de sa situation géographique, le prolongement ne pourrait rencontrer celui du littoral de l'autre Partie est à écarter de la suite du présent examen²⁴. Après avoir identifié les côtes pertinentes de chaque partie, le juge établit le rapport entre les longueurs des côtes respectives de chaque Etat, avant de vérifier s'il existe une quelconque disproportion entre le rapport des longueurs des côtes de chaque partie et celui des espaces maritimes situés de part et d'autre de la ligne de délimitation²⁵.

23. Affaire du Plateau continental en Mer du Nord, op. cit. note 7, supra, Recueil 1969, p. 51, paragraphe 96.

24. Affaire Tunisie / Libye, op. cit. note 7 supra, CIJ, Recueil 1982, p. 61, paragraphe 75.

25. La CIJ a parfois eu de la difficulté à déterminer les côtes pertinentes. Dans l'affaire Libye c/ Malte, op. cit., note 7 supra, Recueil 1985, p. 53, paragraphe 74 elle dit : « [...] De l'avis de la Cour, aucune raison de principe n'empêche d'employer le test de proportionnalité, à peu près de la même manière dont on l'a fait en l'affaire Tunisie / Libye, et qui consiste à déterminer les « cotes pertinentes », à calculer les rapports arithmétiques entre les longueurs de côtes et les surfaces attribuées, et finalement à comparer ces rapports, afin de s'assurer de l'équité d'une délimitation entre côtes se faisant face tout autant qu'entre côtes adjacentes. Mais, dans ce cas, certaines difficultés pratiques peuvent fort bien rendre le test inapproprié sous cette forme. Ces difficultés sont particulièrement manifestes en la présente espèce ou, pour commencer, le contexte géographique rend la marge de détermination des cotes pertinentes et des zones pertinentes si large que pratiquement n'importe quelle variante pourrait être retenue, ce qui donnerait des résultats extrêmement divers; ensuite la zone à laquelle l'arrêt s'appliquera en fait est limitée par l'existence des revendications d'Etats tiers. Il serait illusoire de n'appliquer la proportionnalité qu'aux surfaces comprises dans ces limites; [...] ». En revanche, la primauté de la géographie côtière en matière de délimitation est de jurisprudence constante :

« Il est... nécessaire de regarder de près la configuration géographique des côtes des pays dont on doit délimiter le plateau continental », Aff. De la Mer du Nord, op. cit., note 7 supra, CIJ, Recueil 1969, paragraphe 96 ; « La méthode de délimitation à adopter doit être en rapport avec les cotes des parties qui bordent effectivement le plateau continental », Aff. Franco-britannique, op. cit. note 7 supra, Sentence 1977, paragraphe 240 ; « C'est... en partant de la coôte des parties qu'il faut rechercher jusqu'ou les espaces sous-marins relevant de chacune d'elles s'étendent vers le large, ainsi que par rapport aux Etats qui leur sont limitrophes ou leur font face », Aff. Tunisie / Libye, op. cit. note 7 supra, CIJ, Recueil 1982, paragraphe 73 ; « Une ligne de délimitation à tracer dans une aître déterminée est fonction de la configuration des cotes ». Aff. Golfe du Maine, op. cit. note 7 supra, CIJ, Recueil 1984, paragraphe 205.

B - La zone maritime pertinente

28. Les projections vers le large des côtes pertinentes de l'Etat côtier et l'effet d'empiétement que ces projections ont sur celles en mer de l'autre Etat côtier déterminent la délimitation maritime. C'est dire donc que l'opération de délimitation ne tient compte que des côtes qui génèrent des chevauchements de titres. C'est pourquoi l'on s'est interrogé parfois sur l'utilité même de la notion de zone maritime pertinente.

29. La Cour internationale de Justice²⁶s'est employée à justifier le recours à la notion. Elle relève que le concept juridique de « zone pertinente » doit être pris en considération dans la méthodologie de la délimitation maritime.

30. En premier lieu, selon la configuration des côtes pertinentes dans le contexte géographique général et selon les méthodes utilisées pour construire les projections vers le large de ces côtes, la zone pertinente peut ainsi inclure certains espaces maritimes et en exclure d'autres qui sont dépourvus de pertinence dans l'affaire considérée.

31. En second lieu, cette zone est pertinente pour vérifier l'absence de disproportion. Cette opération constitue la dernière étape du processus. La délimitation ne vise pas à découper un secteur en parts égales, ni même en parts proportionnelles, et cette vérification de l'absence de disproportion n'est pas une méthode de délimitation en elle-même. Il s'agit plutôt d'un moyen de déterminer si la ligne de délimitation obtenue par d'autres moyens doit être ajustée afin d'éviter qu'elle ne donne lieu à une disproportion significative entre les espaces maritimes attribués à chacune des parties et la longueur de leurs côtes respectives.

32. La Cour observera en outre²⁷ aux fins de cette dernière étape du processus de délimitation, que la détermination de la zone pertinente ne vise pas à la précision et qu'elle est approximative. L'objet de la déli-

26. Affaire de la délimitation en Mer Noire, op. cit. note 4 supra, CIJ, Recueil 2009, p. 99, paragraphe 100.

27. Ibid. paragraphe 111

mitation est en effet de parvenir à un résultat équitable et non à une répartition égale des espaces maritimes²⁸.

33. La zone maritime pertinente couvre toute l'étendue des projections côtières des Etats en litige. Lesdites projections peuvent chevaucher celles des Etats tiers²⁹.

34. Après avoir établi le champ de la zone maritime pertinente, la juge peut procéder à la délimitation maritime demandée par les parties en litige. Pour ce faire, il recourt aux règles applicables à la délimitation telles qu'elles se dégagent de la jurisprudence en l'absence de règles dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

28. Dans l'affaire du Plateau continental de la Mer du Nord, op. cit. note 7 supra, CIJ, Recueil 1969, pp. 21-22, paragraphe 18, la Cour dit: [...] « Compte tenu du texte des compromis et de considérations plus générales touchant le régime du plateau continental, elle est d'avis que sa tâche en l'espèce concerne essentiellement la délimitation et non point la répartition des espaces visés ou leur division en secteurs convergents. La délimitation est une opération qui consiste à déterminer les limites d'une zone relevant déjà en principe de l'Etat riverain et non à définir cette zone de novo. Délimiter d'une manière équitable est une chose, mais c'en est une autre que d'attribuer une part juste et équitable d'une zone non encore délimitée, quand bien même le résultat des deux opérations serait dans certains cas comparable, voire identique ». Dans l'affaire de la délimitation entre le Greenland et Jan Mayen, op. cit. note 7 supra, CIJ, Recueil 1993, pp. 65-67, paragraphe 64, la Cour dit: « [...] Ainsi, le droit ne prescrit pas une délimitation fondée sur la recherche d'un partage d'une zone de chevauchement selon une comparaison des longueurs des façades côtières et des étendues que celle-ci génèrent. Une Cour a pour tâche de définir la ligne de délimitation entre les zones qui relèvent de la juridiction maritime des deux Etats ; c'est donc le partage de la région qui résulte de la délimitation et non l'inverse ».

29. Dans l'affaire de la Mer Noire, op. cit. supra, CIJ, Recueil 2009, p. 100, paragraphe 112, la Cour relève que la délimitation sera effectuée en Mer Noire, mer fermée, dans une zone où le littoral roumain se trouve à la fois dans une relation d'adjacence et dans une relation d'opposition avec les côtes ukrainiennes, et avec celles de la Bulgarie et de la Turquie situées au Sud. Elle sera effectuée au nord de toute zone qui pourrait impliquer des intérêts de tiers.

III - LA DELIMITATION DE LA FRONTIERE MARITIME

35. Lorsqu'il est appelé à délimiter le plateau continental ou les zones économiques exclusives, ou de tracer une ligne de délimitation unique, le juge procède par étapes bien déterminées. Il détermine la méthode de délimitation (A), construit la ligne d'équidistance provisoire (B), examine - s'il y a lieu - les circonstances pertinentes (C) avant de vérifier l'absence de disproportion (D).

A- La méthode de délimitation

36. Elle est exposée par la Cour internationale de Justice³⁰ dans l'affaire du Plateau continental Libye / Malte où il est dit: « Pour appliquer dans les limites précédemment définies les principes équitables ainsi dégagés, en tenant compte des circonstances pertinentes, la Cour va procéder par étapes, et donc effectuer d'abord une délimitation provisoire selon un critère et une méthode visiblement appelés à jouer dans la production du résultat final un rôle important, puis confronter cette solution provisoire avec les exigences découlant d'autres critères pouvant imposer la correction de ce premier résultat ».

37. La ligne de délimitation provisoire est établie en utilisant des méthodes objectives d'un point de vue géométrique et adaptées à la géographie de la zone dans laquelle la délimitation doit être effectuée

Lorsqu'il s'agit de procéder à une délimitation entre côtes adjacentes, une ligne d'équidistance est tracée, à moins que des raisons impérieuses propres au cas d'espèce ne le permettent pas³¹. Dans l'hypothèse de côtes se faisant face, la ligne provisoire de délimitation est une ligne médiane. L'emploi des termes « ligne médiane » et « ligne d'équidistance » est sans incidence juridique puisque la méthode de délimitation utilisée est la même dans les deux cas³².

30. Affaire du Plateau continental Libye / Malte, op. cit., note 7 supra, CIJ, Recueil 1985, arrêt du 3 juin 1985, p. 46, paragraphe 60.

31. Dans l'affaire du différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes, arrêt du 8 octobre 2007, CIJ, Recueil 2007, p. 745, paragraphe 281, il est dit: « La Cour se trouve dans le cas de l'exception prévue à l'article 15 de la CNUDM, c'est-à-dire face à des circonstances spéciales qui ne lui permettent pas d'appliquer le principe de l'équidistance. Ce dernier n'en demeure pas moins la règle générale ».

32. C'est ce que précise la CIJ dans l'affaire de la Mer Noire précitée, p. 101, paragraphe 16.

38. La ligne d'équidistance et la ligne médiane sont tracées à partir des points les plus pertinents des côtes des deux Etats concernés, en prêtant une attention particulière aux points saillants les plus proches de la zone à délimiter.

39. Le juge se demande alors dans quelle mesure il peut, en traçant une ligne de délimitation unique, s'éloigner des points de base retenus par les parties aux fins de la délimitation de leurs mers territoriales. Lorsqu'il doit construire une ligne d'équidistance provisoire entre des Etats dont les côtes sont dans un lien d'adjacence, il tient compte, dans le choix de ses propres points de base, de considérations relatives aux façades maritimes de l'une et l'autre partie. Le tracé ainsi adopté est largement fonction de la géographie physique et des points où les deux côtes s'avancent le plus vers le large. Et conformément à la jurisprudence constante, le juge établit la ligne d'équidistance provisoire ; ce qui constitue la première étape de l'opération de délimitation. A ce stade, le juge ne s'intéresse pas encore aux éventuelles circonstances pertinentes, et la ligne est tracée selon des critères strictement géométriques, sur la base de données objectives³³.

40. En fonction de la configuration des côtes des Etats en litige, la ligne provisoire peut varier : une ligne d'équidistance entre des côtes adjacentes et une ligne médiane entre des côtes se faisant face par exemple. Etant donné que le tracé de la ligne finale doit aboutir à une solution équitable³⁴ le juge examinera, lors de la deuxième phase, s'il existe des facteurs justifiant un ajustement ou un déplacement de la ligne d'équidistance provisoire de façon à parvenir à un résultat équitable³⁵. Il s'agit

33. Ibid. p. 101, paragraphe 118.

34. Conformément aux articles 74 et 83, paragraphes premiers de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

35. Dans l'affaire Cameroun / Nigeria précitée, la CIJ dit, paragraphe 288 : « La Cour a eu l'occasion de préciser à diverses reprises quels sont les critères, principes et règles de délimitation applicables à la détermination d'une ligne unique couvrant plusieurs zones de juridiction qui coïncident. Ils trouvent leur expression dans la méthode dite des principes équitables / circonstances pertinentes. Cette méthode, très proche de celle de l'équidistance / circonstances spéciales applicable en matière de délimitation de la mer territoriale, consiste à tracer d'abord une ligne d'équidistance puis à examiner s'il existe des facteurs appelant un ajustement, un déplacement de cette ligne afin de parvenir à un « résultat équitable » ». Voir en outre l'affaire entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes précitée, CIJ, Recueil 2007 (II), p. 741, paragraphe 271.

là de la deuxième étape de la délimitation, à laquelle le juge s'intéressera après avoir tracé la ligne d'équidistance provisoire.

41. La troisième étape consistera pour le juge à s'assurer que la ligne ne donne pas lieu, en l'état, à un résultat inéquitable du fait d'une disproportion marquée entre le rapport des longueurs respectives des côtes et le rapport des zones maritimes pertinentes attribuées à chaque Etat par ladite ligne. La vérification finale du caractère équitable du résultat obtenu doit permettre de s'assurer qu'aucune disproportion marquée entre les zones maritimes ne ressort de la comparaison avec le rapport des longueurs des côtes³⁶.

B - La ligne d'équidistance provisoire

42. Elle comporte deux éléments essentiels, le choix des points de base et la construction de la ligne elle-même qui résulte du premier élément.

La géographie de la zone à délimiter joue un rôle important dans le choix des points de base. C'est pourquoi, le juge s'emploie toujours à décrire le contexte géographique général lorsqu'il est appelé à effectuer une opération de délimitation maritime.

43. Dans l'affaire de la délimitation en Mer Noire, la Cour devait indiquer les conséquences qui s'attachaient au fait que le différend portait à la fois sur des côtes adjacentes et sur des côtes se faisant face. Elle identifiera le long de la côte ou des côtes pertinentes des Parties les points appropriés qui marquent une modification significative de la direction de la côte de sorte que la figure géométrique formée par la ligne qui relie l'ensemble de ces points reflète la direction générale de la ligne des côtes. Les points ainsi retenus sur chaque côte auront, sur la ligne d'équidistance provisoire, un effet tenant dûment compte de la géographie³⁷.

36. Affaire de la Mer Noire précitée, p. 103, paragraphe 192. Cela ne signifie toutefois pas que les zones ainsi attribuées à chaque Etat doivent être proportionnelles aux longueurs des côtes : ainsi que la Cour l'a indiqué, « c'est... le partage de la région qui résulte de la délimitation et non l'inverse », Affaire Greenland / Jan Mayen précitée, p. 67, paragraphe 64.

37. Affaire de la délimitation en Mer Noire précitée, p. 105, paragraphe 127.

44. Selon la Cour³⁸, il résulte de la géographie que l'aptitude des côtes à générer des titres qui se chevauchent révèle l'existence de deux zones : dans un cas, les côtes sont adjacentes, dans l'autre, elles se font face. En pratique, la première conséquence que la Cour en déduit est que, sur la côte roumaine, les points de base significatifs à partir desquels la ligne d'équidistance et la ligne médiane doivent être établies sont les mêmes car cette côte se trouve à la fois en relation d'adjacence et en relation d'opposition avec la côte ukrainienne. La deuxième conséquence est que, la côte ukrainienne comprenant deux segments - l'un adjacent à la côte romaine, l'autre lui faisant face -, les points de base à prendre en considération doivent être identifiés séparément selon qu'il s'agit du segment de côte adjacent ou du segment de côte opposé. La troisième conséquence est l'identification sur le cours de la ligne d'équidistance d'un point de rupture où les effets de l'adjacence cédant à ceux de l'opposition entraînent son changement de direction. Enfin, la Cour aura à analyser le caractère pertinent ou non de l'île des Serpents du point de vue du choix des points de base.

45. Après avoir exposé les vues des Parties relativement aux points de base à prendre en considération pour le tracé de la ligne d'équidistance provisoire entre les côtes adjacentes des deux parties, la Cour devait examiner la question de savoir si les points de base à retenir pouvaient être les mêmes que ceux choisis par chaque Etat pour définir la limite extérieure de sa mer territoriale. Elle observera³⁹ à cet égard que le caractère géométrique de la première phase de l'opération de délimitation l'amène à retenir comme points de base ceux que la géographie de la côte identifie en tant que réalité physique au moment où elle procède à cette délimitation. Cette réalité géographique recouvre non seulement les facteurs physiques produits par la géodynamique et les mouvements de la mer, mais tout autre facteur matériel existant.

46. La Cour consacre la double fonction des lignes et points de base. Il apparaît que les points et lignes de base de la délimitation sont auto-

38. Ibid, paragraphe 128.

39. Ibid, paragraphe 131.

nomes par rapport à ceux qui servent à mesurer la largeur de la mer territoriale et des autres juridictions maritimes. La Cour⁴⁰ relève, en effet, que la question de la détermination de la ligne de base servant à mesurer la largeur du plateau continental et de la zone économique exclusive et celle de la définition des points de base servant à tracer une ligne d'équidistance / médiane aux fins de délimiter le plateau continental et la zone économique exclusive entre deux Etats adjacents ou se faisant face sont deux questions distinctes.

47. Dans le premier cas, l'Etat côtier peut déterminer les points de base pertinents conformément aux dispositions de la CNUDM⁴¹. Il s'agit cependant d'un exercice qui comporte toujours un aspect international⁴². Dans le second cas, celui de la délimitation des zones maritimes concernant deux Etats ou plus, la Cour ne saurait se fonder sur le choix par l'une des parties de ces points de base. La Cour doit, lorsqu'elle délimite le plateau continental et les zones économiques exclusives, retenir des points de base par référence à la géographie physique des côtes pertinentes.

48. Après avoir identifié les points de base sur les côtes des deux parties, la Cour allait tracer la ligne d'équidistance provisoire s'appuyant sur ces points, laquelle apparaît identique à la ligne médiane provisoire.

Cette ligne sera confrontée aux circonstances pertinentes de façon à parvenir à un résultat équitable.

40. Ibid, paragraphe 137.

41. Il s'agit des articles 7, 9, 10, 12 et 15 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

42. La Cour renvoie à l'affaire des Pêcheries (Royaume Uni c. Norvège), arrêt, CIJ, Recueil 1951, p 132.

C - Les circonstances pertinentes

49. Une fois la ligne d'équidistance provisoire tracée, le juge doit «examiner s'il existe des facteurs appelant un ajustement ou un déplacement de cette ligne afin de parvenir à un résultat équitable»⁴³. Ces facteurs qualifiés de circonstances pertinentes⁴⁴ ont pour fonction de permettre au juge de s'assurer que la ligne d'équidistance provisoire, tracée, selon la méthode géométrique, à partir de points de base déterminés sur les côtes des parties, n'est pas, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, perçue comme inéquitable. Si tel était le cas, le juge devrait ajuster la ligne afin de parvenir à la solution équitable⁴⁵.

50. En ce qui concerne les règles applicables, la Cour fait observer que les longueurs respectives des côtes ne peuvent jouer aucun rôle dans l'établissement de la ligne d'équidistance provisoire. La délimitation est une opération qui diffère de l'attribution de ressources ou de zones⁴⁶. Aucun principe de proportionnalité n'intervient en tant que tel dans la détermination initiale de la ligne d'équidistance.

51. En cas de disparités particulièrement marquées entre les longueurs des côtes, la Cour peut choisir de traiter cette réalité géographique comme une circonstance pertinente qui exigerait de procéder à quelques ajustements de la ligne d'équivalence provisoire.

43. Cette consécration procède d'une longue construction qui remonte à 1969 : Affaires du Plateau continental de la mer du Nord ; la délimitation du plateau continental entre la France et le Royaume-Uni (1977); Tunisie / Libye (1982); l'affaire du Golfe du Maine (1984); Libye / Malte (1985) avec la fameuse déclaration de principe de la Cour : « En tout état de cause les lignes de base arrêtées par un Etat côtier ne sont pas en soi identiques aux points choisis sur une côte pour permettre de calculer l'étendue de plateau continental relevant dudit Etat. Dans ce cas, l'effet équitable d'une ligne d'équidistance dépend de la précaution que l'on aura prise d'éliminer l'effet exagéré de certains îlots, rochers ou légers saillants de la côte ». Op. cit., note 7 supra, p. 48, paragraphe 64.

44. Affaire Cameroun / Nigeria, op. cit. note 7 supra, CIJ, Recueil 2002, p. 441, paragraphe 288.

45. Affaires de la Mer du Nord, op. cit., note 7 supra, CIJ, Recueil 1969, p. 53, paragraphe 53.

46. Telle que prévue au paragraphe 1 des articles 74 et 83 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

52. La Cour a reconnu qu' « une différence importante de longueurs des côtes respectives des parties [pouvait] être un élément à prendre en considération pour ajuster ou déplacer la ligne provisoire de délimitation⁴⁷ ». Elle a jugé que la disparité entre les longueurs des côtes de Jan Mayen et du Groenland (approximativement 1 pour 9) constituait une « circonstance spéciale » nécessitant que la ligne médiane provisoire soit modifiée - en étant rapprochée de la côte de Jan Mayen - afin d'éviter des résultats inéquitables à l'égard tant du plateau continental que de la zone de pêche⁴⁸.

53. Dans l'affaire de la Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine (Canada / Etats-Unis d'Amérique), la chambre en examinant « les critères équitables susceptibles d'être pris en considération aux fins d'une délimitation maritime internationale », explique :

« [...] du fait que la prise en considération de l'extension des côtes respectives des Parties intéressées ne constitue en soi ni un critère dont on puisse directement s'inspirer aux fins d'une délimitation, ni une méthode utilisable pour effectuer en pratique cette délimitation. La Chambre reconnaît que, en avançant cette idée, on énonce surtout un moyen de vérifier si une délimitation provisoirement établie en faisant d'abord appel à d'autres critères et par / utilisation d'une méthode n'ayant rien à faire avec ladite idée apparaît ou non comme satisfaisante par rapport à certaines caractéristiques géographiques du cas concret et s'il est ou non raisonnable d'apporter des corrections en conséquence. La pensée de la chambre à ce sujet peut se résumer par la remarque qu'une délimitation maritime ne saurait certainement pas être établie en procédant directement à une division de la zone en contestation, proportionnellement à l'extension respective des côtes des parties de l'aire concernée, mais qu'une disproportion substantielle par rapport à cette extension, qui résulterait d'une délimitation établie sur une base différente, repré-

47. Affaire du Plateau continental de la mer du Nord précitée, CIJ, Recueil 1969, p. 22, paragraphe 18.

48. Affaire Cameroun / Nigeria précitée, CIJ, Recueil 2002, p. 446, paragraphe 301.

senter ait non moins certainement une circonstance appelant une correction adéquate »⁴⁹

54. La question des circonstances particulières à prendre en compte sera tranchée plus tard par la Cour. Selon elle⁵⁰, bien qu'il n'y ait peut-être pas de limite juridique aux considérations dont les Etats sont en droit de tenir compte, il ne peut difficilement en être de même lorsqu'une juridiction applique des procédures équitables. En effet, bien qu'il n'y ait certes pas de liste limitative des considérations auxquelles le juge peut faire appel, de toute évidence, seules pourront intervenir celles qui se rapportent à l'institution du plateau continental telle qu'elle est constituée en droit et à l'application des principes équitables à sa délimitation. S'il en allait autrement, la notion juridique de plateau continental elle-même pourrait être bouleversée par l'introduction de considérations étrangères à sa nature.

55. A dire vrai, le juge ne s'intéresse qu'aux seules circonstances se rapportant au titre juridique de l'Etat sur les espaces maritimes en litige devant lui et qui lui permettent de construire une ligne de délimitation acceptable pour les parties mais surtout équitable.

56. Après avoir retenu ou non une ou des circonstances pertinentes de nature à entraîner un ajustement ou un déplacement de la ligne de dé-

49. Affaire de la délimitation maritime entre le Groenland et Jan Mayen, op. cit., note 7 supra ; la Cour a indiqué que « il convenait toutefois d'indiquer clairement que la prise en compte de la disparité des longueurs des côtes ne signifie pas une application directe et mathématique du rapport entre les longueurs des façades côtières du Groenland oriental et de Jan Mayen ». CIJ, Recueil 1993, p. 69. ; Dans l'affaire Libye / Malte, la Cour observe que « Si la proportionnalité pouvait être appliquée ainsi, on voit mal quel rôle toute autre considération pourrait encore jouer ; en effet, la proportionnalité serait alors à la fois le principe du titre sur le plateau continental et la méthode permettant de mettre ce principe en œuvre. En tout état de cause, la faiblesse de l'argument est que l'utilisation de la proportionnalité comme véritable méthode ne trouve aucun appui dans la pratique des Etats ou leurs prises de position publiques, en particulier à la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, non plus que dans la jurisprudence », arrêt, CIJ, Recueil 1985, p. 45, paragraphe 58. ; dans la même affaire, la Cour a estimé que la différence entre les longueurs des côtes pertinentes de Malte et de la Libye (d'un rapport de 1 à 8) était « si grande qu'elle appelait un ajustement de la ligne médiane » et que « l'ampleur de cet ajustement ne résulte pas d'une opération mathématique ; elle reste à déterminer » ; ibid., p. 50, paragraphe 68.

50. Affaire du Golfe du Maine, op. cit. note 7 supra, p. 323, paragraphe 185.

limitation provisoire, le juge détermine et trace la ligne qui deviendra la ligne finale de délimitation. Il ne lui reste alors qu'à vérifier l'absence de disproportion pour s'acquitter de sa tâche.

D - Vérification de l'absence de disproportion

57. Il s'agit, pour le juge, de s'assurer que le résultat auquel il est parvenu concernant la ligne de délimitation retenue n'entraîne pas de disproportion marquée entre les longueurs respectives des côtes et les espaces répartis par ladite ligne. La Cour internationale de Justice⁵¹ recommandait déjà l'attitude à adopter.

58. Les vues énoncées par la sentence franco-britannique apparaissent décisives⁵². En examinant les concepts de « proportionnalité » et d'« évaluation raisonnable des accidents naturels », le Tribunal déclarait :

« [...] Des configurations particulières peuvent, dans certaines conditions, créer une distorsion dans le tracé de la limite et, par la, modifier l'attribution du plateau continental à chaque Etat, telle qu'elle résulterait sans cela de la configuration générale des côtes. Le concept de proportionnalité n'est que l'expression du critère ou du facteur qui permet de déterminer si cette distorsion aboutit à une délimitation inéquitable du plateau continental entre les Etats intéressés [...].

« C'est la disproportion plutôt qu'un principe général de proportionnalité qui constitue le critère ou facteur pertinent ... il ne peut jamais être question de refaire entièrement la nature... il s'agit plutôt de remédier à la disproportion et aux effets inéquitables dus à des configurations ou caractéristiques géographiques particulières.

«La proportionnalité doit [...] être utilisée comme un critère ou facteur permettant d'établir si certaines situations géographiques produisent

51. Affaire Libye / Malte précitée, paragraphe 48.

52. Affaires du plateau continental en mer du Nord, précitée, CIJ, Recueil 1969, paragraphe 98: «prendre en considération [...] le rapport raisonnable qu'une délimitation effectuée selon des principes équitables devrait faire apparaître entre l'étendue du plateau continental relevant des Etats des intéressés et la longueur de leurs côtes ».

des délimitations équitables et non comme un principe général qui constituerait une source indépendante de droits sur des étendues de plateau continental [...].

« La proportionnalité n'est pas en soi la source d'un titre [...] mais plutôt un critère d'évaluation des considérations d'équité pour certaines situations géographiques [...].

« L 'élément de proportionnalité [...] joue [...] le rôle d'un critère d'appréciation des effets de déviation de caractéristiques géographiques particulières ainsi que de l 'étendue de l 'iniquité qui en résulte »⁵³ .

59. La vérification de l'absence de disproportion ne peut être qu'approximative. Diverses techniques ont été utilisées par le passé pour apprécier la longueur des côtes, sachant qu'aucune règle de droit international ne précise clairement s'il convient de se référer aux côtes réelles ou d'utiliser des lignes de base, ou encore si les côtes jouxtant des eaux intérieures doivent ou non être exclues⁵⁴; chaque affaire de délimitation maritime étant un « unicum »⁵⁵ .

60. Au terme d'un processus d'un demi-siècle, la délimitation maritime est arrivée à maturité avec ses trois étapes. La première étape, qui est le point de départ, consiste à tracer une ligne d'équidistance provisoire. La seconde étape consiste à s'assurer que la ligne ainsi tracée produit un résultat équitable auquel cas la ligne provisoire devient définitive⁵⁶. En revanche, si la ligne d'équidistance provisoire n'aboutit pas à un résultat équitable, le juge doit procéder à son ajustement ou à son déplacement en fonction des circonstances pertinentes de l'espèce ; c'est la troisième et dernière étape. Ce paradigme des trois étapes va rendre beaucoup de service au juge dans sa recherche de solutions au

53. Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française, RSA, Vol. XVIII, p. 189 et suivantes, paragraphes 100, 101, 246, 250 ; voir en outre l'affaire Guinée / Guinée-Bissau, RSA, Vol. XIX, pp. 183-184, paragraphes 94-95.

54. Délimitation en Mer Noire, op. cit., note 4, p. 129, paragraphe 212.

55. Ibid, paragraphe 213.

56. CII, Recueil 1984, p. 290, paragraphe 81.

contentieux de la délimitation maritime en lui offrant la stabilité et la prévisibilité.

Nous en venons maintenant à ce qu'il est convenu de nommer la « Zone grise », l'« Alta mar » ou encore l'« Outer triangle ».

IV - LA ZONE GRISE

61. La Zone Grise⁵⁷ est :

« an area lying within 200 miles from the coast of one state, but beyond a maritime boundary with another state. One state is excluded from exercising jurisdiction in this area because it lies beyond the maritime boundary, and the other state is excluded from exercising 200-miles-zone jurisdiction because the grey area on its side of the boundary lies beyond 200 miles from its coast.

57. Dans la Duplique des Etats-Unis d'Amerique en l'Affaire du Golfe du Maine, Mr. Colson explique « The final preliminary issue of geographical significance with which we will deal - and then set aside - is the matter of the so-called grey area.

[...] Let us turn now to the four reasons we would give to suggest that the grey area is not a matter that should concern the Chamber in this case.

First, the grey area issue has been known for some time and to our knowledge it has never deterred States from applying a method or methods other than the equidistance method when it was equitable to do so. Second, the three United Nations Law of the Sea Conferences have paid no heed to the grey area issue. Third, State practice has not been concerned with this issue. And, fourthly, the Parties have provided a means for dealing with the issue in the Special Agreement.

[...] Figure 109 of our presentation shows two charts - one of the Chile-Peru maritime boundary and the other of the Peru-Ecuador maritime boundary. [...] In the case of the boundary between Chile and Peru, the grey area created by the boundary measure approximately 7.800 square nautical miles. In the case of the boundary between Peru and Ecuador it is smaller, measuring about 400 square nautical miles [...].

We would also point out that areas of various sizes exist worldwide, including such negotiated delimitations as those between Kenya-Tanzania, Colombia-Ecuador, The Gambia-Senegal, Guinea-Bissau-Senegal, the northern boundary between Portugal and Spain, and Brazil-Uruguay.

Accordingly, the fact that a grey area would exist were the United States line or others through the Northeast Channel to prevail, is not an unusual circumstance such as to warrant the Chamber's concern. The grey area in this case, which would be created by the United States line, is approximately 5,700 square nautical miles » in CIJ, Plaidoiries, Affaire du Golfe du Maine (Canada/ Etats-Unis d'Amerique), vol. VII, pp. 217-220. L'arrêt a été rendu le 2 octobre 1984 par la Chambre constituée par ordonnance de la Cour du 20 janvier 1982. (Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine, arrêt, CIJ, Recueil 1984, p. 246).

The possibility of creating a grey area stems from the fact that there is a discrepancy between entitlement to the EEZ and the principle applicable to its delimitation. Entitlement to this zone is solely based on distance from the coast, but its delimitation between states can be effected on the basis of principles other than distance from the coast. This results in a line which reaches the outer limit of the EEZ at a point which is non-equidistant from the coast of the states concerned. If such a line is applied to limit the maritime zones of both states involved, a grey area is created »⁵⁸.

62. L'expression de zone grise révèle les incertitudes que recèle son statut juridique. La zone grise renvoie à une région géographique faisant l'objet de prétentions ou réclamations qui se chevauchent et qui portent sur la zone économique exclusive, le plateau continental ou le plateau continental étendu de deux ou plusieurs Etats côtiers⁵⁹.

63. En conséquence, la Zone grise pose de nombreux et complexes problèmes juridiques relatifs aux principes applicables à la délimitation à l'intérieur et au-delà des 200 milles marins ; à la relation entre les droits et titres de la Zone économique exclusive et ceux du plateau continental, et en particulier la possibilité ou non de créer une telle zone dans la détermination ab initio de la frontière ou des limites de la ZEE ou de la mer territoriale ⁶⁰.

58. A.G. Oude Elferink, « Does Undisputed Title to a Maritime zone Always Exclude its Delimitation : « The Grey Area Issue », *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 13, n° 2, 1998, pp. 143-192, spec p. 143.

59. Voir Shaun Lin and Clive Schofield, « Lessons from the Bay of Bengal ITLOS case : stepping offshore for a »deeper« maritime political geography », *GJ, The Geographical Journal*, vol. 180, N° 3, September 2014, pp. 260-264 ; spec. 260, où les auteurs expliquent que « The ITLOS delimited a maritime boundary with respect to multiple distinct maritime jurisdictional zones (territorial sea, exclusive economic zone and continental shelf) between Bangladesh and Myanmar (Bay of Bengal Case). ITLOS did not however, wholly resolve the issues of marine governance that the two states face in the Bay of Bengal, leaving a number of complex and potentially problematic issues outstanding, including the unique creation of what was termed a « grey area», the governance arrangements for which are open to debate ».

60. Dans l'Affaire du Golfe du Maine précitée (note 57), le Canada suggère dans son Contre-Memoire (p.239) que la Zone grise pourrait être éliminée en l'attribuant à l'Etat détenteur d'un titre incontesté sur ladite zone, avec pour conséquence trois cas de figure possibles : « 1) A boundary which intersects the 200-nautical-mile limits in the vicinity of the equidistance line, eliminating or diminishing the grey area ; 2) If the single maritime boundary principle is maintained, one party will have continental shelf jurisdiction in the grey area and neither party will have fishery zone or EEZ jurisdiction ; and 3) If overlapping jurisdictions are accepted, one party will have continental shelf jurisdiction and the other jurisdiction over the water column ». Ce dernier cas de figure est celui retenu dans la jurisprudence de la Baie du Bengal. Voir infra.

64. On va examiner la relation existant entre le titre et la délimitation des zones maritimes dans la mesure où la création d'une zone grise découle de la différence entre le titre ou le droit à une zone économique exclusive et une mer territoriale et les principes applicables à leur délimitation (A). Pour ce faire, nous allons analyser la jurisprudence récente relative à la zone grise dans la mesure où la création de ladite zone s'opère dans la délimitation des frontières maritimes (B).

A - Titre et délimitation

65. La création d'une zone grise dans la détermination de la frontière relative à la Zone économique exclusive ou à la mer territoriale dépend de la relation qui existe entre le titre et la délimitation des espaces maritimes. Le titre sur ces espaces est tributaire du critère de distance mesurée à partir de la côte à la notable exception des titres historiques.

66. En revanche, la délimitation de la Zone économique exclusive ou du plateau continental entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face peut s'effectuer sur la base de principes ou de critères autres que celui de la distance mesurée à partir de la côte.

67. Dans l'Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans le Golfe du Bengale⁶¹, le Tribunal international du Droit de la mer a appliqué le paradigme des trois étapes⁶². Il a déterminé la méthode de délimitation, construit la ligne d'équidistance provisoire avant de vérifier l'absence de disproportion. Il a décidé que la méthode en l'espèce pour délimiter la Zone économique exclusive et le plateau continental entre le Bangladesh et le Myanmar est la méthode équidistance/circonstances pertinentes⁶³.

61. Différentiel relatif à la délimitation de la Frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale, Tribunal International du Droit de la Mer, Affaire n° 16, Arrêt du 14 mars 2012, paragraphes 177-340. Bay of Bengale Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh/India), Sentence arbitrale du 7 juillet 2014 ; Différend maritime entre le Pérou et le Chili, Arrêt C.I.J. du 27 janvier 2014 disponible à : www.ici-cil.org/docket/files/137/17930.pdf ; Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et la Colombie, arrêt C.I.J. du 19 novembre 2012, Rec. 2012, p. 624

62. Voir supra, les paragraphes 35 à 60.

63. Arrêt, op. cit. (note 61), paragraphe 23.

68. Comme l'a rappelé le tribunal⁶⁴, la délimitation suppose l'existence d'une zone faisant l'objet de titres qui se chevauchent. Titre et délimitation sont deux notions distinctes mais complémentaires. Les Parties reconnaissent également la relation étroite entre le titre et la délimitation. Le Bangladesh déclare que : « Le Tribunal doit répondre avant de délimiter à la question suivante : l'une ou l'autre des Parties a-t-elle un titre sur le plateau continental au-delà de 200 milles ? ». De la même façon, le Myanmar fait observer que « la détermination des droits des deux Etats sur un plateau continental au-delà de 200 milles marins et de leur étendue respective est un préalable à toute délimitation ».

69. En l'espèce, les Parties ont émis des revendications concurrentes sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Une partie de cette zone de chevauchement est également revendiquée par l'Inde. Chacune des Parties récuse le titre de l'autre sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. En outre, le Myanmar affirme que le Tribunal ne saurait connaître de la question du titre du Bangladesh ou du Myanmar sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins, car cette question relève de la compétence exclusive de la Commission des limites du plateau continental et non pas du Tribunal.

70. La délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins a engendré une zone grise située au-delà de 200 milles marins de la côte du Bangladesh mais en-deçà de 200 milles marins de la côte du Myanmar, qui se trouve néanmoins du côté de la ligne de délimitation relevant du Bangladesh. Les Parties se sont opposées quant au statut de la Zone grise et quant à la manière dont il convient de la traiter.

71. Le Myanmar ne conteste pas « qu'en principe, la délimitation du plateau continental, y compris du plateau au-delà de 200 milles marins, pourrait relever de la compétence du Tribunal⁶⁵ ».

64. Ibid, paragraphes 397-398.

65. Contre-Mémoire du Myanmar, paragraphe 1,14.

72. Le Myanmar déclare dans son contre-mémoire que la question de la compétence du Tribunal s'agissant de la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins en général ne devrait pas se poser en l'espèce, parce que la ligne de délimitation est censée s'arrêter bien avant d'atteindre la ligne des 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale⁶⁶.

73. Le Myanmar ajoute que « même si le Tribunal devait statuer qu'il peut exister une frontière maritime unique au-delà de 200 milles marins (*quod non*), il ne s'en trouverait pas moins privé de la compétence de déterminer cette ligne du fait que toute décision judiciaire sur ces questions pourrait préjuger des droits de tierces parties ainsi que des droits relatifs à la zone internationale des fonds marins »⁶⁷.

74. Le Myanmar soutient que « tant que la limite extérieure du plateau continental n'a pas été établie sur la base des recommandations de la (Commission des limites du plateau continental (dénommée ci-après « la Commission » ou « la CLPC »)), le Tribunal, en tant qu'instance judiciaire, ne peut pas déterminer une ligne de délimitation sur une base hypothétique sans savoir quelles sont ses limites extérieures »⁶⁸. Il fait valoir à cet égard que :

L'examen d'une demande d'extension d'un Etat et la formulation de recommandations par la Commission relatives à cette demande sont des étapes préalables nécessaires à toute détermination, par un Etat côtier, des limites extérieures de son plateau continental « sur la base des recommandations [de la Commission] » aux termes de l'article 76, paragraphe 8 de la Convention, ainsi qu'à la détermination des zones du plateau continental au-delà des 200 milles marins sur lesquelles un Etat à potentiellement un titre. Cette détermination des limites extérieures du plateau continental est, à son tour, une condition préalable à toute décision judiciaire visant à répartir les zones dans lesquelles il existe un chevauchement des droits souverains sur les ressources naturelles du plateau

66. Contre-Mémoire du Myanmar, paragraphe 1,15.

67. Contre-Mémoire du Myanmar, paragraphe 1,16.

68. Contre-Mémoire du Myanmar, paragraphe 1,17.

continental au-delà des 200 milles marins. Inverser ce processus pour ... [statuer] sur des droits dont l'étendue est inconnue, non seulement opposerait le Tribunal à d'autres organes créés par traité, mais encore irait à l'encontre de la structure même de la Convention et du système de gouvernance internationale des océans ⁶⁹.

75. Pour étayer sa position, le Myanmar cite la sentence arbitrale en l'*Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française (Saint-pierre et-Miquelon)*, où il est indiqué qu'«

un tribunal ne peut pas parvenir à une décision en supposant, par pure hypothèse, que de tels droits existeront en fait » ⁷⁰. D'après le tribunal arbitral, toute décision concernant la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins entre la France et le Canada aurait été uniquement fondée sur des droits hypothétiques

[...].

76. Le Myanmar se réfère également à l'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'*Affaire Nicaragua c. Honduras* en faisant valoir qu'en l'espèce, la Cour a refusé de délimiter le plateau continental au-delà de 200 milles marins entre le Nicaragua et le Honduras parce que la CLPC n'avait pas encore fait des recommandations à ces deux pays concernant leur plateau continental au-delà de 200 milles marins. L'arrêt cité par le Myanmar à ce propos indique ce qui suit :

[...] A cet égard, il convient également de relever que la ligne ne saurait en aucun cas être interprétée comme se prolongeant à plus de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale, toute prétention relative à des droits sur le plateau continental au-delà de 200 milles doit être conforme à l'article 76 de la CNUDM et examinée par la Commission des limites du plateau continental constituée en vertu de ce traité⁷¹.

69. Duplique du Myanmar, paragraphe A. 17.

70. Décision du 10 juin 1992, R.S.A., vol. XXXI, p. 293, paragraphe 81.

71. Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua d Honduras), arrêt C.I.J., Recueil 2007, p. 759.

77. Au cours de la procédure orale, le Myanmar a précisé sa position. Il a déclaré entre autres, qu'en principe, il ne contestait pas la compétence du Tribunal. Les deux Parties ont bien accepté la compétence du Tribunal dans les mêmes termes, conformément aux dispositions de l'article 287, paragraphe 1, de la Convention, en vue du « règlement du différend... relatif à la délimitation de la frontière maritime entre les deux pays dans le Golfe Bengale ». D'après le Myanmar, le seul problème qui se pose concernait la possibilité que le tribunal exerce cette compétence et se prononce sur la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins.

78. Le Myanmar a en outre fait valoir que si le Tribunal estimait « néanmoins la requête recevable sur ce point - quod non - « il ne pourrait » que surseoir à statuer en ce qui concerne cet aspect des choses, ceci jusqu'à ce que les Parties se soient prononcées, conformément à l'article 76 de la Convention, sur les recommandations de la Commission concernant la réalité des titres des deux Parties sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins et, si ces titres existent, sur leur extension » vers les limites extérieures du plateau continental des deux pays⁷².

79. Le Bangladesh estime que le Tribunal est expressément habilité par la Convention à statuer sur les différends entre Etats résultant des articles 76 et 83 en ce qui concerne la délimitation du plateau continental. La Convention n'établissant aucune distinction entre la compétence à l'égard de la partie intérieure du plateau continental, c'est-à-dire la partie en-deçà de 200 milles marins, et de la partie au-delà de cette distance, la délimitation de l'intégralité du plateau continental est, d'après le Bangladesh, réglé par l'article 83, et le Tribunal à manifestement compétence pour procéder à la délimitation au-delà de 200 milles marins⁷³.

80. Répondant à l'argument du Myanmar selon lequel «... en tout état de cause, la question de la délimitation du plateau au-delà des 200 milles marins ne se pose pas car la ligne de délimitation s'achève bien

72. ITLOS/PV.1 1/11, p. 10, lignes 27 à 34.

73. Mémoire du Bangladesh, paragraphe 4.23.

avant d'atteindre la limite des 200 milles marins », le Bangladesh déclare que «... l'argument du Myanmar selon lequel le Bangladesh n'a pas de plateau continental au-delà des 200 milles marins est fondé plutôt sur une autre proposition, à savoir qu'une fois que la zone jusqu'à 200 milles marins aura été délimitée, le point d'aboutissement du plateau du Bangladesh n'atteindra pas la limite des 200 milles marins »⁷⁴. Le Bangladesh fait valoir que

[c]ela ne pourrait être un élément valable que si le Tribunal admettait tout d'abord les arguments avancés par le Myanmar pour défendre une ligne d'équidistance jusqu'à une distance de 200 milles marins. Or, un tel résultat ne serait possible que si le Tribunal méconnaissait totalement les circonstances pertinentes évoquées par le Bangladesh.. , ⁷⁵.

81. Se référant à l'argument du Myanmar concernant les droits de tierces parties, le Bangladesh déclare que l'existence potentielle d'une revendication concurrente d'un Etat tiers ne saurait priver le Tribunal de sa compétence de délimiter la frontière maritime entre deux Etats qui sont soumis à sa juridiction, étant donné que les Etats tiers ne sont pas liés par l'arrêt du Tribunal et que l'arrêt n'affecte aucunement leurs droits. Le Bangladesh observe que, pour les Etats tiers, une délimitation opérée par un arrêt du Tribunal est simplement *res inter alios acta* et que le Statut du Tribunal fournit cette assurance au paragraphe 2 de son article 33⁷⁶.

82. Le Bangladesh constate aussi que l'affirmation du Myanmar « concernant la Zone internationale des fonds marins est contraire à la teneur de la demande qu'il a lui-même soumise à CLPC, dont il ressort clairement que les limites extérieures du plateau continental, dans ses relations avec la Zone internationale des fonds marins, sont très éloignées de la délimitation de la frontière maritime avec le Bangladesh »⁷⁷

74. Réplique du Bangladesh, paragraphe 4.30.

75. Réplique du Bangladesh, paragraphe 4.40.

76. Mémoire du Bangladesh, paragraphe 4.35.

77. Réplique du Bangladesh, paragraphe 4.17.

83. Le Bangladesh note une certaine incohérence dans la position du Myanmar à ce sujet. Le Bangladesh observe que « le Myanmar admet, en ce qui concerne les zones potentielles de chevauchement avec l'Inde, que même si le Tribunal ne peut pas fixer de tripoint entre les trois Etats, il peut déterminer « ”l'orientation générale de la partie finale de la frontière maritime entre le Myanmar et le Bangladesh” ce qui serait ”conforme à la pratique bien établie” des cours et tribunaux internationaux »⁷⁸ .

84. Les conclusions du Bangladesh, résumant sa position sur la question des droits des tierces parties et la compétence du Tribunal, sont les suivantes :

1. [...]

2. La délimitation par le Tribunal d'une frontière maritime sur le plateau continental au-delà des 200 milles marins ne préjuge aucunement des droits de tierces parties. Tout comme les cours et tribunaux internationaux ont toujours exercé leur compétence lorsque les droits d'Etats tiers étaient en cause, le Tribunal peut exercer sa compétence, même si les droits de la communauté internationale sur la Zone internationale des fonds marins entraînent en ligne de compte, ce qui n'est en tout état de cause pas le cas.

3. En ce qui concerne la zone du plateau où les revendications du Bangladesh et du Myanmar chevauchent celles de l'Inde, il suffit au Tribunal de déterminer laquelle des prétentions des deux Parties à la présente instance est la mieux fondée et d'effectuer une délimitation qui ne lie que le Bangladesh et le Myanmar. Une telle délimitation entre les deux Parties à la présente instance ne lierait pas l'Inde ⁷⁹ .

78. Réplique du Bangladesh, paragraphe 4.17.

79. Réplique du Bangladesh, paragraphe 4.91

85. En ce qui concerne le rôle joué par la CLPC, le Bangladesh constate que :

...il n'y a aucun conflit entre les rôles respectifs du Tribunal et de la Commission en ce qui concerne le plateau continental. Ces rôles sont au contraire complémentaires. Le Tribunal a compétence pour délimiter les frontières sur le plateau continental élargi, tandis que la Commission formule des recommandations concernant la fixation des limites entre le plateau continental élargi et la Zone internationale des fonds marins, à condition qu'il n'existe pas de différend entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face. En fait, la Commission ne formule aucune recommandation concernant les limites du plateau continental élargi jusqu'à ce qu'un tel différend soit réglé (par le Tribunal ou par un autre organe judiciaire ou arbitral, ou d'un commun accord entre les parties), à moins que les parties ne consentent à ce que la Commission examine leurs demandes.

Dans le cas d'espèce, il est interdit à la Commission d'agir étant donné le litige qui existe entre les Parties en ce qui concerne le plateau continental élargi et le refus d'au moins l'une d'elles (le Bangladesh) de consentir à l'intervention de la Commission⁸⁰.

86. Le Bangladesh signale que :

... Si l'argument du Myanmar était accueilli, le Tribunal devrait attendre que la CLPC agisse et celle-ci devrait elle-même attendre que le Tribunal agisse. Ainsi, l'on tournerait en rond, ce qui signifierait que, dans tous les cas où il existe entre les parties intéressées un différend concernant le plateau continental au-delà des 200 milles marins, les procédures obligatoires aboutissant à des décisions obligatoires prévues par la section 3 de la partie XV de la Convention, seraient dépourvues d'application dans la pratique. L'objet et le but même des procédures de règlement des différends prévues dans la Convention seraient à toutes fins utiles irréalisables. La position du Myanmar crée en matière de compétence un trou noir dans lequel disparaîtraient à jamais tous les différends concernant les délimitations maritimes sur le plateau continental étendu.⁸¹

80. Mémoire du Bangladesh, paragraphes 4.28 et 4.29.

81. Réplique du Bangladesh, paragraphe 4.7.

87. Résumant sa position, le Bangladesh conclut dans sa réplique que « [e]n présentant les recommandations de la CLPC comme un préalable à l'exercice, par le Tribunal, de sa compétence, le Myanmar entre dans un raisonnement circulaire qui rendrait impossible l'exercice par le Tribunal de sa compétence en ce qui concerne le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Cela n'est pas conforme à la partie XV de la Convention, ni au paragraphe 10 de son article 78 »⁸².

88. Il faut rappeler que la compétence du Tribunal dépend toujours du consentement préalable des Parties et qu'aucun Etat souverain ne saurait être partie à une affaire devant une juridiction internationale s'il n'y a pas consenti. C'est ce consentement à porter le différend devant le Tribunal qui détermine la compétence de celui-ci à l'égard du différend.

Cependant, il ne faut pas confondre le différend et les demandes. L'article 21 du Statut du Tribunal énonce :

Le Tribunal est compétent pour tous les différends et toutes les demandes qui lui sont soumis conformément à la Convention et toutes les fois que cela est expressément prévu dans tout autre accord conférant compétence au Tribunal.⁸³

89. C'est dire que le Tribunal peut choisir, dans l'exercice de sa fonction judiciaire, les termes dans lesquels il entend répondre aux conclusions des Parties. Il peut donc parfaitement examiner et statuer séparément sur la question de la délimitation du plateau continental au-delà des 200 milles marins. L'exception d'incompétence soulevée par

82. Réplique du Bangladesh, paragraphe 3.91, alinéa 1

83. La CIJ a défini la conclusion comme étant « l'énoncé précis et direct d'une demande » (Pêcheries, arrêt, CIJ, Recueil 1951, p. 126). Selon elle, les conclusions ne peuvent pas être soumises sous une forme interrogative (Haya de la Torre, arrêt, C.I.J., Recueil 1951, p. 71). Et la Cour se reconnaît compétente pour les interpréter, ce qui lui permet, si elle l'estime nécessaire, de ne pas y répondre (Or monétaire pris à Rome en 1943, arrêt, C.I.J., Recueil 1954, p. 28). Elle dit: Le Gouvernement italien soutient que la Cour n'est pas compétente pour statuer sur ces conclusions du Royaume Uni. La Cour ne saurait se considérer comme incompétente pour statuer sur la validité, le retrait ou la caducité d'une requête dont elle est saisie : statuer sur de tels griefs en vue de déterminer la suite qu'elle donnera à la requête rentre dans l'exercice de sa fonction judiciaire.

le Myanmar en ce qui concerne la délimitation du plateau continental au-delà des 200 milles marins se justifie par le fait que le Myanmar a accepté comme défendeur la juridiction du Tribunal. En effet, le paragraphe 12 du procès-verbal des consultations du Président du Tribunal indique bien :

During the course of the consultations, the delegation of Myanmar informed the President of the intention of Myanmar to file preliminary objections in case. In respect of this matter, a letter from the Agent of Myanmar dated 25 January 2010 was handed over the Registrar.

Lesdites exceptions préliminaires portent sur la délimitation du Plateau continental au-delà des 200 milles marins entre les deux Parties.

90. La question de la répartition des droits à l'intérieur de la zone grise est une question très complexe. Dans l'Affaire Bangladesh/Myanmar, la ligne de délimitation suit une ligne géodésique avec un azimut initial de 215° jusqu'à ce qu'elle atteigne un point situé à 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale du Bangladesh.

91. Dans l'Affaire entre le Bangladesh et l'Inde, la ligne de délimitation du Tribunal arbitral crée aussi une zone grise au-delà des 200 milles marins des côtes du Bangladesh mais à l'intérieur des 200 milles marins de l'Inde. Le Bangladesh n'ayant pas de droits sur la zone économique exclusive, la ligne divisoire au-delà des 200 milles ne délimite que des prétentions ou réclamations concurrentes, qui se chevauchent sur le plateau continental. En conséquence, à l'est de la ligne divisoire sur la zone grise, le Bangladesh a des droits souverains aux fins d'exploration du plateau continental et d'exploitation des « mineral and other non living resources of the seabed and subsoil together with living organisms belonging to sedentary species ». L'Inde, pour sa part, a des droits souverains sur la zone économique exclusive relatifs aux eaux surjacentes.

92. Le Tribunal arbitral laisse aux deux Etats le soin de déterminer les arrangements pratiques pour l'exercice de leurs droits respectifs sur la zone grise. Cette sentence arbitrale ressemble singulièrement à l'arrêt du Tribunal international du droit de la mer en l'Affaire Bangladesh/Myanmar.

93. Etant donné la nature de la ligne divisoire, le Bangladesh exerce seul les droits souverains sur le plateau continental des deux zones grises créées par ITLOS et par le Tribunal arbitral (Annexe VII). De la sorte, ni l'Inde ni le Myanmar ne peuvent exploiter les fonds marins et le sous-sol des zones grises⁸⁴. Ces décisions des deux juridictions sont sujettes à caution. Le juge indien, par exemple, dans l'Affaire Bangladesh/Inde les conteste vigoureusement. Il a expliqué que :

« Sovereign rights of a coastal State over the water column and the seabed and its subsoil are considered as two indispensable and inseparable parts of the coastal State's rights in the EEZ [...]»⁸⁵ .

94. Envisageant les difficultés susceptibles de surgir dans la gestion et le partage des espaces maritimes, le Dr. Rao indique :

« As a matter of policy, international courts and tribunals should avoid delimiting boundaries in a way that leaves room for potential conflicts between the parties [...]. The grey area also has the potential to exacerbate bilateral relations and pose avoidable security problem»⁸⁶ .

84. Sentence arbitrale Bangladesh/Inde, op. cit. (note 61), paragraphe 505 ; Arrêt, ITLOS Bangladesh/Myanmar, op. cit. (note 61), paragraphe 474 ou le TIDM indique « ... Dans la zone située au-delà de la Zone économique exclusive du Myanmar, la délimitation détermine les droits des parties portant sur les fonds marins et le sous-sol du plateau continental, mais ne limite pas autrement les droits du Myanmar sur la Zone économique exclusive, notamment ceux relatifs aux eaux surjacentes »..

85. Affaire Bangladesh/Inde, op. cit. (note 61), Opinion dissidente de Dr. Rao, paragraphe 31.

86. Ibid., paragraphes 35-37.

B - La jurisprudence de la délimitation du plateau continental au-delà des 200 milles marins entre les parties : fallait-il créer un précédent ?

95. La délimitation est [...] effectuée par voie d'accord ou par voie juridictionnelle. Les limites extérieures du plateau continental sont fixées par l'Etat côtier sur la base des recommandations de la Commission et sont « définitives et de caractère obligatoire ». Les recommandations de la Commission sont soumises par écrit à l'Etat côtier qui a présenté la demande ainsi qu'au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies⁸⁷.

96. C'est pourquoi l'article 7 de l'annexe II dispose :

Les Etats côtiers fixe la limite extérieure de leur plateau continental conformément à l'article 76, paragraphe 8 et aux procédures nationales appropriées.

97. Ces règles entendent surtout prescrire par implication qu'une délimitation du plateau continental ou la fixation de sa limite extérieure au-delà des 200 milles marins qu'un Etat établirait par voie unilatérale, sans se soucier des vues de l'autre ou des autres Etats concernés par la délimitation ou encore en dehors de l'article 76, paragraphe 8, **est inopposable à ces derniers en droit international**⁸⁸.

En effet, « la délimitation des espaces maritimes à toujours un aspect international ; elle ne saurait dépendre de la seule volonté de l'Etat riverain telle qu'elle s'exprime dans son droit interne. S'il est vrai que l'acte de délimitation est nécessairement un acte unilatéral, parce que l'Etat riverain à seul qualité pour y procéder, en revanche la validité de la délimitation à l'égard des Etats tiers relève du droit international »⁸⁹.

87. Annexe 11, article 6, paragraphe 3, de la Convention.

88. Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine, arrêt, C.I.J., Recueil 1984, p. 246, paragraphe 87.

89. Pêcheries, arrêt Recueil 1951, p. 132.

98. Le Tribunal pouvait-il dans les circonstances de l'espèce délimiter le plateau continental au-delà des 200 milles marins entre le Bangladesh et le Myanmar ? En particulier, devait-il le faire avant même que les prétentions des parties sur le plateau continental ne soient confirmées sur la base des recommandations de la Commission des limites du plateau continental visées à l'article 76, paragraphe 8 ? Chacune des parties conteste le droit de l'autre à un plateau continental au-delà des 200 milles marins.

Les circonstances :

a) *Les obligations conventionnelles* (article 76 et annexe II de la Convention).

99. Le paragraphe 1 de l'article 76 de la Convention définit le plateau continental. Il retient deux critères. Le critère de distance pour les Etats dont la marge continentale ne va pas au-delà de 200 milles marins des lignes de base. Dans ce cas, la limite externe du plateau continental juridique se confond avec celle de la Zone économique exclusive. Le second critère est celui géomorphologique pour les Etats dont la marge continentale va au-delà de 200 milles marins des lignes de base. Dans ce cas, l'Etat côtier doit apporter la preuve à la Commission des limites du plateau continental que le prolongement naturel de sa masse terrestre va au-delà des 200 milles marins. Deux formules qui déterminent le rebord externe de la marge continentale, d'une part et des contraintes qui limitent l'expansion des Etats, de l'autre, s'appliquent. La combinaison, selon des règles précises, des lignes résultant des formules et contraintes permet l'établissement de la limite extérieure du plateau continental juridique. Les données nécessaires à l'application de ces formules nécessitent l'acquisition de données scientifiques au large.

100. L'Etat côtier fixe la limite extérieure du plateau continental sur la base des recommandations de la Commission des limites du plateau continental (article 76, paragraphe 8, de la Convention et annexe II de la Convention). Le Secrétaire général des Nations Unies donne la publicité voulue à cette limite.

101. L'article 3, paragraphe 1, de l'annexe II de la Convention précise les fonctions de la Commission dans les termes suivants :

1. Les fonctions de la Commission sont les suivantes :

a) examiner les données et autres renseignements présentés par les Etats côtiers en ce qui concerne la limite extérieure du plateau continental lorsque ce plateau s'étend au-delà de 200 milles marins et soumettre des recommandations conformément à l'article 76, et au mémorandum d'accord adopté le 29 août 1980 par la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer

b) émettre, à la demande de l'Etat côtier concerné, des avis scientifiques et techniques en vue de l'établissement des données visées à la lettre précédente.

102. C'est dire que la Commission est compétente pour examiner si les informations qui lui ont été présentées prouvent que les conditions énoncées à l'article 76 sont remplies par l'Etat côtier aux fins de la fixation de la limite extérieure du plateau continental. Le pouvoir d'évaluer les données scientifiques et techniques présentées par l'Etat côtier revient à la seule Commission, aux termes de la Convention.

103. Le Tribunal s'est compliqué la tâche en procédant à la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins alors que la Commission ne s'est pas prononcée sur la limite extérieure du plateau de chacune des Parties.

104. b) *L'exception d'incompétence* soulevée par le défendeur (le Myanmar) relative à « la possibilité actuelle pour le Tribunal de se prononcer sur la délimitation du plateau continental au-delà des 200 milles marins assortie d'une exception d'irrecevabilité de la requête ».

105. Le Myanmar déclare qu'à supposer même que le Tribunal décide « qu'il peut exister une frontière maritime unique au-delà de 200 milles marins (*quod non*), il ne s'en trouverait pas moins privé de la compétence de déterminer cette ligne du fait que toute décision judiciaire

sur ces questions pourrait préjuger des droits de tierces parties ainsi que des droits relatifs à la Zone internationale des fonds marins [...]⁹⁰

106. Le Myanmar ajoute que « tant que la limite extérieure du plateau continental n'a pas été établie sur la base des recommandations » de la Commission des limites du plateau continental (ci-après dénommée «la Commission»), «le Tribunal, en tant qu'instance judiciaire, ne peut pas déterminer une ligne de délimitation sur une base hypothétique sans savoir quelles sont les limites extérieures »⁹¹. Il fait valoir à cet égard que :

L'examen d'une demande d'extension d'un Etat et la formulation par la Commission de recommandations relatives à cette demande sont des conditions préalables nécessaires à toute détermination des limites extérieures du plateau continental d'un Etat côtier «sur la base des recommandations [de la Commission] », aux termes de l'article 76, paragraphe 8 de la Convention, ainsi qu'à la détermination des zones du plateau continental au-delà des 200 milles marins sur lesquelles un Etat a potentiellement un titre. Cette détermination des limites extérieures du plateau continental est, à son tour, une condition préalable à toute décision judiciaire visant à répartir les zones dans lesquelles il existe un chevauchement des droits souverains sur les ressources naturelles du plateau continental au-delà de 200 milles marins [...]. Inverser ce processus pour... [statuer] sur des droits dont l'étendue est inconnue, non seulement opposerait le Tribunal à d'autres organes créés par traité, mais encore irait à l'encontre de la structure même de la Convention et du système de gouvernance internationale des océans ⁹².

107. c) *La suspension par la Commission des limites du plateau continental de l'examen de la demande du Myanmar et celle du Bangladesh (SPLOS/31, paragraphe 44; article 5 de l'annexe II de la Convention).* En effet, « dans le cas où il existe un différend terrestre ou maritime, la Commission n'examine pas la demande présentée par un

90. Contre-Mémoire du Myanmar, paragraphe 1.16.

91. Contre-Mémoire du Myanmar, paragraphe 1.17.

92. Duplique du Myanmar, paragraphe A. 17 ;

Etat Partie à ce différend et ne se prononce pas sur cette demande. Toutefois, avec l'accord préalable de tous les Etats Parties à ce différend, la Commission peut examiner une ou plusieurs demandes concernant des régions visées par le différend » (Annexe I, paragraphe 5 a) du Règlement intérieur de la Commission). C'est ainsi que, s'agissant de la demande faite par le Myanmar, conformément à l'article 76, et présentée le 16 décembre 2008, la Commission indique :

notant qu'il n'y avait eu aucun élément indiquant que tous les Etats concernés étaient d'accord, ce qui aurait permis d'examiner la demande en dépit de l'existence d'un différend dans la région, la Commission a décidé de repousser encore la création d'une sous-commission chargée d'examiner la demande du Myanmar. Elle a également décidé que, puisque la demande restait la prochaine à examiner compte tenu de l'ordre de réception, la Commission réexaminerait la question au moment de la création de sa prochaine sous-commission.

La Commission a réitéré cette décision à sa vingt-septième session (7 mars - 21 avril 2011).

108. d) *La question des titres* : la délimitation suppose la connaissance des titres des deux Parties dans la zone concernée. Ainsi, la première question sur laquelle le Tribunal devait se pencher en la présente espèce consiste à déterminer si les Parties ont des titres concurrents sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Si tel n'était pas le cas, le Tribunal s'emploierait à traiter d'une question hypothétique sans véritable objet.

109. Les Parties ont émis des revendications concurrentes sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Une partie de cette zone est également revendiquée par l'Inde. Chacune des Parties récuse le titre de l'autre sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. En outre, le Myanmar affirme que le Tribunal ne saurait connaître de la

question du titre du Bangladesh ou du Myanmar sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins, car cette question relève de la compétence exclusive de la Commission, et non pas du Tribunal⁹³

110. Considérant les positions précitées des Parties, le Tribunal traitera en premier lieu du principal point en litige, c'est-à-dire le fait de savoir si les Parties ont ou non un titre sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. A cet effet, le Tribunal examinera tout d'abord la position des Parties à l'égard de leur titre respectif; il analysera le sens de la notion de prolongement naturel et ses rapports avec celle de marge continentale ; le Tribunal vérifiera ensuite s'il est compétent en l'espèce pour déterminer les titres des Parties à un plateau continental au-delà de la limite de 200 milles marins ; le Tribunal déterminera enfin s'il y a chevauchement entre les titres éventuels des Parties sur un plateau continental au-delà de la limite de 200 milles marins. Sur la base de ces conclusions, le Tribunal se prononcera sur la délimitation entre les plateaux continentaux des Parties au-delà de la limite de 200 milles marins.⁹⁴

111. Alors que les Parties formulent l'une comme l'autre des revendications sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins, chacune d'elles conteste la revendication de la Partie adverse. Ainsi, selon elles, il n'existe pas de revendications concurrentes sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Il en résulte soit que la question de la délimitation ne se pose pas, soit que la délimitation devrait être effectuée entre les Parties d'une manière telle qu'elle devrait laisser l'intégralité de la zone du plateau continental au-delà de 200 milles marins à une seule Partie.

112. Le Bangladesh considère qu'en application de l'article 76 de la Convention, il possède un titre sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Il prétend par ailleurs que le Myanmar ne jouit d'aucun titre de ce type parce que son territoire terrestre n'a pas de prolongement naturel dans le Golfe du Bengale au-delà de la limite de 200 milles marins. Par conséquent, selon le Bangladesh, il n'existe pas de

93. Duplique du Myanmar, paragraphe A.5.

94. Paragraphe 401 de l'arrêt.

zone du plateau continental au-delà des 200 milles faisant l'objet de revendications concurrentes des deux Parties et lui seul dispose d'un titre sur le plateau continental qui fait l'objet des prétentions et du Bangladesh et du Myanmar. Le Bangladesh considère donc que toute délimitation dans cette zone ne saurait étendre le plateau du Myanmar au-delà de la limite juridique de 200 milles marins visée à l'article 76⁹⁵.

113. Pour ce qui est de son propre titre sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins, le Bangladesh affirme que le «plateau continental [étendu qu'il revendique] est le prolongement naturel de son territoire terrestre du fait de la géologie et de la géomorphologie ininterrompue [des fonds marins], y compris en particulier la vaste roche sédimentaire déposée par le système fluvial Gange-Brahmapoutre »⁹⁶. Pour prouver cette assertion, le Bangladesh a fourni au Tribunal des éléments de preuve scientifiques démontrant qu'il existe une continuité géologique et géomorphologique entre la masse terrestre du Bangladesh et le Golfe du Bengale. De plus, le Bangladesh fait valoir que le plateau continental étendu auquel il a droit, dont la limite extérieure a été déterminée selon la formule de Gardiner, fondée sur l'épaisseur des roches sédimentaires, s'étend bien au-delà de 200 milles marins.

114. S'agissant du titre du Myanmar, le Bangladesh affirme que cet Etat n'a pas droit à un plateau continental au-delà de 200 milles marins parce qu'il ne satisfait pas aux critères physiques de prolongement naturel visés au paragraphe 1 de l'article 76, lequel requiert la preuve d'une continuité géologique reliant directement les fonds marins et leur sous-sol au territoire terrestre. Selon le Bangladesh, il existe des preuves écrasantes et incontestées de l'existence d'une « discontinuité fondamentale » entre le territoire terrestre du Myanmar et les fonds marins au-delà de 200 milles marins (RB, paragraphe 4.62). Le Bangladesh soutient que la limite de la plaque tectonique entre les plaques indienne et birmane constitue manifestement «une rupture ou solution de continuité » des fonds marins qui marque « indiscutablement la limite de deux plateaux continentaux ou prolongements naturels distincts »⁹⁷.

95. Mémoire du Bangladesh, paragraphe 7.37.

96. Mémoire du Bangladesh, paragraphe 7.43.

97. République du Bangladesh, paragraphe 4.62.

115. Dans la note verbale du 23 juillet 2009 qu'il a adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, le Bangladesh a fait observer que les zones revendiquées par le Myanmar dans sa demande à la Commission, au motif qu'elles font partie de son plateau continental supposé, sont en réalité le prolongement naturel du Bangladesh et qu'en conséquence, il conteste la revendication du Myanmar (M.B., vol. III, annexe 21). Dans la demande présentée le 25 février 2011 à la Commission, le Bangladesh a réaffirmé sa position en déclarant qu'« il conteste la revendication du Myanmar sur des zones du plateau continental étendu » parce que les zones revendiquées « font partie du prolongement naturel du Bangladesh »⁹⁸.

116. En résumé, le Bangladesh déclare dans son mémoire que :

. en raison de la solution de continuité géologique significative qui sépare la plaque birmane de la plaque indienne, le Myanmar ne peut pas prétendre à un plateau continental dans l'une quelconque des zones situées au-delà de 200 milles marins ;

. le Bangladesh est fondé à revendiquer les droits souverains sur l'intégralité de la zone de plateau continental au-delà de 200 milles marins revendiquée par le Bangladesh et le Myanmar [...];

. le Bangladesh est fondé, à l'égard du Myanmar seulement, à revendiquer les droits souverains sur le secteur trilatéral de plateau revendiqué par le Bangladesh, le Myanmar et l'Inde [...] (M.B., paragraphe 7.43).

117. Le Myanmar rejette l'affirmation du Bangladesh, selon laquelle le Myanmar n'aurait aucun titre sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Si le Myanmar ne contredit pas les éléments de preuve présentés par le Bangladesh d'un point de vue scientifique, il souligne que l'existence d'une solution de continuité géologique en face de la côte du Myanmar est dénuée de toute pertinence en l'espèce. Selon le Myanmar, le titre d'un Etat côtier sur un plateau continental s'étendant

98. Résumé, reproduit dans la Réplique du Bangladesh, vol. III, annexe R 3, paragraphe 5.9.

au-delà de 200 milles marins n'est pas conditionné par un quelconque «test de prolongement naturel géologique ». Ce qui détermine un tel titre, c'est l'étendue physique de la marge continentale, c'est-à-dire son rebord externe, qui doit être établie conformément à l'article 76, paragraphe 4, de la Convention⁹⁹.

118. Le Myanmar avance qu'il a effectivement établi le rebord externe de sa marge continentale en se fondant sur la formule de Gardiner, énoncée à l'article 76, paragraphe 4, lettre a), i). La ligne ainsi tracée selon la formule de Gardiner se situe bien au-delà de 200 milles marins et, par conséquent, il en est de même du rebord externe de la marge continentale du Myanmar. De ce fait, le Myanmar peut prétendre en l'espèce à un plateau continental au-delà de la limite de 200 milles marins. C'est pourquoi le Myanmar a présenté une demande concernant la limite extérieure de son plateau continental à la Commission, conformément au paragraphe 8 de l'article 76 de la Convention¹⁰⁰.

119. Par note verbale du 31 mars 2011 adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, le Myanmar a déclaré que « le Bangladesh n'a pas de plateau continental au-delà d'une largeur de 200 milles marins mesurée à partir des lignes de base établies conformément au droit international de la mer » et que « le droit du Bangladesh sur un plateau continental ne s'étend ni jusqu'à la limite de 200 milles marins mesurée à partir des lignes de base établies conformément au droit, ni a *fortiori*, au-delà de cette limite »¹⁰¹.

120. Le Myanmar affirme que le Bangladesh n'a pas de plateau continental au-delà de 200 milles marins, parce que la délimitation du plateau continental entre le Bangladesh et le Myanmar prend fin bien avant d'atteindre la limite de 200 milles marins mesurée à partir des lignes de base des deux Etats (CMM), paragraphe 5.160). En pareil cas, la question de la délimitation du plateau continental au-delà de cette limite ne se pose pas et n'a pas à être examinée plus avant par le Tribunal¹⁰².

99. ITLOS/PV.I 1/11, p. 22, ligne 28.

100. Contre-Mémoire Myanmar, paragraphe A.2.

101. Duplique du Myanmar, Appendice, p. 186.

102. Contre-Mémoire du Myanmar, paragraphe 5.150, p. 167.

121. La détermination des droits des deux Etats sur un plateau continental au-delà de 200 milles marins et de leur étendue respective est un préalable à toute délimitation.

122. Celle-ci consiste à « tracer la ligne exacte ou les lignes exactes de rencontre des espaces où s'exercent respectivement les pouvoirs et droits souverains » des Etats intéressés¹⁰³. Le lien intime entre le titre des Etats sur un espace maritime et la délimitation d'un espace maritime entre des Etats voisins constitue une « vérité d'évidence »¹⁰⁴. Il apparaît que le « titre commande la délimitation, la délimitation est fille du titre »¹⁰⁵.

123. Sur la détermination des titres des Parties, le Tribunal explique que toutes les côtes n'ouvrent pas droit à un plateau continental s'étendant au-delà de 200 milles marins. Dans certains cas, la Commission a fondé ses recommandations sur le fait qu'à son avis, la totalité ou une partie de la zone visée dans la demande d'un Etat côtier comprend une partie des grands fonds marins. Le Myanmar ne conteste pas que le plateau continental du Bangladesh, s'il n'était pas affecté par la délimitation au-delà de 200 milles marins, s'étendrait au-delà de cette distance. Le Bangladesh ne conteste pas qu'il existe une marge continentale au large de la côte du Myanmar. Mais il soutient, sur la base de son interprétation de l'article 76 de la Convention, que cette marge n'a pas de prolongement naturel au-delà de 50 milles marins au large de cette côte. Le Tribunal dit que le problème réside dans la divergence des Parties quant à ce qui constitue la marge continentale (paragraphe 442 de l'arrêt). Il relève que le Golfe du Bengale présente une situation tout à fait particulière et que ses fonds marins sont recouverts d'une épaisse couche de sédiments de 14 à 22 kilomètres de profondeur. Et le Tribunal d'affirmer qu'étant donné ces roches sédimentaires, les deux Parties ont inclus, dans leurs demandes présentées à la Commission, des données indiquant que

103. Plateau continental de la Mer Egée, arrêt, C.I.J., Recueil 1978, p. 35, paragraphe 85.

104. Plateau continental Jamahiriya arabe libyenne/Malte, arrêt, C.I.J., Recueil 1985, p. 30, parag. 27.

105. P. Weil, « Vers une conception territorialiste de la délimitation maritime », Mélanges Michel Virally, Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Paris, Pédone, 1991, pp. 501 à 511, spec. P. 511.

106. Paragraphe 439 de l'arrêt.

leur titre sur la marge continentale au-delà de 200 milles marins est fondé, dans une large mesure, sur l'article 76, paragraphe 4, lettre i) de la Convention¹⁰⁷.

124. Le titre à établir doit nécessairement se rattacher à la définition même du plateau continental. L'exercice de la délimitation maritime consiste à déterminer, par le truchement des sciences de la nature, l'étendue du prolongement naturel de chacun des deux Etats sous la mer, et à constater - non à attribuer - jusqu'où s'étend le socle sous-marin que la nature a placé devant chacun des deux Etats.

125. Durant les décennies écoulées, c'est le concept de prolongement naturel du territoire terrestre de l'Etat qui a permis de déterminer jusqu'où les droits de l'Etat sur les fonds marins s'étendaient vers le large. De nos jours, c'est le critère de la distance qui remplit cette fonction à la fois pour le plateau continental, la Zone économique exclusive et la mer territoriale. Rappelons que tout Etat côtier a droit à un plateau continental, prolongement naturel de son territoire. Ce droit peut être limité de cinq façons : 1) par 200 milles marins quand le rebord externe de la marge continentale est inférieur à cette distance ; 2) par le rebord externe de la marge continentale ; 3) par une distance de 350 milles marins lorsque le rebord externe de la marge continentale se trouve à une distance supérieure à celle-ci ; 4) par les droits et titres des Etats tiers ; 5) par les droits et titres de la communauté internationale représentée par l'autorité internationale des fonds marins. On aurait aimé disposer de données précises sur le plateau continental du Bangladesh et du Myanmar au-delà des 200 milles marins. Le critère de distance est lié au droit relatif au titre juridique d'un Etat sur le plateau continental. Comme l'indique la Cour internationale de Justice¹⁰⁸, le droit applicable au litige, c'est-à-dire à des prétentions portant sur des plateaux continentaux situés à moins de 200 milles des côtes des Etats en question, ne se fonde pas sur des critères géologiques ou géomorphologiques, mais sur un critère de distance de la côte, ou pour reprendre l'expression traditionnelle d'adjacence, sur le principe d'adjacence mesurée par la distance. Le pro-

107. Paragraphe 445 de l'arrêt.

108. Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, C.I.J., Recueil 1985, paragraphe 61.

blème ici réside dans le fait que ce critère n'est guère applicable au plateau continental au-delà de 200 milles. Les conséquences de l'évolution du droit du plateau continental s'observent au niveau de la vérification de la validité du titre juridique et à celui de la délimitation des prétentions concurrentes. Sur la base du droit actuellement applicable, c'est-à-dire du critère de distance, la validité des titres du Bangladesh et du Myanmar sur les fonds marins que ces deux Etats revendiquent est-elle prouvée ? Quel est l'impact des considérations de distance sur l'opération de délimitation proprement dite, laquelle doit aussi bien fixer des limites des projections maritimes des Etats vers le large que délimiter ces divers espaces entre les deux Etats ? Cette évaluation doit avoir en vue le fait que la délimitation doit aboutir à un résultat équitable par l'application de principes équitables aux circonstances pertinentes. Le juge doit statuer « sur une base de droit »¹⁰⁹. Pour ce faire, la Cour internationale de Justice a fixé le statut des principes équitables. Elle explique que les décisions judiciaires sont unanimes pour dire que la délimitation du plateau continental doit s'effectuer par application de principes équitables en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes afin d'aboutir à un résultat équitable. Cette façon de voir « n'est pas entièrement satisfaisante, puisque l'adjectif équitable qualifie à la fois le résultat à atteindre et les moyens à employer pour y parvenir »¹¹⁰. C'est cependant le but - le résultat équitable - et non le moyen utilisé pour l'atteindre, qui doit constituer l'élément principal de cette double qualification. « L'équité en tant que notion juridique procède directement de l'idée de justice. La Cour, dont la tâche est par définition d'administrer la justice, ne saurait manquer d'en faire application »¹¹¹. Il faut cependant distinguer entre l'application de principes et le fait de rendre une décision *ex aequo et bono* « car il ne s'agit pas d'appliquer l'équité simplement comme une représentation de la justice abstraite, mais d'appliquer une règle de droit prescrivant le recours à des principes équitables conformément aux idées qui ont toujours inspiré le développement du régime juridique du plateau continental en la matière »¹¹².

109. Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine, arrêt, C.I.J., Recueil 1984, paragraphe 59.

110. Plateau continental (Tunisie/Jamahiriyah arabe libyenne), arrêt, C.I.J., Recueil 1982, p. 59, paragraphe 70.

111. Ibid., p. 60, paragraphe 71.

112. Plateau continental de la Mer du Nord, arrêt, C.I.J., Recueil 1969, p. 47, paragraphe 85.

126. Ainsi, la justice, dont l'équité est une émanation, n'est pas la justice abstraite mais la justice selon la règle de droit; autrement dit, son application doit être marquée par la cohérence et une certaine prévisibilité. Bien qu'elle s'attache plus particulièrement aux circonstances d'une affaire donnée, elle envisage aussi, au-delà de cette affaire, des principes d'une application plus générale¹¹³. Les principes équitables recèlent donc un caractère normatif.

127. L'arrêt en l'espèce ne parvient pas à déterminer avec précision les titres respectifs du Bangladesh et du Myanmar sur le plateau continental au-delà des 200 milles marins. Il ne parvient pas non à établir leur étendue respective. S'agissant de la question de savoir s'il est compétent pour statuer sur les titres des Parties, le Tribunal relève la nécessité d'établir une distinction entre la notion de titre sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins et celle de limite extérieure du plateau continental. Il note « que l'article 83 de la Convention porte sur la délimitation du plateau continental entre Etats dont les côtes sont adjacentes où se font face, sans restriction quant à l'espace concerné. Cet article ne contient aucune référence aux limites indiquées à l'article 76, paragraphe 1, de la Convention. L'article 83 s'applique à la délimitation du plateau continental tant en-deçà qu'au-delà de 200 milles marins ». Il explique que le titre d'un Etat côtier sur le plateau continental existe uniquement parce qu'il est dûment fondé; il n'est pas nécessaire que des limites extérieures soient fixées. L'on a eu à invoquer l'article 77 de la Convention¹¹⁴.

128. Il y a là une différence capitale à marquer entre la délimitation terrestre - laquelle fait droit aux survivances coloniales - et la délimitation maritime. Contrairement à la première, la seconde ne consiste pas à rechercher le titre le meilleur, donc le seul décisif en droit; elle consiste à résoudre les difficultés nées de la coexistence de deux titres de même qualité juridique. « Tandis que la délimitation terrestre a pour objectif de *suum cuique tribuere*, la délimitation maritime est condamnée à amputer le titre de chacun. L'une est faite de reconnaissance, de consécration; l'autre de réduction, de sacrifice, d'amputation. On s'explique ainsi

113. Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, C.I.J., Recueil 1985, p. 39, paragraphe 45).

114. Paragraphe 361 de l'arrêt.

le rôle différent que joue l'effectivité dans les délimitations terrestres et les délimitations maritimes. L'occupation, l'exercice effectif des souverainetés étatiques, les actes de souveraineté : autant d'éléments qui contribueront à établir le titre le meilleur, donc le seul juridiquement à retenir, dans les problèmes de délimitation terrestre, mais qui sont sans pertinence dans la délimitation maritime¹¹⁵.

129. Ne parvenant pas à déterminer avec précision les titres respectifs des Parties sur le plateau continental au-delà des 200 milles marins, ni à établir leur étendue respective de façon à savoir si lesdits titres sont concurrents, se chevauchent où s'entrecroisent, le Tribunal adopte une autre démarche. Il dit :

« Les informations et rapports scientifiques communiqués dans la présente affaire, et qui n'ont pas été contestés, démontrent que le plateau continental du Myanmar n'est pas limité à 200 milles marins en vertu de l'article 76 de la Convention. Ils indiquent plutôt qu'il s'étend au-delà de 200 milles marins¹¹⁶ et «en conséquence, le Tribunal conclut que le Bangladesh et le Myanmar ont un titre sur un plateau continental au-delà de 200 milles marins. Les demandes soumises à la Commission par le Bangladesh et le Myanmar respectivement attestent que leurs titres se chevauchent dans la zone faisant l'objet du différend en l'espèce¹¹⁷. Le Tribunal ajoute qu'en ce qui concerne la Zone, il observe que les demandes des Parties soumises à la Commission font apparaître clairement que le plateau continental au-delà de 200 milles marins, l'objet de la délimitation dans la présente espèce, est situé loin de la Zone (paragraphe 368 de l'arrêt). Il se trouve que les données scientifiques contenues dans les demandes soumises à la Commission ne sont guère confirmées ou infirmées par celle-ci, puisqu'elle a interrompu leur examen à cause du différend, objet de la présente affaire (s'agissant de la décision de reporter l'examen de la demande du Myanmar et du Bangladesh¹¹⁸ . Les

115. P. Weil, « Delimitation maritime et delimitation terrestre », *International Law at a Time of Perplexity : Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pp. 1021 k 1026, spec. P. 1024.

116. Paragraphe 448 de l'arrêt.

117. Paragraphes 449 de l'arrêt.

118. Voir la Déclaration du Président de la Commission des limites du plateau continental sur l'avancement des travaux de la Commission, CLCS/64, 1er octobre 2009, p. 12, paragraphe 40, et la Déclaration du Président de la Commission des limites du plateau continental sur l'avancement des travaux de la Commission, CLCS/72, 16 septembre 2011, p. 7, paragraphe 22.

Parties se contestent leurs prétentions sur leur plateau continental respectif. En effet, alors qu'elles formulent l'une comme l'autre des revendications sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins, chacune d'elles conteste la revendication de la partie adverse. De la sorte, il n'existe guère de revendications concurrentes sur le plateau continental au-delà des 200 milles marins. Elles apparaissent plutôt exclusives l'une par rapport à l'autre. De l'avis des Parties, la question de la délimitation ne se pose pas. Eventuellement, la délimitation devrait être effectuée d'une manière telle qu'elle devrait laisser l'intégralité de la zone du plateau continental au-delà des 200 milles à l'une ou l'autre Partie. Dans ces conditions, on est réduit à des conjectures. Et en traçant la ligne telle qu'il l'envisage, le Tribunal ne préjuge-t-il pas des droits de la Communauté internationale ? Assurément, le recours préalable à la Commission était la voie à suivre.

130. On doit rappeler que le juge constate des titres. Il ne doit jamais les attribuer. Du fait de la nature de ses fonctions et de celle des titres, il lui est d'autant plus nécessaire de s'appuyer sur le droit existant, quelques incertains que soient les principes ou règles tirés de l'exigence d'une solution équitables. Le Tribunal feint de s'appuyer sur des principes de droit, mais faute de règles substantielles suffisamment précisés tirées du droit international général, il est réduit à statuer en opportunité.

131. Cette façon de voir rejaillit sur la méthode de délimitation retenue par le Tribunal - équidistance/circonstances pertinentes - dans la mesure où les composantes de l'opération de délimitation deviennent inopérantes, en un mot inapplicables ; ce pour trois raisons :

132. D'abord, c'est la juxtaposition des titres concurrents, qui se chevauchent ou s'entrecroisent dans toute leur étendue qui peut donner une idée de la zone pertinente, laquelle permet de vérifier l'absence de disproportion. Ce procédé joue un rôle important dans l'opération de délimitation en mesurant le rapport entre la longueur des côtes des Etats concernés et l'étendue des espaces maritimes qui leur reviennent. C'est dire qu'avec des suppositions très approximatives, il est difficile de produire le résultat clair attendu de la délimitation, laquelle doit aboutir à un résultat équitable. De fait, on ne sait plus s'il s'agit ici d'un différend

portant sur l'attribution d'un territoire ou d'un différend portant sur la délimitation de deux territoires, parce que la zone pertinente est inexistante parce qu'indéterminée.

133. « De l'avis du Tribunal, la méthode de délimitation à employer, dans le cas d'espèces portant sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins, ne diffère pas de celle utilisée en-deçà de cette distance. En conséquence, la méthode équidistance/circonstances pertinentes reste d'application pour délimiter le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Cette méthode est née de la constatation que la souveraineté sur le territoire terrestre constitue le fondement des droits souverains et de la juridiction de l'Etat côtier à l'égard tant de la Zone économique exclusive que du plateau continental. C'est là une question distincte de celle de l'objet et de la portée des droits en cause, qu'il s'agisse de la nature des espaces auxquels s'appliquent ces droits ou des limites extérieures maximales visées aux articles 57 et 76 de la Convention. Le Tribunal note à ce propos que cette méthode permet de résoudre - et résout effectivement dans le cas d'espèces au-delà de 200 milles marins, le problème de l'effet d'amputation que peut produire une ligne d'équidistance quand la côte d'une partie présente une concavité prononcée¹¹⁹ .

134. Cette méthode procède par des étapes bien déterminées au nombre de trois. La première étape consiste à établir la ligne d'équidistance provisoire. A ce stade, le juge ne s'intéresse pas encore aux éventuelles circonstances pertinentes, et la ligne est tracée selon des critères strictement géométriques, sur la base de données objectives. Le tracé de la ligne finale doit aboutir à une solution équitables (art. 74 et 83 de la Convention). C'est pourquoi, lors de la deuxième phase, le juge examine s'il existe des facteurs appelant un ajustement ou un déplacement de la ligne d'équidistance provisoire afin de parvenir à un résultat équitable. Enfin, dans une troisième étape, le juge devra s'assurer que la ligne ne donne pas lieu à un résultat inéquitable du fait d'une disproportion marquée entre le rapport des longueurs respectives des côtes et le rapport des zones maritimes pertinentes attribuées à chaque Etat par ladite ligne.

119. Paragraphe 455 de l'arrêt

135. Ensuite, l'identification des circonstances pertinentes devient - dans ces conditions - un exercice périlleux caractérisé par l'incertitude en ce qui concerne le plateau continental au-delà des 200 milles marins. Le rôle de la proportionnalité, la conduite des Parties, les données socioéconomiques, le cadre géographique général, la géologie et la géomorphologie pouvaient fournir des données de fait que le juge devait prendre en considération pour tracer une ligne équitable. La perspective s'est quelque peu déplacée et le juge a cherché à y mettre de l'ordre, en appréciant le poids qu'il convient d'accorder aux circonstances pertinentes dans une délimitation donnée. Selon la Cour internationale de Justice : « En réalité, il n'y a pas de limites juridiques aux considérations que les Etats peuvent examiner afin de s'assurer qu'ils vont appliquer des procédés équitables et c'est le plus souvent la balance entre toutes ces considérations qui créera l'équilibre plutôt que l'adoption d'une seule considération en excluant toutes les autres. De tels problèmes d'équilibre entre diverses considérations varient naturellement selon les circonstances de l'espèce »¹²⁰. Cependant, il en va autrement lorsqu'un organe judiciaire ou arbitral applique des procédures équitables. En effet, bien qu'il n'y ait certes pas de liste limitative des considérations auxquelles le juge peut faire appel, de toute évidence, seules pourront intervenir « celles qui se rapportent à l'institution du plateau continental telle qu'elle s'est constituée en droit, et à l'application de principes équitables à sa délimitation. S'il en allait autrement, la notion juridique de plateau continental elle-même pourrait être bouleversée par l'introduction de considérations étrangères à sa nature »¹²¹. En l'espèce, peut-on établir un lien convaincant entre les circonstances pertinentes invoquées par une seule Partie et les plateaux continentaux revendiqués de façon contradictoire par le Bangladesh et le Myanmar ? En particulier, la ligne d'équidistance réussit-elle à tenir compte des circonstances pertinentes, à savoir l'effet d'amputation qu'elle produit, la concavité de la cote du Bangladesh ainsi que le système détritique du Bengale ? Ces facteurs appellent-ils un ajustement ou un déplacement de la ligne d'équidistance au-delà des 200 milles marins afin de parvenir à un résultat équitable ? Le Tribunal s'est-il assuré que la ligne de délimitation retenue ne donnait

120. Plateau continental de la Mer du Nord, arrêt, C.I.J., Recueil 1969, p. 50, paragraphe 93.

121. Plateau continental Jamahiriya arabe libyenne/Malte, arrêt, C.I.J., Recueil 1985, p. 40, paragraphe 4.

pas lieu à un résultat inéquitable du fait d'une disproportion marquée entre le rapport des longueurs respectives des côtes et le rapport des zones maritimes pertinentes ? Quelles sont les zones maritimes pertinentes attribuées au Bangladesh et au Myanmar par la ligne de délimitation au-delà des 200 milles marins ?

136. Le Bangladesh soutient que les circonstances pertinentes dans la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins comprennent la géologie et la géomorphologie des fonds marins et du sous-sol, parce que le titre au-delà de 200 milles marins dépend uniquement du prolongement naturel, tandis qu'en-deçà de 200 milles marins, il est fondé sur la distance à partir de la côte¹²². D'après le Bangladesh, son droit sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins «repose solidement» sur la continuité géologique et géomorphologique entre le territoire terrestre du Bangladesh et tous les fonds marins du Golfe du Bengale. Le Bangladesh déclare que le Myanmar « n'a au mieux qu'une continuité géomorphologique entre sa propre masse terrestre et le plateau continental étendu »¹²³. En conséquence, selon le Bangladesh, « une délimitation équitable, conforme à l'article 83, doit nécessairement tenir pleinement compte du fait que le Bangladesh a 'le prolongement le plus naturel' dans le Golfe du Bengale et que le Myanmar n'a guère de prolongement naturel voire aucun prolongement naturel au-delà de 200 milles [marins] »¹²⁴.

137. Une autre circonstance pertinente évoquée par le Bangladesh est « l'effet de continuité de la côte concave du Bangladesh et l'effet d'amputation entraîné par la ligne d'équidistance du Myanmar ou par toute autre version d'une ligne d'équidistance ». D'après le Bangladesh, « plus une ligne d'équidistance ou même une ligne d'équidistance modifiée s'éloigne d'une côte concave », « plus elle coupe cette côte, rétrécissant continuellement le triangle d'espace maritime qui lui fait face »¹²⁵.

122. ITLOS/PV.1 1/6, p. 27, ligne 30.

123. ITLOS/PV.1 1/6, p. 28, lignes 41 à 43.

124. ITLOS/PV. 11/6, p. 29, lignes 14 à 22.

125. ITLOS/PV.1 1/6, p. 29, lignes 36 à 37.

138. Compte tenu de sa position, à savoir que le plateau du Bangladesh ne s'étend pas au-delà de 200 milles marins, le Myanmar n'a pas présenté d'arguments concernant l'existence de circonstances pertinentes relatives à la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins. A cet égard, le Tribunal constate que le Myanmar a déclaré qu'il n'existe pas de circonstances pertinentes nécessitant d'infléchir la ligne d'équidistance provisoire dans le contexte de la délimitation du plateau continental en-deçà de 200 milles marins.

139. Enfin, on peut s'interroger sur la nature de la ligne divisoire du plateau continental au-delà des 200 milles marins. Le Tribunal a décidé qu'au-delà de la limite de 200 milles marins du Bangladesh, la frontière maritime se poursuit le long de la ligne géodésique, visée au paragraphe 5, qui commence au point 11 en suivant un azimuth initial de 215°, jusqu'à ce qu'elle atteigne la zone ou les droits des Etats tiers peuvent être affectés¹²⁶. Le Tribunal a décidé que, compte tenu des circonstances géographiques de la présente espèce (concavité et effet d'amputation, l'île Saint Martin), la ligne de délimitation doit être infléchie à partir du point où elle commence à amputer la projection vers le large de la côte du Bangladesh et que sa direction sera déterminée en fonction de cette circonstance. A ce propos, il nous faut avouer notre étonnement pour les paragraphes 235, 236 et 237 de l'arrêt, puisque le Tribunal a choisi de retenir la méthode de l'équidistance/circonstances pertinentes. Le recours à d'autres méthodes ne se justifie que lorsque la méthode de l'équidistance aboutit à un résultat inéquitable et déraisonnée. Il y a donc une sorte de contradiction in se, un paradoxe logique à changer de démarche.

140. Si cette opération de délimitation peut se justifier pour le plateau continental jusqu'à 200 milles marins et la Zone économique exclusive, elle n'a aucune pertinence pour le plateau continental au-delà des 200 milles marins à cause de *l'ndéfinition* des titres des Parties. Ce, parce que sans titres concurrents et égaux sur un même espace, il n'a guère lieu à délimitation maritime. La sagesse commandait d'arrêter la ligne de délimitation aux 200 milles marins ; pas au-delà.

126. Paragraphe 6 du dispositif de l'arrêt.

141. Le Tribunal devait, dans les circonstances de l'espèce, opérer un renvoi préjudiciel pour régler cette partie restante du différend. Il devait prendre une ordonnance de renvoi, à cet effet. Le renvoi préjudiciel n'a jamais été effectué en droit international. C'est une notion de droit de l'Union européenne qui s'applique devant les juridictions des Etats membres de l'Union européenne.

142. Le renvoi préjudiciel est la possibilité offerte à une juridiction nationale d'interroger la Cour de Justice de l'Union européenne sur l'interprétation ou la validité du droit communautaire dans le cadre d'un litige dont cette juridiction est saisie. Son objectif est de garantir la sécurité juridique par une application uniforme du droit communautaire dans l'ensemble de l'Union européenne. La procédure est actuellement prévue par les articles 256 et 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

143. Le Tribunal est le seul à pouvoir le faire. Il faut ici rappeler les différentes positions exprimées par les cours et tribunaux internationaux concernant la délimitation au-delà des 200 milles marins. Dans l'*Arbitrage entre la Barbade et la République de Trinité-et-Tobago, relatif à la délimitation de la Zone économique exclusive et du plateau continental entre ces deux pays*, le Tribunal arbitral dit:

Toutefois, comme on le verra, la frontière maritime unique que le Tribunal a fixée est telle que, entre la Barbade et la Trinité-et-Tobago, il n'y a pas de frontière maritime unique au-delà de 200 milles marins. Point n'est donc besoin que le Tribunal traite les problèmes posés par le Rapport, dans cet espace maritime, entre les droits relatifs au plateau continental et les droits relatifs à la Zone économique exclusive. C'est pourquoi le Tribunal ne se prononce pas sur le fond du problème posé par l'argument avancé par la Trinité-et-Tobago¹²⁷.

44. Dans l'*Affaire du Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la Mer des Caraïbes*, la Cour internationale de Justice a déclaré :

127. Décision du 11 avril 2006, R.S.A., vol. XXVII, p. 242, paragraphe 368.

La Cour peut donc, sans pour autant indiquer de point terminal précis, délimiter la frontière maritime et déclarer que celle-ci s'étend au-delà du 82ème méridien sans porter atteinte aux droits d'Etats tiers. A cet égard, il convient également de relever que la ligne ne saurait en aucun cas être interprétée comme se prolongeant à plus de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale ; toute prétention relative à des droits sur le plateau continental au-delà de 200 milles doit être conforme à l'article 76 de la CNUDM et examinée par la Commission des limites du plateau continental constituée en vertu de ce traité¹²⁸.

145. De même, la sentence arbitrale, rendue en l'Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française (Saint-Pierre-et-Miquelon déclare qu'

[u]n tribunal ne peut pas parvenir à une décision en supposant, par pure hypothèse, que de tels droits existeront en fait »¹²⁹.

Dans ces différentes affaires, les cours et tribunaux internationaux se sont employés à appliquer le droit positif sans chercher à créer un précédent.

146. Le Tribunal international du droit de la mer, la Commission des limites du plateau continental, l'Autorité internationale des fonds marins et la Réunion des Etats Parties à la Convention, sont des organes institués par la Convention. Des organes qui doivent assumer un rôle déterminé, chacun en ce qui le concerne, dans le cadre de la Convention; celui de gardien et d'interprète authentique revient au Tribunal.

147. Il se trouve qu'il y a ici une limite, importante pour le Tribunal, à l'exercice de sa compétence. En effet, c'est la Convention qui charge spécifiquement la Commission, d'une part, d'

[e]xaminer les données et autres renseignements présentés par les Etats côtiers en ce qui concerne la limite extérieure du plateau continen-

128. Arrêt C.I.J., Recueil 2007, p. 759, paragraphe 319.

129. Décision du 10 juin 1992, RSA, vol. XXXI, p. 293, paragraphe 81.

tal lorsque ce plateau s'étend au-delà de 200 milles marins et soumettre des recommandations conformément à l'article 76, et au Mémoire d'accord adopté le 29 août 1980 par la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer.

148. La Commission jouit ici d'un pouvoir exclusif et discrétionnaire pour mener à bien les tâches à elle dévolues et dont le Tribunal doit tenir compte dans l'exercice de sa compétence en l'espece.

149. C'est pourquoi le Tribunal devait saisir la Commission à ce stade de la procédure et sans qu'il soit nécessaire qu'une des Parties en fasse la demande parce que le Tribunal devait se considérer inapte à rendre justice dans les circonstances de l'espece. Le renvoi est subordonné à l'appréciation du Tribunal.

150. Si le différend pouvait être réglé sur la seule base du droit international, si la question était matériellement identique à une question déjà résolue par la jurisprudence internationale ou enfin si l'application des règles et principes de délimitation pouvait aboutir à un résultat équitable et être en conformité avec l'article 76 de la Convention, le renvoi aurait été inutile. Or, dans les trois affaires qui ont eu à traiter de la question : l'*Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française (Saint-Pierre-et-Miquelon)* (Décision du 10 juin 1992, RSA, vol. XXXI, paragraphes 78 et 7); l'*Arbitrage entre la Barbade et la République de Trinité-et-Tobago, relatif à la délimitation de la Zone économique exclusive et du plateau continental entre ces deux pays*¹³⁰ et le *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la Mer des Caraïbes*¹³¹, les organes judiciaires et arbitraux ont adopté la prudence et se sont contentés de rappeler le droit en vigueur.

151. Il y avait vraiment nécessité de renvoi préjudiciel à la Commission pour apprécier la validité des titres présumés des Parties au différend devant ce Tribunal. Ceci nous aurait permis de rendre justice au

130. Décision du 11 avril 2006, RSA, vol. XXVII, paragraphe 213.

131. Nicaragua c. Honduras, arrêt C.I.J., Recueil 2007, paragraphe 319.

Bangladesh et au Myanmar et de trancher définitivement ce différend. Cela aurait ouvert également la voie aux autres juridictions internationales (CIJ et tribunaux arbitraux) pour traiter cette question difficile : c'était la voie de la sagesse.

152. Pour ce faire, le Tribunal devait saisir immédiatement le Président de la Réunion des Etats Parties et le Président de la Commission pour lever la suspension de l'examen de la demande du Myanmar, intervenue le 11 mai 2011. Il faut rappeler que le Myanmar est le premier sur la liste, et l'examen de sa demande aurait suffi au Tribunal dans l'exercice de sa compétence parce que les données et renseignements fournis par le Bangladesh ne sont pas contestés.

153. Le Tribunal aurait du donner mandat au Président et aux deux juges *ad hoc* pour assurer l'égalité des Parties dans la démarche. On aurait pu alors trouver un protocole d'accord avec la Commission et un échéancier précis. L'ordonnance de renvoi et ledit protocole auraient pu être annexés à l'arrêt rendu par le Tribunal le 14 mars 2012.

154. On aurait pu demander à la Commission de faire ses recommandations dans un délai d'un an : ce qui aurait ouvert une deuxième phase à la présente affaire. Le Tribunal peut en effet choisir, dans l'exercice de sa fonction judiciaire, les termes dans lesquels il entend répondre aux conclusions des Parties. Il peut donc parfaitement examiner et statuer séparément sur la question de la délimitation du plateau continental au-delà des 200 milles marins.

155. Ce genre de différend risque d'être prolifique dans un monde où les préoccupations territoriales jouent un rôle prééminent. L'occasion était opportune de créer un précédent procédural qui peut s'avérer très utile aux juridictions internationales appelées à exercer leur compétence en ces matières.

156. La Convention a conçu un système correspondant à l'idée que, pour certaines matières, il faut disposer d'une procédure légère, faisant appel à des experts plutôt qu'à des juristes, et dans laquelle la détermination des faits joue sans doute un rôle plus important que les considé-

rations proprement juridiques, parce que c'est la science qui répond aux questions scientifiques et pas le droit.

157. C'est ainsi que l'annexe II à la Convention institue la Commission des limites du plateau continental, laquelle est chargée d'adresser aux Etats côtiers des recommandations sur les questions concernant la fixation des limites extérieures de leur plateau continental, lorsque celui-ci s'étend au-delà des 200 milles marins des lignes de base.

158. En offrant des critères précis pour le tracé des limites du plateau continental, l'article 76 vient corriger les incertitudes de la Convention de 1958 qui avait fondé, entre autres, la définition du plateau continental sur le critère d'exploitabilité, laissant la porte ouverte à des extensions incontrôlées.

159. L'application des critères scientifiques contenus dans l'article 76 ne pouvait pas être laissée à la seule discrétion de l'Etat côtier qui reste habilité à établir le tracé de ses limites puisqu'il définit le rebord externe de la marge continentale et fixe la limite extérieure de son plateau continental¹³².

160. La Commission a été établie pour qu'un regard indépendant et objectif puisse analyser les éléments constitutifs de la revendication de l'Etat sur les limites extérieures de son plateau continental. La Commission doit contribuer au tracé définitif des limites extérieures du plateau continental. Elle doit aussi faire office de caution morale en empêchant les revendications excessives.

161. La délimitation maritime repose sur l'idée que les projections côtières des deux Etats voisins, mesurées l'une et l'autre par une certaine distance de leur côte, se chevauchent, se superposent. Sans titres concurrents et égaux sur un même espace, il n'y a pas lieu à délimitation maritime. Le problème en l'espèce, c'est que lesdits titres sont plus l'objet de présomption que de preuves, d'où la nécessité de recourir à la Commission.

132. Paragraphes 4 et 7 de l'article 76.

162. Le Tribunal est le gardien et l'interprète authentique de la Convention. Il se doit de la protéger et de la préserver sans complaisance.

Dakar, le 15 juillet 2015

ANNEXE1

L'objet des différends relatifs à la délimitation est en effet multiple: dans l'affaire des Grisbadarna (Norvège c. suède), Sentence du 23 octobre 1909, RSA, Vol. XI, pp. 147 et suivantes, le compromis d'arbitrage du 14 mars 1908 stipule : « Article 3 : Le Tribunal arbitral aura à décider si la ligne frontière doit être considérée, soit entièrement, soit en partie, comme fixée par le Traité de délimitation de 1661 avec la carte y annexée et de quelle manière la ligne ainsi établie doit être tracée que pour autant que la ligne frontière ne sera pas considérée comme fixée par ce Traité et cette carte, le Tribunal aura à fixer cette ligne »; dans les affaires du Plateau continental de la mer du Nord (RFA c. Danemark et RFA c. Pays-Bas), arrêt du 20 février 1969, CIJ, Recueil 1969, p. 3, l'art. le des compromis identiques dispose « La Cour internationale de Justice est priée de trancher les questions suivantes : 1) Quels sont les principes et les règles du droit international applicables à la délimitation entre les Parties des zones du Plateau continental de la mer du Nord relevant de chacune d'elles, au-delà de la ligne de délimitation partielle déterminée par la Convention susnommée du 9 juin 1965 ? 2) Les Gouvernements du Royaume de Danemark et de la République Fédérale d'Allemagne délimiteront le plateau continental de la mer du Nord entre leur pays par voie d'accord conclu conformément à la décision demandée à la Cour internationale de Justice ». En l'affaire de la Délimitation du Plateau continental entre le Royaume Uni et la France, Sentence du 30 juin 1977, R.S.A., Vol. XVIII, p. 130 et suivantes, l'article 2 du compromis du 10 juillet 1975 dispose : « Il est demandé au Tribunal de statuer conformément aux normes du droit international applicables en la matière entre les Parties, sur la question suivante : Quel est le tracé de la ligne (ou des lignes) délimitant les parties du plateau continental qui relèvent respectivement du Royaume-Uni ainsi que des îles anglo-normandes et de la République française, à l'Ouest de la longitude 30 minutes ouest du méridien de Greenwich et jusqu'à l'isobathe 1000 mètres ? 3) Le choix de l'isobathe 1000 mètres ne préjuge pas la position de l'un ou l'autre des deux gouvernements en ce qui concerne la limite extérieure du plateau continental »; Dans l'affaire du différend frontalier entre Dubaï et Sharjah, Sentence du 19 octobre 1981, ILR, Vol. 91, p. 543 et suivantes, l'article premier du compromis stipule : « First, the outstanding dispute

between the two Emirates of Dubai and Sharjah concerning the demarcation of the boundaries between them shall be referred to Arbitration»: Dans l'affaire du Plateau continental (Tunisie/Libye), arrêt du 24 février 1982, CIJ, Recueil 1982, p. 18 et suivantes, l'article premier du Compromis du 10 juin 1977 dispose « Il est demandé à la Cour de rendre son arrêt dans l'affaire suivante : Quels sont les principes et règles du droit international qui peuvent être appliqués pour la délimitation de la zone du plateau continental appartenant à la République Tunisienne et de la zone du plateau continental appartenant à la Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste et, en prenant sa décision, de tenir compte des principes équitables et des circonstances pertinentes propres à la région, ainsi que des tendances récentes admises à la 3^{ème} Conférence sur le droit de la mer. » ; Dans l'affaire du Golfe du Maine (Canada / Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 12 octobre 1984, CIJ, Recueil 1984, p. 246 et suivantes, le compromis du 29 mars 1979 dispose en son article 2 : «La Chambre est priée de statuer, conformément aux règles et principes du droit international applicables en la matière entre les Parties, sur la question suivante : Quel est le tracé de la frontière maritime unique divisant le plateau continental et les zones de pêche : du Canada et des Etats-Unis d'Amérique [...]. 2) La Chambre est priée de d'écrire le tracé de la frontière maritime en termes de lignes géodésiques reliant les coordonnées géographiques des points. La Chambre est également priée, à seules fins d'illustration, d'indiquer le tracé de la frontière sur la carte [...]; Dans l'affaire de la Guinée / Guinée-Bissau, Sentence du 14 février 1985, RSA, Vol. XIX, p. 149 et suivantes, l'article 2 du Compromis d'arbitrage du 18 février 1983 dispose: « Il est demandé au Tribunal de statuer conformément aux règles pertinentes du droit international sur les questions suivantes : « La Convention du 12 mai 1886 entre la France et le Portugal détermine-t-elle la frontière maritime entre les possessions respectives de ces deux Etats en Afrique de l'Ouest? Quelle valeur juridique peut-on attribuer aux protocoles et documents annexes de la Convention de 1886 pour l'interprétation de ladite Convention ? [...]. ». Dans l'affaire Libye / Malte, arrêt du 3 juin 1985, CIJ, Recueil 1985, p. 13 et suivantes, l'article premier du Compromis du 23 mai 1976 dispose: « Quels sont les principes et les règles du droit international qui sont applicables à la délimitation de la zone du plateau continental relevant [des deux Républiques] et comment, dans la pratique, ces principes et règles

peuvent-ils être appliqués par les deux Parties [...]?»). Dans l'affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée Bissau et le Sénégal, Sentence du 31 juillet 1989, RSA, Vol. XX, p. 121 et suivantes, l'article 2 du compromis d'arbitrage du 12 mars 1985 dispose : « Il est demandé au Tribunal de statuer sur les questions suivantes : 1) L'Accord conclu par un échange de lettres, le 26 avril 1960, et relatif à la frontière en mer, fait-il droit dans les relations entre la République de Guinée-Bissau et la République du Sénégal ? 2) En cas de réponse négative à la première question, quel est le trace de la ligne délimitant les territoires maritimes qui relèvent respectivement de la République de Guinée-Bissau et de la République du Sénégal ? ». Dans l'affaire entre le Canada et la France, Sentence du 10 juin 1992, RSA, Vol. XX, p. 267 et suivantes, l'article 2 du Compromis d'arbitrage dispose : « 1) Statuant conformément aux principes et règles du droit international applicables en la matière, le Tribunal est prié de procéder à la délimitation entre les Parties des espaces maritimes relevant de la France et de ceux relevant du Canada. [...] ». Dans l'affaire entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège), arrêt du 14 juin 1993, CIJ, Recueil 1993, p. 38 et suivantes, le Danemark demande à la Cour « De dire et juger que le Groenland a droit à une zone entière de pêche et de plateau continental de 200 milles face à l'île de Jan Mayen ; et en conséquence de tracer une ligne unique de délimitation de la zone de pêche et du plateau continental du Groenland dans les eaux situées entre le Groenland et Jan Mayen à une distance de 200 milles marins mesurée à partir de la ligne de base du Groenland [...] ». Dans l'affaire de la délimitation maritime entre l'Erythrée et le Yémen, Sentence du 17 décembre 1999, www.pca-cpa.org. Article 2 (3) du Compromis d'arbitrage du 3 octobre 1996 dispose : «The second stage shall result in an award delimiting maritime boundaries. The Tribunal shall decide taking into account the opinion that it will have formed on questions of territorial sovereignty, the United Nations Convention on the Law of the Sea, and any other pertinent factor». Dans l'affaire Qatar / Bahreïn, arrêt du 16 mars 2001, CIJ, Recueil 2001 : «Les parties prient la Cour de trancher toute question relative à un droit territorial ou à tout autre titre ou intérêt qui peut faire l'objet d'un différend entre elles, et de tracer une limite maritime unique entre leurs zones maritimes respectives, comprenant les fonds marins, le sous-sol et les eaux surjacentes » : Dans l'affaire de la frontière terrestre et

maritime entre le Cameroun et le Nigeria [Guinée Equatoriale (intervenant)], arrêt du 10 octobre 2002, CIJ, Recueil 2002, le 29 mars 1994, le Gouvernement du Cameroun a déposé au greffe de la CIJ une requête ou il expose que « la délimitation [de la frontière maritime entre les deux Etats était] demeurée partielle et [que] les deux parties n' [avaient] pas pu, malgré de nombreuses tentatives, se mettre d'accord pour la compléter ». Il priait en conséquence la Cour, « afin d'éviter de nouveaux incidents entre les deux pays, [...] de bien vouloir déterminer le tracé de la frontière maritime entre les deux Etats au-delà de celui qui avait été fixé en 1975 ». Dans l'affaire entre la Barbade et Trinité-et-Tobago relative à la délimitation de la ZEE et du Plateau continental entre ces deux pays, Sentence du 11 avril 2006, RSA, Vol. XVII, l'action avait été introduite par la Barbade le 16 février 2004 « en application de l'article 286 » de la Convention de Montego Bay. Le Tribunal était appelé à délimiter la ZEE et le Plateau continental entre les parties [Conclusions de la Barbade, paragraphes 2 et 15]. Dans l'affaire Guyana / Suriname, Sentence du 17 septembre 2007, l'instance a été introduite par le Guyane le 24 février 2004 « conformément aux articles 286 et 287 » de la Convention de Montego Bay. Le Tribunal était prié de prendre une décision au sujet de la délimitation de la mer territoriale, de la zone économique exclusive et du plan continental entre les deux parties [paragraphe 157 de la Sentence], L'affaire entre le Nicaragua et le Honduras, [arrêt du 8 octobre 2007, ILM 46 (2007), pp. 1053-11 18 a été introduite par le Nicaragua le 8 décembre 1999. Cet Etat priait la Cour « de déterminer le tracé d'une frontière maritime unique entre les mers territoriales, les portions de plateau continental et les zones économiques exclusives relevant respectivement du Nicaragua et du Honduras » [Requête du Nicaragua, paragraphe 6].

REVUE Tunisienne de Droit 1995

Centre d'Etudes, de Recherche et de Publications pp. 201- 234

**LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE
INTROUVABLE : A PROPOS DE LA NATURE
DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS**

Le Conseil Constitutionnel Français est devenu un produit d'exportation en Afrique francophone. Pour autant, sa nature profonde ne laisse de rendre perplexe. Ce débat, longtemps considéré en France comme purement académique, nous paraît aujourd'hui d'un intérêt capital au plan pratique également; en particulier lorsque l'on a en vue notre continent.

L'étude de la nature juridique du Conseil Constitutionnel apparaît à certains auteurs comme une question préalable¹. C'est que la qualification adoptée engendre des conséquences importantes quant à l'image de l'institution et à son devenir. Le problème réside dans le fait que les rédacteurs de la Constitution française comme ceux de l'Ordonnance organique du 7 novembre 1958 n'ont pas cru devoir prendre position sur la nature juridique du Conseil Constitutionnel. C'est ce silence des textes qui est la cause de la controverse à laquelle nous voudrions prendre part. Ce, en raison du fait qu'une institution aussi prestigieuse mais aussi très complexe ne peut être reçue sans inventaire en Afrique parce que la prothèse risque d'être rebelle sur un continent où *l'état de non-droit* a de beaux jours devant lui. L'instabilité constitutionnelle semble être la règle ici. La violation généralisée de la Constitution en Afrique francophone provient de la volonté délibérée d'écarter le droit lorsqu'il gêne les gouvernants.

Comme on a pu le relever "la Constitution avait une fonction de légitimation du Pouvoir de l'Etat nouveau. La volonté de donner à ce pouvoir un fondement juridique était ainsi affirmée. Mais la conception qu'il a de son rôle et l'idée qu'il a de sa mission, l'ont amené à se détourner de l'application de la Constitution dont on sait pourtant qu'il en est lui-même l'inspirateur. On a parlé de l'ineffectivité des constitutions africaines. Le problème est de savoir pourquoi ces constitutions ne sont pas appliquées. L'interrogation est donc la suivante : quelles sont les causes de l'ineffectivité des constitutions dans les Etats africains, et en particulier dans ceux d'Afrique Noire francophone?"⁽²⁾.

1. Voir Luchaire. (F), le Conseil Constitutionnel, Paris, Economica, 1980, p.33, le Conseil Constitutionnel est-il une juridiction ? RDP, 1979, Ould Bouboutt. (A.S), l'apport du Conseil Constitutionnel en droit administratif, Paris Economica, PUAM, 1987, pp. 3d et suivantes.

2. Kamto. (M), Pouvoir et droit en Afrique Noire, Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique Noire francophone, Préface Isoart. (P) Avant-propos, Conac, (G), Paris LGDJ, 1987, 548, p. 202.

Les explications sont nombreuses. Ce que l'on peut constater c'est la cohabitation des règles juridiques sans effet avec des attitudes politiques qui les foulent quotidiennement au pied. C'est donc par des attitudes singulièrement irrégulières que l'on rythme les mécanismes réels de la vie publique. Et cette situation n'est pas suffisamment dénoncée. L'espèce des personnalités pétries d'indépendance et de civisme n'est pas prolifique. La plupart des personnes influentes sont des consciences muettes, et donc complices. Les constitutions nominales ne choquent guère nos régimes. Elles informent la galerie et participent des "éléments du standing international" de nos Etats⁽³⁾. Nous avons les meilleurs textes mais leur mise en œuvre est exécrable. Depuis le retour à l'indépendance, la participation libre et efficace des populations demeure un objectif très lointain. La technologie des subterfuges et des irrégularités est très au point. Le droit n'est pas compris par le plus grand nombre et l'éducation civique laisse à désirer. Nos économies sont dans un état d'indigence chronique et l'on observe un abîme entre immaturité politique et les institutions édictées par la loi. Cet ensemble de données explique l'accaparement du pouvoir par des groupes restreints qui sont seulement préoccupés de s'y maintenir quoi que cela puisse coûter aux populations. A une époque où l'on parle beaucoup de transitions démocratiques⁽⁴⁾, on s'aperçoit que les aspérités sont tenaces et le multipartisme institué un peu partout avec la profusion de partis politiques qui en découle n'a servi qu'à atomiser les systèmes politiques et n'a pas encore doté les populations de civisme et de culture politique leur permettant, par exemple, de participer aux élections en connaissance de cause.

Si l'on observe le pouvoir politique en Afrique, c'est-à-dire en rechercher les paradigmes, mettre en perspectives ses continuités et discontinuités dans les formes qu'il s'invente, on est frappé par certains phénomènes. Les Etats africains d'aujourd'hui, qui varient dans leur idéologie, leur développement économique ou dans le style de leur leader-

3. Conac. (G), "L'évolution constitutionnelle des Etats francophones" in les institutions constitutionnelles des Etats d'Afrique Francophone et de la République malgache, Paris, Economica, 1979, p.6.

4. Voir Ndiaye (TM) "Des transitions démocratiques en Afrique" revue alternative démocratique dans les Tiers Monde" (Dakar) n 6 Juillet-décembre 1992 pp.13-29 Wodie (F) "Problématique de la transition démocratique en Afrique" même revue, pp. 5-12.

ship, développent tous une gangrène que l'on va subsumer en peu de mots et que les wébériens nomment le "néo-patrimonialisme". L'Etat néo-patrimonial⁽⁵⁾ se présente comme une excroissance de la greffe posée par l'Etat colonial et que l'Etat africain s'est réappropriée. La caractéristique essentielle des pratiques que génère le néo-patrimonialisme est la confusion du domaine public et du domaine privé. Ces pratiques recouvrent le clientélisme, le patronage politique, la corruption, bref l'achat d'allégeance. Tandis que le clientélisme politique se donne pour objet l'échange de faveurs de nature politique au plan interpersonnel, le patronage vise un échange de soutien ou des services politiques contre des faveurs d'un Etat ou d'une administration⁽⁶⁾- Le clientélisme est à la base de la création de factions politiques et a tendance à en faire un mode normal d'exercice de la compétition politique quel que soit le système partisan institué. Le patronage politique engendre quant à lui des fusibles sociaux ou de grands électeurs. Cette pratique permet au pouvoir politique de se créer des soutiens en tout genre. Elle se double le plus souvent de la corruption. Les logiques qui s'attachent à ces pratiques opérant une confusion consciente - c'est-à-dire le non respect de la distinction - entre le domaine public et le domaine privé sont la *personnalisation* du pouvoir et l'accumulation des ressources. ..

Le pouvoir n'est; plus institutionnalisé, il est personnalisé dans la mesure où l'on ne distingue plus une personne de sa fonction. La position publique, officielle, est l'objet d'une appropriation privée par son titulaire et ce, à tous les échelons du pouvoir. Le dirigeant politique peut ainsi se constituer un réseau personnel de pouvoir lui permettant de contrôler l'Etat. De même, chaque dépositaire ou attributaire de la moindre parcelle d'autorité publique la monnaie à son profit. De la sorte, le pouvoir se concrétise dans l'attitude du commis ou de l'huissier pour ne pas aller loin... Ainsi, la recherche du pouvoir engendre-t-elle la logique de l'accumulation des ressources qui finit par avoir raison de l'éthique des hommes.

5. Ndiaye. (TM), op. cit.p.15, note n°6.

6. Voir Medard. (J.F), "L'Etat postcolonial en Afrique Noire: l'interprétation néo- patrimoniale de l'Etat", Studia Africana, Publicacio del centre d'estudis africans, Barcelona. Février 1992. n°3, pp,125-133. spic. p.127.

C'est ainsi que le pouvoir, la richesse et le prestige entretiennent une relation synchrone parce que l'accès au pouvoir devient un mode privilégié d'accès à la richesse et au prestige social. C'est pourquoi l'enjeu de la compétition politique en Afrique dépasse le cadre simplement politique et on ne lésine guère sur les moyens : application formelle des procédures légales auxquelles toute portée est sous-traitée par d'ingénieux subterfuges débusquant la moindre lacune des textes pour l'utiliser; pressions multiples destinées à polluer l'expression du suffrage des électeurs, interprétation complaisante des textes, pressions indirectes sur le pouvoir judiciaire malgré le statut de la magistrature, etc. On se demande parfois si l'Afrique a vraiment besoin d'une justice constitutionnelle et si celle-ci se justifie⁽⁷⁾ dans la mesure où les régimes politiques juxtaposent des normes juridiques et des usages qui les contredisent quotidiennement. La réception du Conseil Constitutionnel en Afrique participe-t-elle de cette "législation-masque, des lois et règlements édictés uniquement pour la galerie, pour la réputation extérieure du pays et pour l'édification des instances internationales"⁽⁸⁾. Quoiqu'il en soit, la nature véritable de cette institution, longtemps repoussée par les constituants, est douteuse et mérite un examen attentif de la part des Africains. Quelle est la particularité du Conseil Constitutionnel Français? (I). Quelles conséquences peut-on tirer de la lecture de la Constitution? (II).

I- LA PARTICULARITE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Le Conseil Constitutionnel Français est-il un organe juridictionnel (A) et sinon, comment le situer par rapport à la fonction juridictionnelle (B).

7. Voir Favoreu (L) "Brèves réflexions sur la justice constitutionnelle en Afrique" pp. 40 -43 in Conac (Dir)- les cours suprême en Afrique, II la Jurisprudence : Droit constitutionnel, Droit social, Droit international, Droit financier, Paris, Economica, 1989, 229, p. spéc. 33 où l'auteur explique : " on se rappellera les justifications essentielles d'une justice constitutionnelle : apaisement des conflits politiques, " facilitation et authentification des alternances et des changements de majorité, protection des minorités contre les abus des majorités, adaptation progressive de la constitution aux changements sociaux... , voir en outre l'étude de Conac. (M.G) dans le même ouvrage, sur l'ineffectivité constitutionnelle, voir Kamto. (M), op. cit., pp. 439 et suivantes.

(8) Bugnicourt. (j) "Le mimétisme administratif en Afrique, obstacle majeur au développement", RFSP, vol XIII n 23, 1260.

A- Organe juridictionnel ?

La Constitution donne au Conseil Constitutionnel un certain nombre d'attributions diverses et dissemblables par leur objet et par la nature (1) dont l'examen a permis à une partie de la doctrine d'esquisser une qualification (2) de la nature du Conseil qu'il nous faudra rapprocher des signes distinctifs (3) de la juridiction.

1- *Des attributions diverses*

Le Conseil Constitutionnel bénéficie d'une compétence d'attribution. Il peut ainsi connaître de questions portant sur l'interprétation de la Constitution. Celle-ci énumère toutefois de façon limitative les attributions du Conseil, lesquelles regardent des hypothèses bien déterminées. Autrement dit, le Conseil Constitutionnel n'est pas habilité à connaître de toute question portant sur l'interprétation de la Constitution⁽⁹⁾. Les attributions du Conseil sont relatives à l'exercice du pouvoir de suffrage, à celui des mandats, aux pouvoirs exceptionnels, dont peut user le Président de la République et au contrôle de constitutionnalité.

a- Le droit du suffrage

Le Conseil Constitutionnel a des attributions importantes dans le domaine du suffrage. Il veille à la régularité des opérations de référendum, à l'élection présidentielle et il statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs.

En ce qui concerne les référendums, le Conseil Constitutionnel les contrôle et en proclame les résultats⁽¹⁰⁾. Cette attribution a été complétée par l'Ordonnance organique du 7 novembre 1958, laquelle prévoit la consultation du Conseil par le Gouvernement sur l'organisation des opérations de referendum. Le Conseil doit être "avisé sans délai de toute

9. Il est par exemple impossible de saisir le Conseil Constitutionnel en cas de con/lit -hypothèse vraisemblable- entre le Président de la République et le Premier ministre en période dite de "cohabitation" en France, c'est-à-dire lorsque la majorité n'a pas la même couleur politique que le Président de la République comme c'est actuellement le cas.

10. Article 60 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

mesure prise à ce sujet"⁽¹¹⁾ et peut "présenter des observations"⁽¹²⁾ en ce qui concerne la liste des organisations pouvant user des moyens officiels de propagande. L'intervention du Conseil porte sur la préparation et la surveillance de l'opération, la surveillance du recensement général des suffrages, l'examen et le jugement des contestations et la proclamation des résultats. La mention de la décision du Conseil doit figurer dans le décret de promulgation de la loi adoptée par le referendum⁽¹³⁾.

L'article 58 de la Constitution dispose que le Conseil Constitutionnel veille à la régularité de l'élection du président de la République. Il doit examiner les réclamations et proclamer les résultats. C'est au Conseil Constitutionnel que la Constitution confie le soin de statuer, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs⁽¹⁴⁾.

b- *L'exercice des mandats*

Le Conseil Constitutionnel contrôle la situation des titulaires d'un mandat électif national. Il apprécie si un parlementaire se trouve dans un cas d'incompatibilité et est appelé à sanctionner le cas échéant. La sanction des dispositions relatives aux incompatibilités est organisée par article L.O. 151 du Code Electoral.

Le Conseil Constitutionnel exerce un contrôle sur le mandat présidentiel. Il lui revient de constater que le Président de la République est empêché de remplir ses fonctions, que cet empêchement soit temporaire ou définitif. Le Conseil doit être saisi par le Gouvernement et il statue à la majorité absolue de ses membres, ce qui exclut l'usage par le Président de sa voix prépondérante. La notion d'empêchement n'ayant pas été précisée par la Constitution, le Conseil dispose d'une compétence discrète.

11. Article 46 de l'Ordonnance organique du 7 novembre 1958.

12. Article 47 de la même ordonnance.

13. Article 47 d 50, Ibid.

14. Voir. Rousseau. (D), op. cit. pp.279-303, Philip. (L), "les attributions et le rôle du Conseil Constitutionnel en matière d'élections et de referendum", RDP, 1962, pp. 46 et ss - "Le Conseil Constitutionnel, juge électoral", Pouvoirs, n°13, 1980, PP-61, Ardant. (Ph), "Le contentieux électoral devant le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat" in Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat, Paris, LGDJ, 1988, PpS5 et ss.

tionnaire d'appréciation. Il semble que "la pratique en matière d'intervention du Conseil Constitutionnel en ce qui concerne le mandat présidentiel montre que l'exercice de cette attribution demeure relativement incertain"⁽¹⁵⁾.

c- Les attributions consultatives

Elles sont relatives aux pouvoirs exceptionnels du Président de la République et à l'organisation des opérations de référendum. L'article 16 de la Constitution prévoit la consultation du Conseil Constitutionnel lorsque le Président de la République décide d'user des pouvoirs exceptionnels. A ce titre, le Conseil rend des avis qui ne lient pas le Chef de l'Etat. L'Ordonnance organique du 7 novembre 1958 prévoit quant à elle la consultation du Conseil Constitutionnel par le Gouvernement sur l'organisation des opérations de référendum. Cette attribution complète l'article 60 de la Constitution.

d- Le contrôle de la constitutionnalité

Il concerne les différentes catégories de normes constituant l'ordonnement juridique. Le Conseil contrôle la constitutionnalité ; des textes législatifs, des traités et des règlements des assemblées parlementaires.

Les lois organiques et les règlements des assemblées sont obligatoirement soumis, avant promulgation ou mise en application, au Conseil Constitutionnel "qui se prononce sur leur conformité à la Constitution"⁽¹⁶⁾.

En revanche, la saisine du Conseil Constitutionnel est facultative en ce qui concerne la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire en fonction de la délimitation opérée par la Constitution. Le Conseil peut être saisi pour sanctionner les empiétements du législateur sur le domaine réglementaire.

15. Prelot. (M), Boulois. (J). Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, Dalloz, 1990, 11ème éd. p. 908.

16. Article 61 de la constitution.

Les lois ordinaires peuvent être déférées au Conseil Constitutionnel qui sera ainsi appelé à se prononcer, le cas échéant, sur leur conformité à la Constitution. La saisine est effectuée avant leur-promulgation par le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat, soixante députés, soixante sénateurs. La saisine du Conseil Constitutionnel suspend le délai de promulgation. Le Conseil doit statuer dans le délai d'un mois. Ce délai est ramené à huit jours si le Gouvernement a déclaré l'urgence. Il en est de même pour les lois organiques.⁽¹⁷⁾

Il y a enfin le contrôle de conformité des engagements internationaux organisé par l'Article 54 de la Constitution qui dispose que "si le Conseil Constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier Ministre ou par le Président de l'une ou de l'autre Assemblée, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution".

Ces différentes attributions ne sont pas d'un grand secours pour la détermination de la nature de l'institution à propos de laquelle les textes ne soufflent mot. La qualification est plutôt le fait de la doctrine.

2- La qualification

En dépit - ou en raison ?- du silence des textes, la grande majorité de la doctrine n'hésite pas à attribuer au Conseil Constitutionnel une nature juridictionnelle⁽¹⁸⁾.

Elle fonde son analyse sur trois arguments principaux. D'abord, la fonction essentielle du Conseil est de dire le droit. Ceci permet aux au-

(17). Le droit de saisine du Conseil Constitutionnel par les parlementaires a été introduit par la loi constitutionnelle votée par le Congrès le 129 octobre 1974.

(18). La quasi totalité des manuels de droit constitutionnel consacre au moins un paragraphe à cette question. En général, c'est pour affirmer la nature juridictionnelle du Conseil Constitutionnel. On citera les études plus spécifiques :

Waline Marcel, préface aux grandes décisions du Conseil Constitutionnel, F avoreu.(L) et Philip. (L), Paris, Sirey, 1991, 6e édition, pp. XI-XIXI; Luchaire. (F), "Le Conseil Constitutionnel est-il une juridiction? RDP, 1979, pp. 27 et suivantes; Riveiro. (J), Libertés publiques,

teurs de reconnaître un caractère juridictionnel au contrôle de constitutionnalité. Selon Pactet. (M)¹⁹, par exemple, le contrôle est juridictionnel: bien qu'il ait parfois été contesté, c'est un point qui ne saurait faire de doute. En effet, le Conseil ne se prononce ni en équité, ni en opportunité mais, exclusivement, en droit. Sa tâche consiste, d'une part, à examiner le contenu du texte qui lui est déféré, d'autre part, à le confronter aux normes constitutionnelles pour en décider, soit la qualification (législative ou réglementaire), soit la validité juridique (il est conforme ou non à la Constitution). Dans un cas comme dans l'autre, il ne peut se déterminer qu'en fonction de considérations de pure et stricte légalité constitutionnelle. A la question : le Conseil Constitutionnel est-il une juridiction? Waline. (M)²⁰ répond: "Pour résoudre cette question, il faut d'abord s'entendre-sur les caractères que doit présenter une institution pour être une juridiction, ou, plus exactement, pour statuer juridiction-

Paris. PUF, 1981, numéro spécial de la revue Pouvoirs, n °13 partant sur le Conseil Constitutionnel, PUF, 1980. p..216,' F avoreu.

(L). "Le Conseil Constitutionnel, régulateur de l'activité normative des Pouvoirs publics", RDP, 1967, pp.115 et suivantes; Julliard. (P), "Difficultés du changement en matière constitutionnelle l' aménagement de l'article C51 de la Constitution", RDP, 1974. pp.1708 et ss; âebreton. (P), "Les particularités de la juridiction Constitutionnelle", RDP, 1983, pp. 419,' Balat. (J,C), la nature juridique du contrôle de la constitutionnalité des lois dans le cadre de l'article 61 de la Constitution de 19.58, Paris, PUF, 1983; Favoreu. (L) et Philip. (L), le Conseil Constitutionnel, Que sais-je? n °1724.' Favoreu. (L),1 "Brèves réflexions sur la justice constitutionnelle en Afrique" in Conac. (G) (dir). Les cours suprêmes en Afrique, II, La jurisprudence: Le Droit Constitutionnel . Droit social, Droit financier, Paris, Economica, 1989 spéc. pp. 40-43; Luchaire. (F), Le Conseil Constitutionnel, Paris, Economica 1980 . Kelsen. (H), "La garantie juridictionnelle de la Constitution" RDP 1928, pp. 198 et suivantes; Rousseau. (D). Droit du contentieux constitutionnel, Pari Montchrestien 1992. Domat Droit public, 2e édition, pp. 47 et s.

(19) _Pactet. (P), Institutions politiques, Droit constitutionnel, Paris, Masson, 1992.

11€ édition, 567 p.p.469.

(20) Waline. (M), op. cit. note n°18. 3

nellement²¹... Il résulte de l'analyse même du mot "juridiction" que celle-ci a pour fonction de dire le droit; mais il faut ajouter qu'elle le dit dans une forme solennelle, et au nom de l'Etat: des arbitres peuvent dire le droit, mais le disent, non pas au nom de l'Etat, mais au nom des signataires du compromis; ils ne sont donc pas une juridiction, et leur sentence ne s'impose que, soit par l'accord des parties, soit par l'homologation accordée, sous le nom d'exequatur, par une juridiction de l'Etat". Ceci permet à Waline. (M) d'identifier un élément matériel dans l'acte juridictionnel : le fait que la juridiction statue en droit, et non en équité, par exemple (sauf si la loi lui en laisse expressément la faculté). Cela ne signifie naturellement pas que la juridiction n'ait pas à établir les faits qui donnent lieu à son jugement: elle doit le faire dans toute la mesure où cela est nécessaire pour savoir quelle règle de droit est en jeu, soit pour constater sa violation, soit, de façon plus générale, pour déterminer la norme juridique applicable²². Ramenés dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, ces propos traduisent le fait que le Conseil connaît de la possible contrariété normative entre loi / constitution, règlement des assemblés/constitution ou encore traités /constitution pour déterminer la conformité de ceux-ci à celle-là.

Le second argument principal relatif à la nature juridictionnelle du Conseil Constitutionnel résulte de l'existence d'un différend nécessitant l'intervention d'un tiers. On pense alors à la contestation du résultat d'une élection constitutive, d'un contentieux électoral. L'argument vaut pour les différends susceptibles de se cristalliser en vertu des articles 37,41 ou 61 de la Constitution. Il faut cependant relever l'inexistence ou le défaut de contestation en ce qui concerne le contrôle des lois organiques et des règlements des assemblées lesquels sont obligatoirement soumis, avant promulgation ou mise en application, au Conseil.

(21) Selon l'auteur, la nuance est d'importance, parce que le Conseil d'Etat par exemple ou la Cour des comptes ne sont pas toujours des juridictions: le Conseil d'Etat ne l'est pas lorsqu'il statue administrativement pour donner des avis au Gouvernement, non plus que la Cour des comptes, lorsqu'elle arrête les termes de son rapport au Président de la République, -ce qui ne les empêche ni l'un ni l'autre d'être unanimement considérés comme des juridictions lorsqu'ils exercent leurs autres fonctions.Ibid.

(22) Ibid.

Le troisième argument de la doctrine est le fait que les décisions du Conseil Constitutionnel sont revêtues de l'autorité de la chose jugée ou *res judicata*. Il faut entendre par là que les décisions du Conseil font autorité à l'égard du législateur, du Gouvernement et des Cours Suprêmes des deux ordres (Conseil d'Etat, Cour de Cassation). Cet "élément formel de l'autorité de la chose jugée, qui est non moins essentiel"²³ apparaît comme le plus déterminant pour la qualification juridictionnelle du Conseil. Sa conciliation avec les intentions des constituants et le texte même de la Constitution ne laisse cependant de rendre perplexé. Il faut se rappeler que c'est à propos de cette question qu'a été abordé le problème de la nature juridictionnelle ou non du Conseil. Initialement, le texte prévoyait expressément que les décisions du Conseil, susceptibles d'aucun recours étaient *res judicata*. Cette formulation était soustraite à la rédaction définitive après que certains constituants eurent fait observer qu'elle inferait que le Conseil fut une juridiction. C'est alors qu'on l'a remplacée par l'actuel article 62 libellé comme suit: "les décisions du Conseil Constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles". On remarque que l'expression "autorité de la chose jugée" ne figure pas dans la Constitution même si le Conseil a très vite interprété les dispositions de l'article 62 comme synonymes de *res judicata*. En effet, Conseil dit "considérant que l'article 62, alinéa 2 de la Constitution doit être interprété comme excluant toute voie de recours contre les décisions du Conseil Constitutionnel, notamment en matière électorale, tant devant le Conseil Constitutionnel lui-même que devant tout autre juridiction"²⁴. Plus tard, le Conseil dira que la recevabilité d'une demande en rectification d'erreur matérielle "ne met pas en cause l'autorité de la chose jugée par le Conseil Constitutionnel"²⁵.

(23) Ibid, p.XII.

(24) c.c. 58-90 b1. «,5 mm* 1959. R., p.223.

(25) c.c. 87-1062 au 23 octobre 1987, R. p.55. La cour de «manon et te conseil d'Etat ont reconnu l'autorité de la chose jugée aux décisions du Conseil Constitutionnel (C. Cas, 25 avril 1985, D. 1986, Chron., p.169 note Favoreu, CE. Ass., 20 décembre 1958. D. 1986. J. p.283). Le Conseil d'Etat limite cependant cette autorité au seuil dispositif sans l'étendre aux motifs.

C'est en se fondant sur ces principaux arguments que la doctrine croit pouvoir attribuer au Conseil Constitutionnel une nature juridictionnelle. Force est pourtant de constater que la Constitution comme les autres textes relatifs au Conseil Constitutionnel restent muets sur ce problème. On y recherchera en vain, à propos de l'organe constitutionnel, des termes comme "cour", "tribunal", "juridiction", "arrêté", "jugement", "juges", etc. Cette situation incite à rechercher les véritables contours d'une juridiction.

3- Les traits distinctifs d'une juridiction

a- La juridiction

D'une manière générale, écrit le Pr. Diaite. (I), deux considérations peuvent permettre de savoir si un organisme est une juridiction. En premier lieu, le juge à pour fonction essentielle de statuer sur des contestations ou des différends. En second lieu, le juge rend des décisions obligatoires et définitives.²⁶

Si on laisse de côté la question de savoir si les membres du Conseil Constitutionnel sont ou non des juges²⁷, nombre de fonctions et activité du Conseil l'éloignent de celles d'une juridiction.

Dans sa décision C.C. 62-181, du 16 janvier 1962, Rec. p.31, le Conseil note "Considérant d'une part, qu'aux termes de l'article 62 in fine de la Constitution: "les décisions du Conseil Constitutionnel... s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles", que l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache non seulement à leur disposition mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même". Voir en outre Luchaire. (F), op.

cit. note 18, pp. 27-52; Rodeville-Hermann. (J), "Le principe d'autorité de chose jugée", RDP, 1989, pp.1735 et suivantes; les Grandes décisions du Conseil Constitutionnel (Favoreu. (L), Philip. (L). 6e édition, op. cit. pp.161-174.

(26) Diaite. (I), l'intervention devant les juridictions internationales, thèse. Université de Paris, 1968, mult., p.16. Le tribunal administratif des Nations unies créé par la résolution de l'A.G. de l'ONU du 9 décembre 1948, a soulevé des doutes sur son véritable caractère. La question fut tranchée par la Cour Internationale de Justice dans son avis consultatif du 13 juillet 1954 qui y a vu un corps judiciaire. La Cour dit "suivant un principe de droit bien établi et généralement reconnu, un jugement rendu par un pareil corps judiciaire est chose jugée et a force obligatoire entre les parties au différend". CU, rec. 1954. p. 53.

(27) Voir infra.

Il en est ainsi lorsque le Conseil est consulté sur la base de l'article 16 de la Constitution relatif aux pouvoirs exceptionnels du Président de la République. A ce titre, le Conseil rend des avis qui ne sont pas déterminateurs, c'est-à-dire qui ne lient pas le Chef d'Etat. De même, l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique prévoit la consultation du Conseil Constitutionnel par le Gouvernement sur l'organisation des opérations de référendum. L'avis rendu est simplement consultatif.

C'est au Conseil saisi par le Gouvernement et statuant à la majorité absolue de ses membres qu'il appartient de constater l'empêchement du Président de la République en vertu de l'article 7 de la Constitution. Si le constat et la déclaration de l'empêchement définitif engendrent, par la vacance, des conséquences importantes, on est réduit aux conjonctures en ce qui concerne les situations pouvant entrer dans la qualification d'empêchement. Qui plus est, la situation d'empêchement est une situation de fait, pas de droit, et l'acte de constatation, c'est-à-dire la déclaration, n'est pas un acte juridictionnel.

En ce qui concerne le contrôle de constitutionnalité, il faut distinguer les cas où le Conseil, statuant en droit, n'est en présence d'aucune contestation ou de différends et les autres cas. Aux termes de l'article 61, le Conseil exerce le contrôle de constitutionnalité des règlements des assembles et des lois organiques systématiquement même si la conformité à la Constitution n'est contestée par personne devant lui. Il en est de même lorsque le Conseil est saisi par le Gouvernement du point de savoir si un texte de forme législative a le caractère réglementaire ou législatif. Là encore, il n'y a aucune contestation et le Conseil recherche le caractère véritable du texte à la manière d'un jurisconsulte.

Le conseil n'exerce pas d'activité juridictionnelle lorsqu'il prend des mesures d'organisation inférieure, comme la désignation périodique des rapporteurs-adjoints²⁸ ou celle des délégués chargés de suivre sur place les opérations de référendum²⁹ ou l'élection du Président de la République³⁰. Il en est de même lorsque le Conseil Constitutionnel prend des décisions à caractère administratif comme celles relatives à l'établissement de la liste des candidats à l'élection présidentielle ou l'établissement de la liste des candidats pour le second tour³¹. Il y a enfin le cas du report de l'élection présidentielle consécutif au décès d'une personne ayant annoncé publiquement son intention d'être candidate ou celui du décès d'un candidat³². Les dispositions y relatives n'ont jamais fait l'objet de duplication pour permettre une appréciation sur la nature de l'intervention du Conseil Constitutionnel.

En revanche, dans le domaine du contentieux électoral, le Conseil Constitutionnel exerce une activité qui le rapproche d'une véritable juridiction. Il tient ses compétences dans ce domaine de la Constitution. Il faut dire que celle-ci a été conçue pour mettre un terme à l'hégémonie de ce que l'on nommait la "République des députés" pour qualifier la quatrième république.

La limitation de la souveraineté parlementaire apparaissait comme une obsession. Dans son exposé de la Constitution devant le Conseil d'Etat le 27 août 1958, Debre. (M) expliquait qu'"en France, la stabilité gouvernementale ne peut résulter d'abord de la loi électorale, il faut qu'elle résulte au moins en partie de la réglementation constitutionnelle... La création du Conseil Constitutionnel manifeste la volonté de subordonner la loi, c'est-à-dire la décision du Parlement, à la règle supérieure édictée par la Constitution. La Constitution crée ainsi une arme contre

(28) Article 36, alinéa 2 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958.

(29) Article 48 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1953-

(30) Loi du 6 novembre 1962, article 3-HI.

(31) Ibid .3-1.

(32) Loi constitutionnelle, n ° 76-527 du 18 juin 1976.

la déviation du régime parlementaire". Selon lui, la Constitution retire aux assemblées le contrôle de la régularité des élections législatives pour le confier au Conseil Constitutionnel "afin de faire disparaître le scandale des invalidations partisans". L'intervention du Conseil dans le domaine électoral comporte un caractère juridictionnel lorsqu'il statue sur des réclamations dirigées contre la liste des candidats à l'élection présidentielle ou contre l'attribution à un candidat d'un signe distinctif.

Le Conseil Constitutionnel affirme qu'il statue en tant que juridiction aussi bien lorsqu'il constate la déchéance d'un parlementaire³³ que lorsqu'il est saisi d'une contestation relative de la situation d'un parlementaire au regard du régime des incompatibilités³⁴. Il en est de même de la proclamation des résultats de l'élection du Président de la République ou du référendum en ce sens que le Conseil statue en la circonstance sur les réclamations dirigées contre les opérations de vote. Qui plus est, le règlement applicable au contentieux électoral, que le Conseil a élaboré sur la base de l'article 56 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, organise une procédure de type juridictionnel³⁵. Et comme le note M. Genevois. (B), depuis le 13 avril 1967, la haute instance fait figurer dans la décision notifiée aux requérants et publiée au Journal Officiel le nom de ses membres ayant siégé, en se conformant ainsi à la règle générale de procédure selon laquelle une décision de justice doit faire la preuve par elle-même de sa régularité et contenir le nom des juges ayant pris part à la délibération³⁶.

(33) C.C. 83-4 D du 24 mai 1983. p.115.

(34) C.C. 87-61 du 24 novembre 1987.

(35) L.o.R.F. 31 mai 1959, 6 mars 1986 et 26 novembre 1987.

(36) Bruno Genevois, la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, principes directeurs, Paris, Ed. STH, 1988, 406, n°1.p.328.

b- Les caractéristiques de la juridiction

Un certain nombre d'éléments doivent être réunis pour que l'on puisse identifier une juridiction :

b-1- La composition du tribunal:

La juridiction est réputée composée de juges lesquels sont recrutés chez les magistrats ou à tout le moins chez des personnes exerçant des professions juridiques. De ce point de vue, le recrutement des membres du Conseil Constitutionnel justifie quelques réserves et les premières désignations n'ont pas manqué de rendre perplexes. Nombre de nominations sont très vite apparues comme le produit de l'amitié politique et le statut des membres du Conseil est loin d'en faire de véritables magistrats. Depuis sa création, le Conseil Constitutionnel n'a pas encore réuni neuf professionnels du droit pendant un mandat.

b-2- La qualité des justiciables

Elle est déterminée en fonction de la nature de la juridiction elle-même et des sujets de droit qui ont un titre juridique à la saisir. Si l'on rapporte ces éléments au Conseil Constitutionnel, lequel est censé connaître du droit constitutionnel, la question revient à passer en revue les auteurs de sa saisine. Il faut ici relever d'abord les cas de saisine automatique pour les règlements des assemblées et les lois organiques qui rendent difficiles la qualification de l'instance. Les autres cas de figure sont indiqués par la Constitution. Le Conseil peut être saisi par le Premier Ministre³⁷ ou par ce dernier et les Présidents des assemblées³⁸ en ce qui concerne la régulation des compétences.

S'agissant de la constitutionnalité des traités internationaux, le Conseil peut être saisi par le Président de la République, le Premier Mi-

(37) Article 37. § 2 de la Constitution.

(38) Article 41 de la Constitution

nistre, les Présidents des assembles, soixante députés ou soixante sénateurs³⁹. En ce qui concerne la constitutionnalité des lois, le Conseil peut être saisi par les quatre auteurs ci-dessus indiqués et les soixante députés ou soixante sénateurs avant la promulgation.⁴⁰

b-3- La nature des différends

"Un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, | une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts | entre deux personnes"⁴¹, Les différends -lorsqu'ils existent- portés devant le Conseil sont-ils juridiques ou politiques?

Juridiques, c'est-à-dire dans lesquels s'opposent des prétentions de droit, par exemple prétention d'une partie à un droit contesté par l'autre partie, allégation par une partie d'une obligation à la charge d'une autre partie qui conteste l'existence de cette obligation, contestation sur l'existence, l'interprétation ou l'application d'une règle de droit ou d'un engagement conventionnel⁴². Le différend politique désigne un différend consistant en une opposition d'intérêts sans contestation de droit ou se superposant à une contestation préalable de droit, une demande d'avantages avec ou sans contrepartie qui se heurte à un refus ou à une résistance au moins partielle, une demande contestée tendant à modifier la situation juridique existant en invoquant l'opportunité politique, la convenance unilatérale ou réciproque, l'équité.⁴³

Ramenées au système du Conseil Constitutionnel, ces considérations permettent de se poser la question de savoir si l'objet de sa saisine consiste véritablement en un différend, si on laisse de côté la matière

(39) Article 54 nouveau.

(40) Article 61, § 2.

(41) cf. t. 1.. série A, n°2, -p.11.

(42) Dictionnaire Basdevant de la terminologie, p.211.

(43) Ibid, "Les différends politiques... sont des différends... dont la solution est recherchée au delà du droit positif en vigueur. Ce qui les caractérise... C est que ceux qui les élèvent veulent les soustraire au droit strict, qui ne leur paraît plus correspondre aux nécessités politiques ou aux exigences de l'équité". M. Bourquin, RCDI, t. 35 , p.188.

d'électorale ou la procédure est différente de celle du contrôle de constitutionnalité et où le jugement est rendu de façon contradictoire; ce genre de différend apparaissant comme tout à fait justiciable⁴⁴, c'est-à-dire susceptible d'être soumis pour décision à un juge objectivement, parce que, par sa nature, il peut être réglé par application des règles de droit.

b-4- La procédure

Il n'y a pas de procédure-type applicable à l'ensemble des juridictions. Dans le cas du Conseil Constitutionnel, la procédure est rudimentaire. On note l'absence des parties, le caractère sommaire des pièces et l'exclusion des représentants ou d'avocats. Si l'on écarte la matière électorale, on peut dire que le Conseil n'est pas saisi d'un véritable contentieux. Il n'y a pas de différend porté devant lui et opposant des parties. La procédure suivie n'est pas contradictoire et elle est largement secrète et des pièces essentielles sont inconnues du public; toutes choses qui ne rappellent guère une procédure devant une juridiction.

b-5- Le droit applicable

Le droit applicable est fonction de la compétence d'attribution de la juridiction et des règles subséquentes que dégage celle-ci. C'est dire l'importance de la fonction interprétative du juge qui est aussi source de droit. Dans le cas du Conseil Constitutionnel, le droit applicable est essentiellement la Constitution, le "bloc de constitutionnalité", les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et les principes ayant valeur constitutionnelle ainsi que les principes généraux du droit.

b-6- l'autorité au nom de laquelle la décision est rendue

Elle permet de se faire une idée très précise sur le caractère d'une

(44) De Visscher. (Ch), "La notion de justiciabilité est une notion relative. Elle n'a pas pour l'homme de droit le même sens que pour l'homme politique. Pour le premier, la justiciabilité dépend d'un critère objectif: c'est l'aptitude d'un différend, à être réglé sur la base des principes de droit. Aux yeux du politique, un différend apparaît comme justiciable ou non justiciable selon que le rapport plus ou moins intime qu'il présente avec intérêt de l'Etat permet ou interdit à celui-ci de se dessaisir à son endroit de sa décision personnelle et discrétionnaire". Théorie et réalités. p.410.

juridiction. Le Conseil Constitutionnel prend-il ses décisions au nom du peuple français?⁴⁵.

La régulation des activités des pouvoirs publics suppose nécessairement l'exercice d'une fonction juridictionnelle par laquelle les actes de ces pouvoirs sont jugés au regard de leur constitutionnalité. Cependant, ce qui caractérise le Conseil Constitutionnel, c'est que cette fonction juridictionnelle est exercée en même temps que d'autres fonctions à lui clairement votées par la Constitution qu'elles soient délibératives ou administratives ; ce qui enlève toute possibilité de qualification irréfutable de l'institution et qui infère la recherche d'autres critères.

B- Le conseil constitutionnel et la fonction juridictionnelle

Il apparaît souhaitable de recourir à d'autres indices pour être fixé sur la nature véritable du Conseil Constitutionnel. De ce point de vue, la volonté du constituant, matérialisée par le titre VII de la Constitution de 1958 et la loi organique du 7 novembre 1958 relative à l'organisation et au fonctionnement du Conseil et le mode de recrutement des membres de l'institution, peut être d'un certain secours quant à l'appréciation de la nature du Conseil.

1- Volonté du constituant

La création du Conseil Constitutionnel n'était guère mue par une rationalité juridictionnelle. L'idée était simplement la subsidence de la "souveraineté parlementaire" en raison de la prégnance de l'hégémonie des assemblées et des effets pervers du régime parlementaire sous la

(45) Lorsqu'il a été saisi par le Président du Sénat de la loi référendaire adoptée le 28 octobre 1962, modifiant le mode d'élection du Président de la République. le Conseil, dans sa décision du 6 novembre 1962 (CC61-20DC, 6 novembre 1962, R.P. 27) s'est déclaré incompétent pour apprécier la conformité à la constitution d'un projet de loi adopté par le peuple français, par voie de référendum. *Selon le Conseil "il résulte de l'esprit de la Constitution. qui a fait du Conseil Constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics, que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois volées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le peuple à la suite d' Un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale". Voir aussi Genevois. (B), op.cit.pp.29-30.

quatrième république. La Constitution de 1958 a vu le jour dans le contexte et à une époque où le parlementaire est l'objet d'une véritable aversion, dans de larges segments de l'opinion, entretenue par les mœurs politiques peu recommandables en cours, l'abaissement de l'autorité de l'Etat, la crise des institutions de 1946 avec leurs conséquences inéluctables : instabilité gouvernementale, politique éphémère, etc. Cette situation explique la centralité du Président de la République dans le système institutionnel mis en place par la Constitution de 1958, conçu dans le dessein de restaurer l'autorité de l'Etat. Pour ce faire, il fallait assoir une réglementation juridique précise destinée à venir à bout des déviations du régime parlementaire. Ce, "parce qu'en France la stabilité gouvernementale ne peut résulter d'abord de la loi électorale, il faut qu'elle résulte au moins en partie de la réglementation constitutionnelle⁴⁶".

Cette volonté de maîtrise du régime parlementaire conduit à la mise en place du régime de la responsabilité gouvernementale et à la détermination du domaine de compétence du Parlement. Ainsi, pour renverser le Gouvernement, les parlementaires n'ont plus que la motion de censure assujettie à un délai de réflexion de quarante-huit heures, à un recensement des seules votes favorables à la motion et qui, pour être recevable, doit être soumise à la signature d'un dixième de députés. Le domaine de la loi est, quant à lui, fixé de manière très précise par la Constitution laquelle laisse un champ non négligeable au règlement.

(46) Debré. (M), op. cit. Comme le remarque Rousseau. (D), op. cit. p.24. Ainsi, pour mettre fin aux errements passés où le Gouvernement était souvent obligé de batailler avec les parlementaires pour obtenir que soient discutés ses projets de loi, la Constitution enlève aux assemblées la maîtrise de l'ordre du jour et confie ce pouvoir au Gouvernement; ainsi, pour éviter que les parlementaires soumettent - l'exécutif à leur pouvoir en créant, comme ils en avaient jusqu'en 1958 la possibilité, autant de commissions d'étude et de contrôle que de ministères, la Constitution fixe autoritairement leur nombre à six; ainsi, pour empêcher toute obstruction parlementaire ou toute mauvaise surprise dans les débats législatifs, la Constitution donne au Gouvernement le pouvoir de s'opposer à tout amendement qui n'a été antérieurement soumis à la Commission; ainsi, pour remédier à l'enlisement des débats budgétaires, la Constitution limite pour chaque assemblée le temps de discussion; ainsi, pour casser la pratique des délégations de vote qui met le Gouvernement à la merci de quelques parlementaires, la Constitution impose l'obligation de vote

C'est précisément pour maîtriser le Parlement et le confiner dans le strict respect de ses attributions que le Conseil Constitutionnel a été institué. En effet, "dans l'esprit des rédacteurs de la Constitution, la crainte majeure était le non respect par les assemblées du partage des matières législatives et réglementaires réalisé par les articles 34 et 37 de la Constitution et plus généralement de l'ensemble des dispositions destinées à promouvoir un parlementarisme rationalisé. Il y avait là un premier motif à l'intervention du Conseil. A cette fonction essentielle, les auteurs du texte constitutionnel et des lois organiques intervenues pendant la période de mise en place des nouvelles institutions ont ajouté des attributions diverses au nouveau Conseil. Si, parmi ces attributions, le contrôle de régularité des grandes consultations nationales forme un ensemble cohérent, les autres chefs de compétence du Conseil Constitutionnel se caractérisent par leur hétérogénéité"⁴⁷.

Il apparaît que le Conseil Constitutionnel n'était nullement à sa création un organe juridictionnel, à tout le moins, dans la conception que les constituants s'en font en 1958. Son objet fut de limiter le pouvoir du Parlement en faisant respecter les dispositions de la Constitution conçues à cet effet. Les articles 40 et 41 de la Constitution apparaissent significatifs à cet égard qui donnent pouvoir au Conseil Constitutionnel de s'opposer à la discussion de toutes propositions empiétant sur le domaine de compétence du Gouvernement. On peut en dire de même de l'article 61 de la Constitution en vertu duquel le Conseil Constitutionnel connaît obligatoirement des lois organiques avant leur promulgation et des règlements des assemblées, antérieurement à leur mise en application. Les lois organiques, mues par un souci de complétude, peuvent se révéler un moyen de transformation subreptice de la Constitution. Les règlements des assemblées peuvent également fausser le jeu de la Constitution.⁴⁸

47) Genevois. (B), op. cit., p.6, Debré. (M), qui apparaît comme l'initiateur de la Création du Conseil Constitutionnel d'après les documents relatifs à l'élaboration de la Constitution de 1958, explique que "la création du Conseil Constitutionnel manifeste la volonté de subordonner la loi, c'est-à-dire la décision du Parlement, à la loi Supérieure édictée par la Constitution. La Constitution crée ainsi une arme contre la déviation du régime parlementaire", op. cit. Voir Luchaire. (F). Le conseil Constitutionnel, Paris, Economica 1980, p.20.

(48) V. Rousseau. (D). op. cit. p.26.

De même, il ressort clairement des travaux préparatoires⁴⁹ que l'idée de confier au Conseil Constitutionnel un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois n'avait pas la faveur des constituants lesquels s'en tenaient aux règles de compétence et de procédure prévues par la Constitution. C'est pourquoi le constituant s'est systématiquement opposé à toutes les propositions tendant à conférer au Conseil le pouvoir de juger de la constitutionnalité des lois sur renvoi des juridictions des deux ordres ou sur la demande d'une minorité de parlementaires.⁵⁰

C'est ce qui explique aussi l'attitude du commissaire du Gouvernement lors de la séance de travail du Comité Consultatif Constitutionnel du 7 août 1958 où un amendement fut proposé suivant lequel la loi, sur les matières de son domaine, est votée "dans le respect des principes généraux et des droits et libertés individuels définis par le préambule". Le Commissaire du gouvernement Raymond Janot devait faire rejeter l'amendement au motif qu'il aboutirait à l'appréciation de la conformité des lois au regard du préambule et de la Déclaration de 1789; ce qui engagerait la France dans la voie d'un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois et du Gouvernement des juges. M. Janot ne reconnaît au préambule aucune valeur constitutionnelle. Il expliquera plus tard que "lorsque la question a été posée, ce n'est pas par inadvertance car on nous avait dit qu'elle serait posée et par conséquent on avait eu vraiment le temps d'y réfléchir"⁵¹. Avec les travaux préparatoires, il apparaît clairement que les constituants n'avaient nullement l'intention d'instaurer un contrôle de la constitutionnalité des lois.

2- Le recrutement des membres du Conseil

Le Conseil Constitutionnel comprend neuf membres nommés et éventuellement des membres de droit. Le mandat des membres nommés est de neuf ans et n'est pas renouvelable. Trois membres sont désignés par le Président de la République, trois par le Président de l'Assemblée

(49) V. Document pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, Paris, La Doc. 1987, vol] .

(50) *ibid.*, p.382. '

(51) V. Cours constitutionnelles et droits fondamentaux, actes du II^{ème} colloque d'Aix-en-provence, 19-21 février 1981, Paris, Economica, PUAM, 1982. p.212.

Nationale et trois par le Président du Sénat. Le Conseil est renouvelé par tiers tous les trois ans. Chaque renouvellement comprend un membre nommé par les trois autorités susmentionnées. - Lorsqu'un membre nommé vient à ne pas achever son mandat, l'autorité qui l'avait nommé pourvoit son remplacement pour le temps restant à courir jusqu'au terme du mandat. Le remplaçant pourra être nommé une seconde fois à condition toutefois qu'il ait siégé moins de trois ans et en qualité de remplaçant⁵².

A côté des membres nommés, les anciens Présidents de la République sont de droit membres à vie du Conseil Constitutionnel⁵³. Le Président du Conseil Constitutionnel est nommé par le Président de la République⁵⁴. Il peut être choisi parmi les membres nommés ou les membres de droit⁵⁵. Il dispose d'un pouvoir général d'organisation des travaux et à voix prépondérante en cas de partage des voix⁵⁶. La durée des fonctions du Président du Conseil Constitutionnel n'est pas précisée par les textes. On présume généralement que le Président est nommé en tant que tel jusqu'à l'expiration de son mandat de membre du Conseil Constitutionnel.⁵⁷

Le mode de recrutement des membres du Conseil Constitutionnel met en évidence son caractère essentiellement politique. Les membres sont tous choisis par une autorité politique et le choix est entièrement discrétionnaire. Aucun critère lié à un titre universitaire ou à une expérience professionnelle n'est retenu. Autrement dit, on peut siéger au Conseil Constitutionnel sans être juriste. "L'absence de toutes conditions et notamment de compétence ou qualification juridique est considérée comme définissant un pouvoir discrétionnaire au profit des trois principaux personnages politiques de l'Etat qui ont ainsi toute liberté de nommer leurs

(52) art. 12 de l'ordonnance organique du 7 novembre 58 précitée

(53) Art. 52, alinéa 2 de la Constitution

(54) Art. 52, alinéa 2 de la Constitution. -

(55) Art. 56, alinéa 3 de la Constitution.

(56) Art. 1^{er}, alinéa 2 de l'Ordonnance précitée.

(57) Voir la controverse dans le journal français le Monde des 22 et 26 février 1986 entre les professeurs Duverger Maurice et Luchaire François. En ce qui concerne les membres de droit, voir l'article de M Rozenberg Dominique " Les anciens Présidents de la République, membres de droit du Conseil Constitutionnel : L'impossible retraite ", RDP, 1985, p. 1263

amis politiques personnels. Et régulièrement ces critiques ont été accompagnées de multiples propositions de réformes, inspirées le plus souvent des exemples étrangers : désignation par le Président de la République à partir d'une liste comportant le double de noms que de postes à pourvoir; élection d'une partie des juges à la majorité de juristes professionnels ;... La politisation des nominations n'est-elle pas inévitable quel que soit le mode de désignation?"⁵⁸. Toujours est-il que la politisation de la désignation des membres du Conseil est un fait à côté du problème de la qualification juridique qui n'est pas négligeable non plus dans la mesure où l'interprétation de la Constitution est par nature une opération juridique laquelle requiert une compétence technique minimale. Mais l'involution de la composition du Conseil Constitutionnel dans le sens de la présence d'une majorité de juristes peut venir à bout de cet écueil.

3- Appréciation

Si on laisse de côté le mode de recrutement de ses membres qui révèle plutôt une nature politique du Conseil, les fonctions de l'institution en font une partie intégrante de l'exercice du pouvoir législatif. Le Conseil Constitutionnel se présente en effet comme une étape du *negotium*. Lorsque les juristes parlent d'acte juridique, ils peuvent désigner des réalités différentes : soit le document écrit qui fixe le contenu de l'acte juridique; on parle d'acte instrumentum. Soit le processus de formation de la règle juridique qui contient la manifestation de volonté de l'auteur de l'acte et c'est l'opération qui aboutit à la création de l'acte. On parle alors de *negotium*. Soit encore la norme qui forme l'objet et le contenu de l'acte, c'est-à-dire la règle posée. De par ses fonctions, le Conseil contrôle non seulement des lois mais son intervention s'effectue à un moment qui en fait une étape du processus législatif, c'est-à-dire de la procédure qui aboutit à la création de la loi. Au terme de l'article 61 par exemple, le Conseil Constitutionnel ne peut être saisi qu'avant la promulgation de la loi qui est l'étape ultime de son émergence, celle qui lui donne vie en droit et qui met un terme à la procédure législative. Ceci signifie que l'intervention du Conseil est un élément du *negotium* d'autant que l'examen de la loi par le Conseil suspend la promulgation.

(58) Rousseau Dominique, op. cit., p. 37; Voir Chiroux. (R), in Pouvoirs n 13, op cit p.101

Ce point de vue est confirmé par le Conseil Constitutionnel lui-même qui explique que dans le cas où le Président de la République décide, après une première invalidation constitutionnelle de dispositions législatives, de demander une nouvelle lecture "il ne s'agit pas du vote d'une loi nouvelle, mais de l'intervention, dans la procédure législative en cours, d'une phase complémentaire résultant du contrôle de constitutionnalité"⁵⁹. Même la nouvelle lecture est regardée par le Conseil comme une phase complémentaire dans la procédure législative en cours; c'est dire que le Conseil, par son rôle dans l'élaboration de la loi, exerce une fonction législative.

Une autre thèse qualifiée de "contrôle institutionnel" a été développée. Elle consiste également à montrer que le contrôle de constitutionnalité est inséré dans le processus d'élaboration de la loi. Selon Juillard. (P)⁶⁰, un contrôle juridictionnel des lois doit répondre à trois critères : intervenir a posteriori pour sanctionner un acte juridique existant, être lié et limité par le recours du requérant auquel l'acte fait personnellement grief, et être assuré par le juge ordinaire ou par un juge spécial. Etant donné que le contrôle qu'exerce le Conseil Constitutionnel est a priori et porte sur l'intégralité de la loi quelles que soient les dispositions précises visées par une requête qui n'a jamais pour fondement l'intérêt du requérant mais plutôt celui de la Constitution, l'auteur en conclut que le contrôle du Conseil n'est pas un contrôle juridictionnel mais un contrôle institutionnel.

(59) c.c. es-19 mc du 23 1wa:1985 R. p.70.

(60).Juillard. (P), op. cit., note 18, p.1703. On doit relever que nombre de personnalités qui ont siégé au sein du Conseil Constitutionnel ont dénié à celui-ci un caractère juridictionnel. Ainsi , M. Chenot. (B), 'ile n'ai jamais pensé une seconde que le Conseil Constitutionnel fût un organe juridictionnel; c'est un corps politique par son recrutement et par les fonctions qu'il remplit" in Le domaine de la loi et du règlement, PUAM, 1978 (Colloque d'At'x-en-provence). Il en est de même de Chatenet. (P) (même colloque) pour qui, le Conseil est plus qu'une juridiction, il participe de l'activité des pouvoirs publics, "du politique comme du juridique" (p.134). Pour Coste-Floret. (P), le Conseil Constitutionnel est "organe politico-juridique ayant compétence pour statuer du point de vue juridique et du point de vue de l'opportunité politique" in débats et avis du CCC, Paris, Doc. Fr. 1960, p.57. Voir en outre, Larche. (J) "Le conseil Constitutionnel, organe du pouvoir de l'Etat" AJDA, 1972, p.132

Par sa procédure et son rôle, le Conseil Constitutionnel n'apparaît guère comme une juridiction. Il suffit de penser à sa démarche lorsqu'il statue obligatoirement sur les lois organiques ou les règlements d'assemblés. Le Conseil n'est pas saisi d'un véritable contentieux. Le litige est, il proprement parler, inexistant et des parties ne s'opposent pas vraiment. La procédure, en plus d'être secrète pour l'essentiel, n'est pas contradictoire. La publication des pièces essentielles n'est pas toujours assurée. Qui plus est, il arrive que le Conseil examine un article de la loi qui ne lui a pas été déféré pour le déclarer non conforme à la Constitution. Autrement dit, le Conseil peut statuer *ultra petita*, c'est-à-dire procéder de son initiative propre à l'examen de dispositions dont l'inconstitutionnalité n'est pas expressément invoquée⁶¹. En droit positif, cette faculté est refusée aux juges judiciaires lesquels sont liés de manière stricte par les prétentions des parties. Le Conseil Constitutionnel a recours à cette possibilité lorsque les moyens soulevés apparaissent frustes⁶²

Il convient ici de distinguer entre les termes "juridictionnel" et "judiciaire". Le "juridictionnel" indique le fait de dire le droit, indépendamment de toute caractéristique de l'instance chargée de cette fonction. Le "judiciaire" s'applique quant il lui à une procédure juridictionnelle mise en œuvre par des tribunaux qui rendent leurs jugements sur la seule base du droit et dont les rendus sont revêtus de la force obligatoire entre les parties.⁶³

Sous ce rapport, le Conseil Constitutionnel qui apparaît plutôt comme un organe politique peut parfaitement remplir une fonction juridictionnelle sans être un juge.

Un des arguments essentiels développés par la doctrine pour quali-

(61) Décision 82-146 Dc du 18 novembre 1982, Rec. p.66.

(62) Décision 86-211 D.C. du 26 août, Rec. p.120.

(63) Voir Bindschedler Denise, "Le règlement des différends relatifs au statut d'un organisme international" «RCADI, 1968/II, tome 124. p.468, n 8. `

fier le Conseil Constitutionnel de juridiction est tiré de l'article 62 de la Constitution qui dispose que : "Les décisions du Conseil Constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles". Ces dispositions ont été interprétées comme signifiant "autorité de la chose jugée"⁶⁴.

Or, on le sait, l'expression de "chose jugée" désigne ce qui est décidé par une sentence judiciaire. L'autorité qui s'attache à la chose jugée, c'est l'impossibilité ou l'on est de remettre en question le point sur lequel il a été statué. Son fondement, c'est une présomption de vérité attachée à la décision du juge. *Res judicata pro veritate habetur*. A dire vrai, le fondement de l'autorité de la chose jugée se trouve dans cette considération d'ordre public que les litiges ne doivent pas s'éterniser : *Ut sit finis litium*. Les plaideurs bénéficient des garanties de l'organisation judiciaire: principe du double degré de juridiction, etc. Certes, les appréciations des magistrats sont sujettes à erreur, mais puisqu'il y aurait autant de risques d'erreur dans un nouveau jugement, il vaut mieux que, lorsque le premier a été rendu avec toutes les garanties de régularité, le litige soit tranché une fois pour toutes⁶⁵. Dans le cas du Conseil Constitutionnel, les plaideurs n'existent pas à proprement parler, les membres eux-mêmes ne sont pas assimilables à des magistrats et les litiges ressemblent rarement à de véritables différends juridiques. Or, la chose jugée s'applique à des décisions contentieuses, c'est-à-dire statuant sur un litige entre des parties. L'autorité de la chose jugée paraît donc difficilement s'attacher aux décisions du Conseil Constitutionnel qui apparaissent plutôt comme des jugements présentant le caractère d'actes de juridiction gracieuse. Qui plus est, l'autorité de la chose jugée ne s'attache pas généralement à la décision tout entière, mais seulement au dispositif, c'est-à-dire à la partie finale dans laquelle le tribunal tranche le débat, et non aux motifs sur lesquels les juges fondent leur décision. Cette autorité peut s'attacher aux motifs lorsqu'ils constituent le "soutien nécessaire" au dispositif⁶⁶. Dès lors, l'article 62 de la Constitution ne peut être assimilé à l'autorité de la chose jugée. Il signifie simplement

(64) V Waline (M) op cit P XII

(65) Voir note 25 supra. Voir aussi Foyer. (J), "De l'autorité de la chose jugée dl' matière civile. Essai d'une définition". Thèse, Paris, 1954.

(66) Voir Décision CC62_118L du 16 janvier 1962, Rec. p.31. 222,

que les décisions du Conseil Constitutionnel sont définitives, c'est-à-dire qu'aucune voie de recours ne peut être exercée, alors même que le délai pour l'intenter ne serait pas écoulé.

Au total, on peut dire que la régulation des activités des pouvoirs publics suppose nécessairement l'exercice d'une fonction juridictionnelle par laquelle les actes de ces pouvoirs sont jugés au regard de la Constitution. Il se trouve que cette fonction est exercée par un organe politique appelé Conseil Constitutionnel qui tout en même temps exerce d'autres attributions à lui dévolues, consultatives, délibératives, administratives ou autres. La fonction juridictionnelle n'est donc pas confiée à un tribunal investi d'une compétence générale; ce qui aurait eu pour conséquence de transformer le Conseil Constitutionnel en Cour Constitutionnelle.⁶⁷

Cependant, pour accomplir son activité juridictionnelle, le Conseil Constitutionnel s'emploie à sauvegarder sa fonction contentieuse d'empiétements excessifs du politique en mettant l'accent sur les aspects juridiques dans ses décisions. Il n'empêche que celles-ci comportent des considérations d'opportunité et plus généralement politiques.

. Ces empiétements du politique sont atténués par les garanties de procédure même si elles apparaissent rudimentaires. Elles tendent à renforcer l'aspect juridique des décisions; ce qui peut être un moyen de se dégager de l'emprise du politique au profit du droit.

Si dans l'exercice de certaines de ses attributions - le contentieux électoral par exemple - le Conseil Constitutionnel apparaît comme une instance judiciaire circonstancielle, il demeure un organe fondamentalement politique. Et par la pratique subséquente qu'il a générée dans sa lecture de la Constitution et dans son attitude vis-à-vis des autres institutions politiques, il apparaît comme un pouvoir constituant secondaire.

(67) Favoreu_ (L) et Philip. (L) définissent une Cour constitutionnelle comme "une juridiction créée pour connaître, spécialement et exclusivement du contentieux Constitutionnel située hors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendant de celui-ci comme des pouvoirs publics" in "Les Cours Constitutionnelles. Parts. 1 UF 1986, Collection Que sais-je?, p.3.

- UN POUVOIR CONSTITUANT SECOND AIRE

Les décisions du Conseil Constitutionnel, on le sait, ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles⁶⁸. C'est dire que ces décisions ont la même valeur que la Constitution dont elles fixent la signification. C'est dire aussi qu'elles expriment un véritable pouvoir constituant secondaire par le truchement de la fonction interprétative(A) laquelle permet au Conseil Constitutionnel de jouer un rôle considérable dans la régulation des pouvoirs publics et en particulier dans la parachèvement de l'Etat de droit(B).

A- Rôle de l'interprétation

L'interprétation dans l'exercice de ses attributions a permis au Conseil Constitutionnel d'initier une création normative (1) prolifique qui enrichit singulièrement le droit constitutionnel (2).

Fonction de création

L'idée que le juge se borne à développer la volonté du législateur apparaît comme une fiction lorsqu'on l'applique au Conseil Constitutionnel lequel n'est pas vraiment lié par les textes. Nombre de règles qu'il applique n'existaient guère avant qu'il les ait formulées. C'est par la fonction de création consécutive à une interprétation de la Constitution que le Conseil a pu dégager nombre de nouvelles règles⁶⁹. Il va sans dire que le Conseil Constitutionnel participe à l'élaboration et à la création normative en ce sens où ses décisions contribuent à déterminer le sens des normes. Certes, le Conseil a toujours pris soin de distinguer son rôle de celui du législateur. Il ne cesse de rappeler qu'il ne possède pas "un pouvoir général d'appréciation et de décision identique celui du parlement" et qu'il a seulement "compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois qui lui sont déférées"⁷⁰. Il n'en reste pas moins qu'il a exercé un large pouvoir prétorien dans sa célèbre décision du 16

(68) Article 62 de la Constitution. -

(69) Voir la note n°18 supra.

(70) voir par exemple Décision cc 75-54 oc du 15 janvier 1975, R.P. 19.

juillet 1971.⁷¹

En effet, se référant aux "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" et consacrés par le préambule de la Constitution sous forme de renvoi au préambule de 1946, le Conseil élucide de son propre chef un contenu inconnu avant sa formulation par lui⁷².

Cette démarche intellectuelle a innervé, depuis, nombre de décisions du Conseil Constitutionnel. "Le système devait s'orienter de \ manière différente sous la pression d'une logique institutionnelle exigeant une extension conforme à la vocation normale d'un contrôle de | constitutionnalité. Cette réorientation date, semble-t-il, des années 1970-1971 où le Conseil Constitutionnel, après avoir incorporé le préambule dans les références de constitutionnalité, maintint cette incorporation pour statuer sur la constitutionnalité d'une loi, ce qui était contraire aux intentions clairement exprimés des constituants dans la mesure où cela constituait le point de départ d'un assujettissement général de la loi, non seulement à la Constitution, mais à son préambule et, par le truchement de celui-ci, au préambule de 1946 et à la Déclaration des droits de l'homme de 1789"⁷³. La philosophie politique libérale développée par le Conseil depuis la décision de 1971 a eu la faveur du plus grand nombre et lui a permis d'asseoir son autorité. Mais qu'advierait-il s'il venait à développer une autre politique juridictionnelle avec son prestige actuel et surtout avec des décisions insusceptibles de recours, donc de contradiction juridique? Peut-on concevoir mais surtout accepter des interventions répétées du constituant?⁷⁴ Il est vrai que l'opération de contrôle de constitutionnalité suppose une interprétation de la Constitution laquelle "est nécessaire à l'appréciation de (la) constitutionnalité"⁷⁵. Et la détermination du sens profond de la loi se présente

(71) Décision n°71-44 D.C. du 16 juillet 1971, Rec. p.29.

(72) Voir infra. cf également Genevois. (B), op. cit. 277-298 pour des éléments de bibliographie.

(73) Proof. (M). op. Cu. 622.

(74) A l'occasion du Congrès réuni à Versailles le 19 novembre 1993 pour la révision de la Constitution en ce qui concerne le droit d'asile, le Premier Ministre Balladur. (E) a accusé le Conseil Constitutionnel de développer des principes philosophiques et politiques plus que des principes juridiques et de sortir de son rôle. Voir la réponse de M. Badinter Robert, Président du Conseil Constitutionnel, dans le journal Le Monde du 23 novembre 1993. "Le pouvoir et le contre-pouvoir", pp.1 et 8.

(75) cc 91 -298 Dc du 4 juillet 1991, tous du 26 juillet 1991, p.992o.

comme un acte de création normative⁷⁶ permettant au Conseil Constitutionnel de révolutionner progressivement le système juridique et politique français en raison de la ductilité du domaine de la loi.

Le Conseil interprète la Constitution de plusieurs façons⁷⁷ Il a eu à dégager le sens de certains principes mentionnés par le constituant et dont le substrat matériel restait à déterminer. C'est ce qui donne tout son sens à la célèbre décision de 1971 avec la notion de "Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" lesquels se révéleront comme une source prolifique et un moyen d'amplification de la protection des droits de l'homme. C'est en somme le "machin" qui devient "machine". Avec son insertion dans le bloc de la constitutionnalité, le préambule donne au Conseil une liberté d'appréciation non négligeable".

Cette liberté d'appréciation se retrouve dans l'interprétation par le Conseil des articles 39,44 et 45 de la Constitution, sur la base desquels il restreint le droit d'amendement dont disposent les membres du Parlement et du Gouvernement. Dans sa décision⁷⁸, le Conseil réduit la portée du droit d'amendement.

Suite à l'annonce par le Président Mitterrand, en décembre 1986, de son refus de signer l'ordonnance relativement à l'aménagement du temps de travail, il a fallu renoncer à la procédure de l'article 38 et le projet d'ordonnance fut repris sous forme de projet de loi. Le Gouvernement fit adopter le projet en le présentant comme un simple amendement à

(76) Kelsen. (H) nous enseigne que "l'interprétation par l'organe d'application du droit a toujours caractère authentique: elle crée le droit. Sans doute parle-t-on d'interprétation authentique seulement lorsque cette interprétation revêt la forme :l'une loi ou d'un traité international, et a un caractère général, c'est-à-dire «crée du droit, non pas seulement pour un cas concret. mais pour tous les cas identiques; ce qui équivaut à dire : lorsque l'acte qualité d'interprétation authentique, représente la création : l'une norme générale. Mais authentique, c'est-à dire créatrice de droit, est aussi l'interprétation par un organe d'application du droit, même lorsqu'elle ne crée du droit que pour un cas concret, c'est-à-dire lorsque l'organe ne crée qu'une norme individuelle, ou ne fait que réaliser une sanction. Il faut observer à cet égard que la voie de l'interprétation authentique c'est-à-dire de l'interprétation des normes par les organes juridiques qui doivent les appliquer ne permet pas seulement de réaliser l'une d'entre les possibilités révélées par l'interprétation des "Ormes à appliquer, mais peut également aboutir à la création de normes qui sont en dehors du cadre que constituent les normes à appliquer"; Théorie Pure du droit, Paris, Dalloz 1962, traduction française de la 2è édition de la "Reine Rechtslehre" par Eisenmann Charles; p.461.

(77) V. Genevois. (B), op. cit. pp. 42-51.' Rousseau. (D), op. cit. pp. 118 132.

(78) Décision sa-225 oc du 23 janvier 1987. Rec. p.13

un texte en cours de discussion. Saisi par les parlementaires de l'opposition, le Conseil Constitutionnel devait déclarer qu'en raison "tant de leur ampleur que de leur importance/, les dispositions relatives l'aménagement du temps de travail excédaient "les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement". Les limites en questions ne sont guère prévues par les textes. C'est le Conseil qui exerce là encore son pouvoir d'appréciation discrétionnaire.

Par ailleurs, le Conseil est souvent amené à effectuer une lecture conjointe et logique de nombre de dispositions de la Constitution pour dégager le sens profond de celle-ci. Cela a été le cas en ce qui concerne les contraventions et les peines qui leur sont applicables. Il a pu ainsi distinguer entre les peines contraventionnelles privatives de liberté lesquelles relèvent de la compétence du législateur et les autres peines contraventionnelles laissées à la discrétion de l'autorité règlementaire⁷⁹. L'examen des lois à lui déférées et l'interprétation de la Constitution permettent au Conseil d'enrichir progressivement le droit constitutionnel.

2- Un enrichissement continu :

C'est dans le domaine de la protection des libertés que cet enrichissement est le plus perceptible où l'on assiste à un développement progressif de la matière qui trouve son origine dans la célèbre décision de 1971. Le Conseil Constitutionnel était saisi par le Président du Senat d'un recours contre une loi modifiant les dispositions de la loi du 1er juillet 1901 sur la liberté d'association et ayant pour objet de soumettre l'acquisition de la capacité juridique de certaines associations à un contrôle préalable de l'autorité judiciaire. Le Conseil, après avoir visé le Prém-

(79) Décision 73-80 L du 28 novembre 1973, Rec. p.45. Rousseau. (D) . op. cit. pp.,125-126, distingue entre l'"interprétation neutralisante", "l'interprétation constructive et l'interprétation directe". Selon lui, "l'interprétation neutralisante consiste pour le Conseil à priver d'effets juridiques les dispositions législatives litigieuses, ou à exclure, parmi, les interprétations possibles de la loi celles qui la mettraient en contradiction avec la Constitution.. . L'interprétation constructive consiste pour le Conseil, non plus à retrancher mais à ajouter à la loi les dispositions de nature à la rendre conforme à la Constitution, ou à faire produire d'une disposition législative davantage de sens que ce qui y est expressément écrit... L'interprétation directive -quant à elle- consiste pour le Conseil à définir et préciser, pour les autorités chargées de la mettre en œuvre, les modalités d'application de la loi nécessaires à sa constitutionnalité".

bule de la Constitution, devait estimer qu'il existait un principe fondamental reconnu par les lois de la République et sous-jacent à la loi de 1901 sur la liberté d'association. Il arrivait à la conclusion que la loi à lui soumise méconnaissait ce principe et l'a déclarée non conforme à la Constitution.

Selon le Conseil "les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable; qu'ainsi, à l'exception des mesures susceptibles d'être prises à l'égard de catégories particulières d'associations, alors même qu'elles paraîtraient entachées de nullité ou auraient un objet illicite, ne peut être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire".

Ces mots témoignent du pouvoir de création qui s'attache à la fonction interprétative. Ce pouvoir s'est élargi, depuis, avec l'insertion dans le bloc de la constitutionnalité, à travers les normes auxquelles se réfère le Préambule, des libertés individuelles et des droits économiques et sociaux. Et avec la détermination des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", le Conseil a presque un pouvoir discrétionnaire!⁽⁸⁰⁾ Il fixera de façon progressive le contenu de ce concept qui apparaît quelque peu incertain!⁽⁸¹⁾ C'est sur le fondement de ce principe que le Conseil Constitutionnel consacrera le principe des droits de la défense!⁽²²⁾, la liberté individuelle!⁽⁸³⁾, la liberté de l'enseignement et la liberté de conscience!⁽⁸⁴⁾. Il ira plus loin avec le principe de l'indépendance de la juridiction administrative!⁽⁸⁵⁾, celui de l'indépendance des ensei-

(80) En ce qui concerne les "P.F.R.L.R.", les études ne se comptent plus. Voir pour des éléments de bibliographie Genevoix. (B), op. cit. pp.297-298, Favoreu. (L) et Philip. (L), Les Grandes décisions, op. cit. pp.237-238.

(81) V. Rivero. (J) "Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, une nouvelle catégorie constitutionnelle?". D. 1972, Chr. p.265.

(82) Décision 76-70 DC du 2 décembre 1976, Rec. p.39.

(83) Décision 76-75 DC au 12 janvier 1977, Rec. p.33.

(84) Décision 77e70c du 23 novembre 1977, Rec. p.42.

(85) Décision 80-119 DC au 22 juillet: 1980. Rec. p.46.

gnants du supérieur⁸⁶ ou encore la constitutionnalisation de l'existence d'une juridiction administrative compétente pour censurer les actes illégaux de la puissance, publique⁸⁷. Il en sera de même de la liberté de la presse⁸⁸ et de l'inviolabilité du domicile⁸⁹.

On observe ainsi une constitutionnalisation de nombre de libertés faisant faire des avancées significatives à la cause des droits de l'homme. Les droits et libertés en question apparaissent comme opposables aux pouvoirs publics. Ils supposent pour être mis en application une abstention de l'Etat. On les qualifie parfois de droits-attributs ou encore de droits de la première génération, c'est-à-dire ceux nés avec la Révolution française de 1789. On peut cependant s'étonner de la non intégration dans le bloc de constitutionnalité de la Convention européenne des droits de l'homme. Pourtant, aux termes de l'article 55 de la Constitution, les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois.

On se souvient que le Conseil a refusé d'intégrer les traités dans le bloc de constitutionnalité⁹⁰ mais pourra-t-il continuer à le faire à l'époque de l'Union Européenne avec l'entrée en vigueur du traité de Maastricht. Il y a également le fait que les décisions de la Commission de Bruxelles sont "self-executing", alors que le traité de Rome n'est pas concerné par le mouvement d'élargissement de la notion de constitution initié par le Conseil depuis 1971.⁹¹

Ce mouvement concerne également ce que l'on nomme généralement les droits de la deuxième génération ou "les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps."⁹² Ces droits peuvent s'analyser comme des droits non pas opposables à l'Etat mais exigibles de lui. Ils se présentent ainsi en créances la charge de l'Etat. Ce sont les droits de l'égalité dont la

(86) Décision 83-165 DC du 20 janvier 1984, Rec. p.30.

(87) Décision -224 DC du 23 janvier 1987. Rec. p.8.

(88) Décision 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, Rec. p.78.

(89) Décision 83-164 DC du 29 décembre 1983. Rec. p.62

(90) Décision 74-54 DC du 15 janvier 1975, Rec. p.19

(91) Voir aussi, Conseil Constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme Paris, STH. 1990.

(92) Voir Debene. (M)Ç "Le Conseil Constitutionnel et les principes particulièrement nécessaires à notre temps", AJDA. 1978. p.531.

mise en œuvre suppose une prestation de l'Etat. Ils apparaissent comme des référents pour le Conseil Constitutionnel dans l'appréciation de la constitutionnalité des lois; Ils ont ainsi reçu valeur constitutionnelle et vont du principe de l'égalité des sexes⁹³ au droit de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions et à la gestion des entreprises⁹⁴ en passant par le droit d'obtenir un emploi⁹⁵, la liberté syndicale⁹⁶ le droit de grève⁹⁷, le principe de l'organisation de l'enseignement public, gratuit et laïque⁹⁸, le principe d'appropriation collective des services publics nationaux et des monopoles de fait⁹⁹ celui du respect des règles du droit public et international et du non emploi de la force contre la liberté d'aucun peuple¹⁰⁰ ou encore le principe de limitation, sous réserve de réciprocité, de souveraineté nécessaire à l'organisation et à la défense de la paix¹⁰¹. Au vu des principes particulièrement nécessaires à notre temps, on peut s'étonner de la non-intégration de la Charte sociale européenne dans le bloc de constitutionnalité.

Par ailleurs, le Conseil Constitutionnel utilise comme référence la

(93) c.c. 30 décembre 1981, 1z. p.41.

(94) cc. 5 juillet. R. p. 35.

(95) c.c. 28 mai 1983, le.p. 41.

(96) c.c. 19-2011 21 1983,le. p.49.

(97) c.c. 25 juillet 1979, R. p. 42.

(98) c.c. 23 novembre 1977, R. p.42.

(99) c.c. 15 janvier 1975, R.p. 19

(100) C.C. du 30 décembre 1975, R. p.26. Ce principe fait droit au principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes lequel figure dans les deux pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme : le pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A(JO(I)) du 16 décembre 1966 et entré en vigueur le 23 mars 1976 conformément aux dispositions de l'article 49 dudit pacte; le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A(XXI) du 16 décembre 1966 et entré en vigueur le 3 janvier 1976, conformément aux dispositions de l'article 27 dudit pacte. Par ailleurs, le principe retenu par le Conseil se conforme à l'article 2 paragraphe 4 relatif à la prohibition du recours à la force dans les relations internationales excepté le Cas de légitime défense prévu par l'article 51 de la charte des Nations Unies.

(101) C.C. du 30 décembre 1976, R. p.15. Ce principe permet de mettre en application les règles contenues dans le chapitre 7 de la Charte des Nations Unies et relatif au maintien de la paix et de la sécurité internationales.

constitutionnalité des lois, ce qu'il appelle "principes, dispositions ou règles à valeur constitutionnelle", "objectifs de valeur constitutionnelle" ou encore "exigence constitutionnelle". Ici, le Conseil Constitutionnel se réserve de très larges possibilités d'appréciation discrétionnaire parce que ne se référant à aucun texte précis. Le Conseil qualifie ainsi la continuité du service public¹⁰² et la liberté personnelle du salarié¹⁰³ de principe constitutionnel. De même, il qualifie d'objectifs de valeur constitutionnelle, la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels¹⁰⁴. Quant à l'exigence constitutionnelle, elle concerne la limitation des concentrations de presse afin d'assurer le pluralisme¹⁰⁵.

Il semble cependant qu'en règle générale, le Conseil Constitutionnel fonde ses décisions sur des règles de valeur constitutionnelle ou sur des principes de valeur constitutionnelle de la nature de ceux que nous venons de recenser. Ce n'est que de façon très exceptionnelle qu'il lui arrive d'opposer au législateur une norme juridique sans prendre le soin, soit de la rattacher à un texte ayant valeur constitutionnelle, soit de se référer à la notion de principe général du droit¹⁰⁶. Quoiqu'il en soit, par ses avancées jurisprudentielles étonnantes, le Conseil Constitutionnel enrichit continuellement le droit constitutionnel et parachève l'état de droit.

B- Le parachèvement de l'Etat de droit

On peut l'observer au plan des normes (1) avec ses conséquences dans l'ordre politique (2).

1- La hiérarchie des normes

L'état de droit¹⁰⁷ suppose que l'action de l'Etat soit menée sur la seule base du droit, c'est-à-dire par les moyens juridiques dont la validité est assujettie au lien de subordination qui permet d'étager les normes.

(102) Cc 25 juillet 1979, R p. 31

(103) cc. 25 juillet 1989, R. p. 59.

(104) CC 27 juillet 1982, R. p 48

(105) cc. 18 septembre 1986, R. p. 141.

(106) Genevoix. (B), op. cit. p. 207

(107) Voir chevalier. (1), "Luigi de 1mit", Ro1>, 1988, pp. 313-380.

C'est donc la conformité d'une norme à une autre norme qui lui est supérieure et qui la crée qui fonde son existence suivant l'enseignement de Kelsen¹⁰⁸. C'est sur cette base que l'on peut contrôler la "réglementaire" des actes individuels, la "légalité" des règlements ou la "constitutionnalité" des lois. Mais puisqu'il n'existe pas de normes au dessus de la Constitution, il faut se résoudre à décider par nécessité logique que la Constitution est une norme. C'est la fameuse théorie de la "grundnorm" établie par le maître de l'école de Vienne. Ainsi, l'Etat de droit se fonde en définitive sur le "principe de constitutionnalité"¹⁰⁹. Sous ce rapport, le contrôle de constitutionnalité des lois apparaît comme le rempart d'éventuelles dispositions législatives en porte à faux avec les libertés.

(108) Kelsen. (H) op. cit. p. 299. L'auteur explique à propos de "la pyramide de l'ordre juridique": "on a déjà évoqué à maintes reprises cette particularité que présente le droit de régler lui-même sa propre création. On peut distinguer deux modalités différentes de ce règlement. Parfois, il porte uniquement sur la procédure: de normes déterminent exclusivement la procédure selon laquelle d'autres normes devront être créées. Parfois, il va plus loin et porte également sur le fond: des normes déterminent -jusqu'à un certain point- le contenu le fond d'autres normes dont elles prévoient la création. On a déjà analysé le rapport entre les normes qui réglementent la création d'autres normes et ces autres normes: en accord avec le caractère dynamique de l'unité des ordres juridiques, une norme est valable si et parce qu'elle a été créée d'une certaine façon, celle que détermine une autre norme cette dernière constitue ainsi le fondement immédiat de la validité de la première. Pour exprimer la relation en question, on peut utiliser l'image spatiale de la hiérarchie, dudit rapport de supériorité-subordination: la norme qui règle la création est la norme supérieure, la norme créée conformément à ses dispositions est la norme inférieure. L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées; toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages ou couches de normes juridiques. Son unité résulte de la connexion entre éléments qui découle du fait que la validité d'une norme qui est créée conformément à une autre norme repose sur celle-ci, «qu'à son tour, la création de cette dernière a été elle aussi réglée par d'autres, qui constituent à leur tour le fondement de sa validité; et cette démarche régressive débouche finalement sur la norme fondamentale, -norme supposée la norme fondamentale hypothétique ~ en ce sens- est par conséquent le fondement de validité suprême qui fonde et scelle l'unité de ce système de création".

(109) Favoreu. (L). "Le principe de constitutionnalité" Mélanges Eisenmann, p.,73. "L'apport du Conseil Constitutionnel au droit public", POUVOIRS. op. cit. p.17. l'auteur explique "si le principe de légalité est entendu au sens strict comme le rapport de conformité (ou de compatibilité) entre les règles ou les comportements d'autorités inférieures avec la loi votée par le Parlement, le principe de constitutionnalité le complète; si le principe de légalité est entendu au sens large comme un rapport de conformité au droit, c'est-à-dire à la norme supérieure quelle que soit sa source, le principe de constitutionnalité peut être considéré comme se substituant au premier en lui donnant une nouvelle dimension" p.18. Selon cet auteur, il serait temps de prendre conscience que le droit public d'avant 1970 va bientôt devenir l'ancien droit public et que l'étude des règles constitutionnelles actuellement en vigueur est peut être -osera-t-on le dire- l'objet essentiel du droit constitutionnel. Ibid. P.26

Il lui reste à trancher le débat entre les positivistes et l'école du droit naturel¹¹⁰. Les positivistes font remarquer que les principes supralegislatifs ont leur siège dans la Constitution par la volonté du constituant originaire et constituent à proprement parler les principes du droit positif. Etant donné que ces principes sont posés dans la Constitution, on peut les modifier suivant la procédure prévue par la Constitution. Dans cette conception, le contrôle de constitutionnalité, loin de s'opposer à la volonté des représentants du peuple, indique le cas échéant la nécessité de modifier des principes constitutionnels avant l'adoption d'une loi qualifiée d'inconstitutionnelle.

Les tenants de l'école du droit naturel regardent les principes supralegislatifs comme des principes du droit naturel que l'homme possède par nature et qui préexistent aux textes qui les recueillent en leur conférant la solennité et la sécurité de l'écrit. Ces principes s'imposent au législateur même sans déclaration et le contrôle de constitutionnalité ne porte pas sur le texte de la déclaration mais sur les principes du droit naturel que le juge aurait pour mission de découvrir par des méthodes appropriées.

En déterminant la validité de chaque norme, la hiérarchie des normes présente un intérêt certain. Les normes s'étagent des lois constitutionnelles aux règlements. Les lois constitutionnelles comprennent le texte de la Constitution et les révisions opérées¹¹¹ ainsi que le préambule. C'est dire que les textes et les normes auxquels renvoie le Préambule, c'est-à-dire les dispositions de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946 relatives aux droits de l'homme ont valeur constitutionnelle. Il en va de même des principes, règles, objectifs et exigences découverts par le Conseil Constitutionnel et qu'il y utilise comme référence pour apprécier la constitutionnalité des lois.

Ensuite, viennent les normes conventionnelles reçues dans l'ordre juridique français et qui de ce fait bénéficient d'une autorité supérieure à celle des lois¹¹².

(110) Voir Vedel. (G), "Le Conseil Constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur transcendance des droits de l'homme?" Revue POUVOIRS, n °45. 1988, p 149 160

(111) sur la base des articles 85 ou 89 de la constitution

(112) 55 de la Constitution

Après, nous avons les lois et les textes à valeur législative. Il s'agit de textes très divers qui ont en commun d'être réputés promulgués par le Président de la République. Il y a les lois ordinaires votées par le Parlement; les lois organiques également votées par le Parlement selon la procédure de l'article 46 et qui sont obligatoirement soumises au contrôle du Conseil; les lois référendaires votées par le peuple français dans les conditions de l'article 11 mais qui sont soustraites au contrôle du Conseil Constitutionnel ; les ordonnances prises en application de l'article 38 par le Gouvernement et qui ont fait l'objet de ratification par le Parlement et, enfin, les décisions prises en matière législative par le Président de la République dans la mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution.

Viennent enfin les règlements avec essentiellement les décrets réglementaires. Il faut distinguer les décrets pris en Conseil des Ministres suivant l'article 13, lesquels sont obligatoirement signés par le Président de la République et les décrets simples signés par le Premier Ministre. Il faut ajouter les arrêtés réglementaires pris par des autorités disposant de compétences à cet effet: ministres, préfets, maires¹¹³. Comme on a pu le remarquer, "la subordination à la loi des actes du pouvoir exécutif et la sanction de son respect par le Conseil d'Etat statuant au contentieux sont bien antérieures au nouvel établissement constitutionnel. Ce qu'apporte en revanche celui-ci, c'est la subordination à la Constitution, c'est-à-dire la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité exercé par un organe spécial - le Conseil Constitutionnel - et qui, s'ajoutant au contrôle de l'égalité déjà opéré par la juridiction administrative, assure la cohérence de l'ensemble de l'ordonnement juridique à partir de la primauté de la Constitution"¹¹⁴.

113) voir De Soto. (J) "La loi et le règlement dans la constitution de 1958" RDP, 1958, p 240 ; Waline (M) "Les rapports entre la loi et le règlement avant et après 1958, RDP 1959 P 699 ; Auby (JM) "Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public. Elément de problématique" Mélanges Pelloux, 1980, p 21, Morange. (G), "La hiérarchie des textes dans la constitution de 1958", D 1959, p 21

(114) Prelot. (M) et Boulouis. (J), op. cit., p. 621

2- La conciliation d'Antigone et de Créon

L'œuvre du Conseil Constitutionnel, par sa richesse et ses avancées dans le domaine des droits de l'homme, a déclenché le processus vraisemblablement irréversible de conciliation entre l'autorité et la liberté. A dire vrai, il s'agit plutôt d'un rééquilibrage mettant en exergue l'aspect de la garantie des droits dans le fameux article 16 de la Déclaration du 26 août 1789 disposant que "toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution".

C'est la loi du 3 juin 1958 qui faisait obligation au constituant d'aménager le nouveau système constitutionnel sur la base de la séparation des pouvoirs. Ses auteurs entretenaient une conception très classique de la Constitution par laquelle la séparation des pouvoirs apparaissait comme le moyen le plus approprié pour assurer la démocratie et les droits de la personne humaine. Ils étaient loin de se douter de l'action propre que développera le Conseil. Il faut dire que l'indépendance du Conseil Constitutionnel, en particulier à partir de 1971, s'est révélée une garantie fondamentale face à l'arbitraire du pouvoir. Il s'agit d'une conséquence heureuse de la théorie de la séparation des pouvoirs. Mais en réalisant la limitation du pouvoir, le Conseil Constitutionnel apparaît comme un élément essentiel de la protection des gouvernés, en un mot comme un contre-pouvoir¹¹⁵.

(115) Il est significatif que l'article du Président Badinter, répondant à la mise en cause du Conseil Constitutionnel lors de la réunion du Parlement en congrès le 19 novembre 1993, soit intitulé "Le pouvoir et le contre-pouvoir" Article précité. Selon le Pr Pactet, op cit p 21 " Il faut entendre par contre-pouvoir tous les centres organisés de décisions, de contrôle, d'intérêts ou d'influence qui par leur seule existence ou par leur action, quel que soit l'objectif poursuivi, ont pour effet de limiter la puissance de l'appareil dirigeant de l'Etat. Il présente une utilité incontestable et en même temps posent quelques problèmes délicats. L'utilité des contre-pouvoirs tient au rôle qu'ils remplissent, souvent d'ailleurs sans que cela soit leur vocation première, et qui est d'éviter l'omnipotence du pouvoir politique. Ils peuvent le remplir, soit en participant eux-mêmes à l'exercice du pouvoir politique (mais en exerçant des fonctions de contrôle). Soit en se situant à l'extérieur du pouvoir politique mais alors en disposant d'une réelle influence et, par conséquent en étant susceptibles d'opposer une résistance aux entreprises abusives du pouvoir ou, lorsque c'est possible, en incitant celui-ci à y renoncer de lui-même. Ils peuvent aussi faire comprendre aux groupes de pressions liés à la majorité gouvernante. Ce faisant, ils permettent souvent l'instauration d'un meilleur équilibre d'ensemble (et pas seulement politique) plus favorable aux droits, libertés et intérêts des gouvernés".

On a eu la preuve la plus éclatante tout récemment encore¹¹⁶ comme l'écrit Rousseau. (M) "Le Conseil est, à la fois et dans le même temps, l'instrument de la promotion constitutionnelle des libertés et de leur protection. A ce titre, sur le plan théorique, l'écriture juridictionnelle des droits, parce qu'elle comprend la sanction des atteintes qui leur sont portées, représente, pour la démocratie et la liberté des citoyens, une garantie politique supérieure à celle offerte par l'écrit institué. En ce sens, les propositions récentes de rédaction d'une 'nouvelle "table de la loi", pour séduisantes qu'elles apparaissent, témoignent surtout de la puissance de l'ancienne conception, tant il est vrai que la Constitution -Charte des libertés est inséparable de son mode de consécration juridictionnelle. La Constitution n'est donc plus, comme autrefois, la définition des rapports entre les institutions; : elle est désormais, davantage, la définition des rapports entre les citoyens et l'Etat, la Charte des droits dont la garantie est assurée par la mise en place d'un mécanisme de sanction des organes de l'Etat. Et cette nouvelle conception transforme à son tour, profondément, les relations gouvernants- gouvernés.¹¹⁷

Cette prestigieuse institution qu'est le Conseil Constitutionnel né de la peur (du parlementarisme) et qui fait peur (à ses concepteurs) par son œuvre qui le propulse au cœur des institutions françaises, gagnerait à être réformé pour lui permettre de poursuivre son œuvre magistrale. Il devrait être réexaminé en fonction des structures mentales et surtout politiques d'une France avec une classe politique rebelle à une "nouvelle dynamique jurisprudentielle" dont la mutabilité va plutôt dans le sens de son amplification. L'organisation et le fonctionnement du Conseil devraient être revus pour en faire une véritable juridiction¹¹⁸. Alors, il pourrait être utilement reçu en Afrique.

(116) Badinter. (R), "Le pouvoir et le contre-pouvoir", le Monde du 23 novembre 1993. l'auteur explique p.1 "Du droit Constitutionnel a toujours veillé au respect des libertés publiques et des droits fondamentaux de l'homme et du citoyen et cependant, à chaque alternance, et plus particulièrement au début de la législature, la même accusation est reprise avec d'autant plus d'éclat que la majorité nouvelle est plus forte : le Conseil Constitutionnel s'opposerait à la volonté des citoyens". On a là une belle illustration de l'indépendance de la Haute instance.

(117) Rousseau Dominique, op. cit. p.374.

(118) Voir Chiroux. (R), "Faut-il réformer le Conseil", Revue POUVOIRS, n°13, op. cit., pp. 101 et suivantes.

La natte des autres
Pour un développement endogène
en Afrique

ACTES DU COLLOQUE DU CENTRE DE RECHERCHE
POUR LE DEVELOPPEMENT ENDOGENE (C.R.D.E.)
BAMAKO 1989
Sous la direction de
Joseph KI-ZERBO

Le CODESRIA est le Conseil pour le développement de la recherche économique et sociale en Afrique. Son siège est à Dakar, Sénégal. C'est une organisation indépendante dont les objectifs principaux sont de faciliter la recherche, de promouvoir l'édition des résultats de la recherche et de créer plusieurs forums destinés à l'échange d'information entre les intellectuels africains. Il porte un défi à la fragmentation de la recherche en créant des réseaux qui dépassent les frontières linguistiques et régionales. Le CODESRIA publie un périodique trimestriel, *Afrique et Développement*, le périodique qui a la plus longue vie parmi ceux qui sont publiés en Afrique. Les résultats des recherches sont diffusés à travers la collection des monographies et celle des livres.

DROIT INTERNATIONAL ET DEVELOPPEMENT

L'article 13 alinéa I (a) de la Charte de l'ONU investit l'Assemblée générale de l'Organisation du rôle de contribuer à la "codification" et au "développement progressif" du droit international. C'est de cette dernière démarche que relèvent les études relatives au développement endogène. Celles-ci procèdent d'un souci de questionnement et de complétude mu par des "volontés alertées" au plan institutionnel et à la quête de règles juridiques ne s'abusant pas sur les réalités qu'elles s'appliquent à ordonner, au plan normatif. Le projet ne manque pas d'ampleur puisqu'il met en procès le droit international classique qu'il cherche à réévaluer et dépouiller des facteurs limitant son épanouissement lesquels sont perçus comme des éléments de blocage.

C'est que le droit international classique traduit et encadre la marche du cavalier (pays riches) et de sa monture (pays pauvres) qu'il cherche à pérenniser et à faciliter. Et c'est cette situation que les pays dits en développement ont entendu réagir dès leur retour à l'indépendance. Ils veulent que le droit international soit désormais au service de leur développement. Celui-ci peut se définir comme un

processus dynamique et cumulatif de libération et de transformation des structures mentales, politiques, économiques, culturelles et sociales de tout groupe humain, selon des valeurs et un rythme qui lui sont propres¹.

Les pays en développement savent que le développement n'est pas seulement leur affaire.

Il met en cause l'ensemble des Etats et la société internationale toute entière, tant il est clair que développement et sous-développement ne revêtent de sens que l'un par rapport à l'autre. Toute tentative de cantonnement du développement quant à son objet ou quant aux Etats concernés repose donc sur un contresens².

Quelle est la traduction de cette attitude au plan des sources du droit (I) international et quels types de règles peut-elle engendrer ? (II)

Comme on a pu l'observer,

longtemps, les problèmes du droit international ont paru dominés par ceux de l'application des règles, condition de leur efficacité. Cette perspective s'est depuis quelque temps déplacée. Il ne s'agit plus au premier chef de renforcer les moyens au service de l'efficacité des règles, mécanismes judiciaires, coercitifs ou autres. Il s'agit bien plutôt de former de nouvelles règles du droit, bref, de le transformer avant de l'appliquer. Dans cette substitution d'un système orienté vers le changement d'un système orienté vers la stabilisation, l'influence des pays du tiers monde, ..., est déterminante⁴.

En effet, ces derniers ont senti la nécessité de dépolvériser les concepts classiques du droit international, lesquels sont formels et abstraits et occultent la réalité de l'inégalité de développement. La prise en compte de celle-ci impose une nouvelle approche du droit international lui-même qui, de procédural et formel devient de plus en plus matériel⁵. On observe une "déformalisation" de ce droit pressé de régir de façon concrète les situations concrètes de ses sujets. Il devient ainsi le véhicule des aspirations du plus grand nombre, mais aussi le théâtre des conflits "d'intérêts qui sont dignes de protection juridique" pour parodier Max HUBER⁶. M. BEDJAOUI révèle admirablement ce mouvement dans les rôles de "catalyseur" et de "révélateur" qu'il attribue au droit international. Il écrit:

Révélateur d'une tension dans l'ordre socio-économique et catalyseur d'une nouvelle situation s'attachant à dépasser ce conflit. Il (le droit international) peut apparaître déjà comme un miroir grossissant de faits de domination, ne serait-ce que par sa factivité ou son décalage devenus excessifs par rapport à la réalité qui ne peut plus s'accommoder de tels phénomènes de dépendance. Le droit international caricature ainsi, ou, plus exactement, grossit les défauts de l'ordre en cours, au point de le rendre plus inacceptable et plus précaire encore. Paravent par excès, il finit par devenir miroir par défaut. Il ne peut plus jouer totalement son rôle de régulateur des rapports sociaux entrés en compétition et donc

en voie de redéfinition. La société en travail, ainsi régie par un droit en voie de dépassement, ressemble d'un véhicule privé de sa direction dans une route de montagne sans garde-fou. L'heure sonne alors de la mise au point d'autres règles de droit⁷.

Celles-ci devront désormais opérer une mutation conceptuelle propre à rendre compte de la situation des Etats en développement, refléter leur souci d'égalité réelle dans un monde interdépendant, c'est-à-dire tissant des rapports qui naissent de la solidarité objective de ses éléments constitutifs⁸. Ces préoccupations trouvent leur siège dans ce qu'il est convenu d'appeler le droit international du développement qui apparaît en fait comme le "développement du droit international" lui-même en ce qu'il le questionne et le complète.

I - Démarche

La stratégie normative procède justement de ce souci de questionnement et de complétude nourrie de la prise de conscience profonde du fait que :

la règle de droit émane toujours d'une force sociale dominante. Dans la conception positiviste, la règle est celle qui émane d'organes compétents qui a été prise selon des formes régulières. Pour autant, elle n'est pas nécessairement équitable. Certes, le droit repose sur le postulat de sa coïncidence avec la justice, mais cette adéquation est souvent contestable et effectivement contestée.

Et cette contestation est significative puisqu'elle concerne aussi bien la formation des normes elles-mêmes que leurs règles subséquentes d'application, ceci parce que

"les protagonistes ayant changé, les obligations du contrat doivent être modifiées".

En ce qui concerne les normes conventionnelles, il s'agit moins de contestation que d'enrichissement. Leur fondement est réaffirmé par les pays en développement.

Comme le note M. BEDJAOUI :

l'accord est effectivement à la base des relations internationales et le tissu le plus solide du droit international, C' est le procédé par excellence de production et d'élaboration de la norme juridique Internationale¹¹.

Les règles conventionnelles ont la faveur des pays en développement à cause de leurs caractères propres. Les traités sont des sources; ils composent donc une sécurité juridique. Ils consacrent les consentements exprès des Etats qui y souscrivent. Ils permettent ainsi aux pays du tiers-monde de ne se lier qu'en fonction de leur volonté et de moduler leur engagement par le jeu de la réserve. Cette technique d'élaboration normative rencontre le plus les conceptions profondément volontaristes des pays en développement qui, de ce fait, ont un engouement certain pour elle; surtout pour le traité multilatéral dont les effets déterminateurs touchent le plus grand nombre.

Cependant :

étant donné que le droit international se caractérise encore par le formalisme de l'apparition et de l'application de ses règles, les traités ne sont pas toujours la manifestation fidèle de la volonté libre ; ils peuvent souvent résulter de pressions, de contraintes ou de conditions diverses qui ne sont pas remplies à la date de leur conclusion¹² .

C'est pourquoi on a multiplié les causes de nullité des traités en élargissant les vices du consentement dans la Convention de Vienne sur le droit des traités¹³, de façon à permettre la maîtrise par les faibles de leur propre engagement. Il s'agit là d'un élément essentiel pour le Tiers-Monde qui explique aussi sa faveur pour la voie conventionnelle.

En revanche, il en va autrement pour la coutume internationale. Le Tiers-Monde s'emploie à :

contester la valeur obligatoire des règles et principes coutumiers qui sont l'expression de l'inégalité de droit et de fait qui existait pendant la période du colonialisme.

De fait, la coutume traduit deux réalités bien distinctes : le processus de création de la norme et la norme elle-même.

C'est la première que les pays du Tiers-Monde veulent remodeler au double motif qu'elle traduit les besoins des pays les plus puissants et qu'ils n'ont pas participé à son élaboration. Ceci pour tenir compte de la réalité internationale qui se caractérise par la diversité. Dès lors :

Le processus coutumier n'est pas arrêté, mais il agit dans un univers conflictuel. Aux coutumes sages, établies sur la somptueuse lenteur de l'éternel hier, se sont substituées des coutumes sauvages, dont l'excroissance soudaine est nourrie de volontés alertées, dénonçant la désuétude et l'imposture des premières dont un long passé faisait oublier qu'elles devaient leur développement non à la sagesse des nations mais à l'action des plus puissantes d'entre elles¹⁵.

Celles-ci sont très attachées à la coutume classique qui "repose sur un équilibre subtil" de ces éléments constitutifs que sont l'élément matériel et l'élément psychologique qui relèvent de "deux préoccupations antinomiques". Le Tiers-Monde rejette l'élément matériel classique à cause de sa lenteur et voit dans l'opinio juris classique un frein et promeut ses "contre-coutumes" chargées de bombes, non à retardement, mais à précipitation, pour assurer les fonctions d'éclatement et de réformation dont le Pr. DUPUY nous enseigne qu'elles aboutissent à l'"abrogation" ou à la "séparation"¹⁸.

Ce glissement est significatif. Il traduit la volonté pour les pays du Tiers-Monde de reformuler en des termes qui leur sont plus favorables le problème de la combinaison des éléments constitutifs de la coutume et d'établir une hiérarchie entre les deux. De cette attitude, se dégage une nouvelle approche de la coutume qui met l'accent sur l'opinio juris, et donc rejoint la solution volontariste, ne laissant qu'une place subalterne à l'élément matériel, la pratique, dévoreuse de temps et par conséquent retardant l'émergence de la norme. Cette tendance qui rencontre des poches de résistance dans la doctrine, poursuit allégrement son chemin vers l'acceptation voire la consécration, d'autant qu'elle s'appuie sur la jurisprudence et la doctrine. De plus, l'attitude des pays du Tiers-Monde concourt amplement à sa consolidation¹⁹. La norme coutumière

peut ainsi naître rapidement et déployer ses effets juridiques²⁰ De plus, elle sera rapidement captée par une résolution qui l'écrira pour lui conférer la stabilité et la sécurité de l'écrit et surtout la consolidation.

La résolution se charge en outre d'une fonction de cristallisation de la coutume dans son processus de formation, en ce qu'elle annonce son émergence imminente précipitant par là même son éclosion. Seulement, elle engendre aussi la réticence dans la mesure où certains des principes qu'elle contient annoncent plutôt une légalité à venir, et pas le droit positif, que le Tiers-Monde veut mouler dans :

une coutume qui renferme une accumulation de concepts qui sont l'expression la plus dense de ce qu'il ya de plus fondamental dans les rapports internationaux²¹.

De sorte que les principes contenus dans les résolutions apparaissent hybrides. Mais puisque la contagion est un aspect non négligeable de la formation du droit écrit²², on espère ainsi une "coagulation" à terme.

A côté de ces diverses fonctions de la résolution, celle-ci peut être regardée comme élément constitutif de la coutume. D'abord, la résolution traduit une *opinio juris sive necessitatis*²³. Cette analyse renverse l'ordre de présence des éléments constitutifs de la coutume dans la mesure où la résolution oriente la pratique et la coutume émerge rapidement Cette façon de voir nous paraît plus logique que la formule de l'article 38 du Statut de la C.I.J. qui repose sur une contradiction logique, car pratiquer quelque chose en ayant le sentiment de se conformer à une obligation juridique suppose la préexistence de celle-ci.

En revanche, cette approche semble reconnaître aux organisations internationales une sorte de pouvoir législatif que les Etats ne leur ont pas conféré. Rien de tel, formellement, puisque l'acte n'emporte pas d'obligation. La résolution ne devient obligatoire que si la pratique subséquente des Etats vient la confirmer, d'où la coutume.

La résolution peut aussi s'analyser comme un élément matériel de la coutume. On sait que les organisations internationales participent à la formation de la coutume²⁴. De sorte que la négociation puis le vote de résolutions par les Etats au sein des organisations permettent d'y voir des précédents²⁵, même si l'étude de leur condition d'adoption s'impose pour être fixé sur la généralité de leur portée²⁶. Avec leur répétition qui assure le "martellement des consciences" dont parle M. DUPUY, les résolutions tendent à infléchir la pratique des Etats, même si elles n'y parviennent pas toujours²⁷.

On le voit, l'impact des résolutions dans la formation de la coutume est sensible, et son importance risque de croître malgré les réticences des Etats. On assiste au plan des sources, en général, à un détour de la production normative de la part des pays en développement qui s'emploient à lui donner un objet et une finalité qui épousent de plus près leurs préoccupations.

En ce qui concerne la valeur des normes juridiques, les mouvements observés plus haut trouvent leur siège d'élection dans l'avènement de la notion de norme impérative de droit international général consacrée par les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, laquelle n'assujettit la création du jus cogens à aucune des sources formelles du droit international²⁸. La détermination du contenu du jus cogens ne laisse de rendre perplexe une partie de la doctrine. Il revient à la C.I.J., dans le cadre de l'article 66 de la Convention, de l'interpréter en cas de différend.

On a dit que la Cour, dans la cadre de l'article 66, exercerait, en définissant le jus cogens, une activité plutôt législative que juridictionnelle. A dire vrai, il semble qu'elle se déterminera à la lumière de l'éthique des Nations Unies, exprimée dans certaines résolutions essentielles et d'inspiration universaliste. Ainsi, la fonction du jus cogens est d'ordre stratégique ; elle tend à étendre au droit des traités, la trame juridique essentielle de l'ordre relationnel, les normes revalorisées ou dégagées par l'Assemblée Générale. On mesure le travail dialectique de l'institutionnel au sein du relationnel²⁹.

La fonction stratégique du jus cogens se double d'une fonction protectrice de la souveraineté des économiquement situés. Comme le note justement le Pr. A. PELLET:

bien quelle ne soit pas propre au droit international du développement, la notion de jus cogens y est particulièrement adaptée. D'une part, elle est très utile dans une matière dominée par l'idée d'inégalité des Etats; elle est, en effet protectrice de l'Etat que son moindre degré de développement met en position de faiblesse dans une négociation internationale et qui peut invoquer le jus cogens pour refuser d'accepter une règle contraire³⁰.

Cette inégalité des Etats justifie les tendances observées, destinées à faire consacrer les aspirations des pays du Tiers-Monde par un droit international qui ne peut y faire face qu'au prix de retouches successives. Ce mouvement trouve son prolongement dans les règles appelées à régir les relations entre pays industrialisés et pays en développement. Il se traduit par la volonté de compenser ou d'atténuer les inégalités dues au sous-développement économique, en élargissant le champ de la coopération internationale campée dans une solidarité objective étendue à l'échelle mondiale. Cette poussée trouvera son siège d'élection dans le nouvel ordre économique international à construire qui devra être :

fondé sur l'équité, l'égalité souveraine, l'interdépendance, l'intérêt commun et la coopération entre tous les Etats, indépendamment de leur système économique et social, qui corrigera les inégalités et rectifiera les injustices actuelles, permettra d'éliminer le fossé croissant entre les pays développés et les pays en voie de développement et assurera dans la paix et la justice aux générations présentes et futures un développement économique et social qui ira en s'accéléralant³¹.

L'équité et l'égalité souveraine devront désormais fonder la recherche du nouvel ordre nécessitant de nouvelles relations économiques internationales, avec la participation de tous les Etats. L'équité est sans conteste la revendication la plus déterminante du nouvel ordre. Le Président BOUMEDIENE l'avait nettement réaffirmé dans une formule devenue célèbre :

nous ne mendions pas, nous réclamons l'équité.

Comme le remarque M. SALEM³³, la traduction juridique d'une telle affirmation donne à l'équité le sens d'un droit au profit de la partie lésée par le rapport juridique et une obligation à la charge de l'autre partie. Sur le plan d'un contrat ou d'un traité, dès lors que l'équilibre est objectivement rompu. En tant que telle, l'équité remplirait une fonction voisine de celle de la clause "*rebus sic stantibus*", sans cependant se confondre avec elle.

Le transfert de la charge de l'obligation vers les pays riches trouve une expression particulièrement nette dans la notion même de communauté internationale qui traduit le principe de la solidarité objective que le concept d'"interdépendance" vient transcrire dans la déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international³⁴

II - Illustration

Ce processus d'ensemble a mis en exergue un concept fondamental sur lequel nous allons nous arrêter et qui peut s'avérer une arme redoutable pour les pays en développement: la souveraineté permanente sur les ressources et richesses naturelles.

Les pays en développement ont saisi l'importance des ressources naturelles et la nécessité de leur contrôle. Et très vite, le principe de la souveraineté sur les ressources naturelles allait être affirmé, et plus tard, les techniques juridiques de son exercice, établies.

L'excroissance du concept de souveraineté consistera alors en un passage d'un pouvoir général et indéterminé lié à la qualité d'Etat en un pouvoir qui se concrétise dans les choses, se précise dans la maîtrise des biens. La souveraineté n'est plus seulement formelle, elle devient aussi matérielle³⁵.

La souveraineté classique, traditionnelle, apparaît aux pays en développement comme une illusion. Elle donne les signes extérieurs de la puissance mais n'est pas une souveraineté réelle³⁶.

Pour ces Etats, mus par le désir de récupérer "leur propriété", l'imperium et le dominium ne font plus qu'un. On observe une sorte de sublimation de la propriété qu'on donne au peuple, des intérêts dont l'Etat

apparaît désormais comme le gérant. La souveraineté permanente devient alors le corollaire du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes; historiquement, au motif que l'indépendance économique est le gage de l'indépendance politique.

La question fut soulevée pour la première fois aux Nations-Unies en 1952 par les pays d'Amérique Latine à propos de l'indépendance et du développement économique³⁷. Elle sera reprise dans le débat sur les droits de l'homme³⁸. C'est alors que l'Assemblée Générale des Nations-Unies devait décider en 1958 de la mise sur pied d'une commission sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, chargée : "de procéder à une enquête approfondie sur la situation de cet élément fondamental du droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes et de formuler... des recommandations tendant à renforcer ce droit"³⁹.

A la suite de quatre années d'études et d'intenses discussions au sein des différentes commissions des Nations-Unies, l'Assemblée Générale adoptait la fameuse Résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962⁴⁰. Elle déclare que:

*le droit de souveraineté permanente des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles doit s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population de l'Etat intéressé*⁴¹.

Les Etats nouvellement indépendants vont insuffler un dynamisme croissant au principe et tenter d'en faire un point focal dans les institutions internationales travaillées déjà par l'idéologie du développement. Ce travail de consolidation les poussera à reconnaître au principe un caractère inaliénable. Il y a là une sorte de glissement qui donnait à la notion de souveraineté permanente le sens de propriété. Et la Résolution 1803 (XVII) prenait un relief politique profond sans doute insoupçonné à l'époque. Elle servait, en effet, de fondement juridique implicite à la revendication des "nouveaux Etats" de contrôler leurs ressources naturelles. Sans doute beaucoup de délégations ne manquèrent pas, lors des discussions, de faire remarquer que le concept n'avait jamais été remis en cause de par le passé.

Cependant, sa reconnaissance sur le plan international apparaissait comme une habilitation faite aux pays en développements à rétablir leur souveraineté là où ils considéraient l'avoir perdue, mais surtout d'exercer un droit de propriété pour l'avenir sur leurs ressources⁴², surtout à une époque où les Etats nouvellement indépendants avaient le sentiment d'avoir été dépouillés de leurs richesses et ressources naturelles par la colonisation. Ils s'employèrent patiemment à opérer un "martellement des consciences" avec le principe et à délimiter ses contours⁴³.

On assiste alors à une "mise à la porte" progressive du droit international qui apparaît aux nouveaux Etats comme un frein possible à la mise en œuvre intégrale et effective du principe dans le sens qu'ils lui donnent. Ces derniers se souvenaient sans doute que les pays occidentaux avaient bien défendu les anciens principes du droit international lors des discussions relatives à la Résolution 1803 (XVII) en obtenant la protection des investisseurs étrangers, les multiples références au droit international et notamment l'obligation de soumettre les différends à "l'arbitrage" ou à "un règlement judiciaire international".

Ainsi, tout en reconnaissant que les investissements étrangers pouvaient jouer un rôle important dans le développement des ressources naturelles d'un pays, l'Assemblée Générale affirme que l'exploitation des ressources naturelles dans chaque pays doit se faire sur la base des lois et procédures nationales de ce pays⁴⁴ Et:

l'application du principe de la nationalisation par les Etats, en tant qu'expression de leur souveraineté pour sauvegarder leurs ressources naturelles, implique qu'il appartient à chaque Etat de fixer le montant des indemnités éventuelles ainsi que les modalités de leur versement et que tout différend qui pourrait surgir doit être réglé conformément au droit national de chaque Etat qui prend des mesures de cet ordre⁴⁵.

Ce genre de dispositions n'est naturellement pas fait pour obtenir la faveur des pays occidentaux, eux-mêmes exportateurs de capitaux. Ils ne tardèrent pas à les rejeter.

Les pays en développements devaient alors rechercher des moyens plus appropriés pour faire accepter leurs revendications. Aussi, le groupe des "77" proposait-il à la troisième CNUCED tenue à Santiago du Chili du 13 avril au 31 mai 1972, la mise sur pied d'une "Charte des droits et des devoirs économiques des Etats". Cette proposition faisait suite au constat fait par les pays en développements que les politiques économiques internationales pratiquées n'ont pas permis de combler le fossé encore trop large qui les sépare des pays industrialisés et que par conséquent, il était nécessaire de trouver un ensemble de règles obligatoires susceptibles de régir des relations économiques internationales plus justes⁴⁷. La résolution adoptée à ce propos note que:

*la communauté internationale ressent le besoin d'établir d'urgence des normes généralement acceptées qui régiront de manière systématique les relations économiques entre les Etats*⁴⁸.

En 1974, l'Assemblée Générale des Nations Unies était réunie en session extraordinaire à l'initiative de l'ancien Président de l'Algérie, M. BOUMEDIENNE, pour étudier les problèmes relatifs aux matières premières et au développement⁴⁹. Elle adoptera une déclaration et un programme d'action concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international⁵⁰. La déclaration reprend les questions fondamentales qui affectent les relations économiques entre pays en développement et pays industrialisés et déclare que :

*la coopération Internationale en vue du développement représente l'objectif et le devoir de tous les pays*⁵¹.

Et parmi les vingt principes énoncés au paragraphe 4, il en est un, le principe (e) qui concerne directement notre propos. Il se lit:

Souveraineté permanente intégrale de chaque Etat sur ces ressources naturelles et sur toutes les activités économiques. En vue de sauvegarder ces ressources, chaque Etat est en droit d'exercer un contrôle efficace sur celles-ci et sur leur exploitation par les moyens appropriés à sa situation particulière y compris le droit de nationaliser ou de transférer la propriété à ses ressortissants, ce droit étant une expression de la souveraineté permanente intégrale de l'Etat. Aucun Etat ne peut être-

soumis d'une coercition économique, politique ou autre, visant à empêcher l'exercice libre et complet de ce droit inaliénable .

L'intérêt du concept de souveraineté permanente sur les ressources, naturelles culminera avec l'adoption par l'Assemblée Générale des Nations Unies, de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats⁵² . Laquelle, après avoir déclaré qu'elle a essentiellement pour but de promouvoir l'instauration du nouvel ordre économique international fondé sur l'équité et l'égalité souveraine, l'interdépendance, l'intérêt commun et la coopération de tous les Etats, quel que soit leur système économique et social d'une part, et répertorier les éléments fondamentaux des relations économiques internationales d'autre part, énonce dans le chapitre II le concept de souveraineté permanente de façon révolutionnaire.

En effet, l'article 2 de la Charte se lit:

1) "Chaque Etat détient et exerce librement une souveraineté entière et permanente sur toutes ses richesses, ressources naturelles et activités économiques, y compris la possession et le droit de les utiliser et d'en disposer.

2) Chaque Etat a le droit:

a) de réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec les lois et règlements et conformément à ses priorités et objectifs nationaux.

Aucun Etat ne sera contraint d'accorder un traitement privilégié à des investissements étrangers;

b) De réglementer et de surveiller les activités des sociétés transnationales dans les limites de sa juridiction nationale et de prendre des mesures pour veiller à ce que ces activités se conforment à ses lois, règles et règlements et soient conformes à ses politiques économique et sociale.

Les sociétés transnationales n'interviendront pas dans les affaires intérieures de l'Etat hôte. Chaque Etat devrait, compte dûment tenu de ses droits souverains, coopérer avec les autres Etats dans l'exercice du droit énoncé au présent alinéa ;

c) De nationaliser d'exproprier, ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas il devrait verser une indemnité adéquate, compte tenu de ses lois et règlements et de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes.

Dans tous les cas où la question de l'indemnisation donne lieu à différend, celui-ci sera réglé conformément à la législation interne de l'Etat qui prend des mesures de nationalisation et par les tribunaux de cet Etat, à moins que tous les Etats intéressés ne conviennent librement de rechercher d'autres moyens pacifiques sur la base de l'égalité souveraine des Etats et conformément au principe du libre choix des moyens".

Au plan juridique, le concept de souveraineté permanente sur les ressources naturelles a fait l'objet de controverses assez intenses vu les enjeux qui se profilent derrière lui. Nous nous attacherons à en dégager le sens et la portée juridique.

Le concept de souveraineté permanente a connu une mutation à la mesure des espoirs placés en lui. De simple moyen d'expression de l'égalité voulue par les Etats nouvellement constitués, il apparaît très vite comme le fondement juridique implicite de la volonté de récupération des ressources naturelles pour les pays en développement. L'affirmation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes était circonscrite dans le droit international, mais rapidement les références à celui-ci vont s'estomper.

La Résolution 1515 (XV) du 14 décembre 1960 recommandait: "le respect du droit souverain de chaque Etat de disposer de ses richesses et de ses ressources naturelles, conformément aux droits et devoirs des Etats en droit international"

On voulait sans doute éviter d'obstruer la libre circulation des capitaux entre les différents pays. La voie était ainsi ouverte à la Résolution

1803 (XVII), laquelle percevait l'équilibre des prestations comme une nécessité. Si elle affirme le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, elle subordonne son exercice à sa conformité au droit international. La résolution délimite les conditions de l'exploitation de ressources naturelles, ainsi que celles de l'importation des capitaux⁵³ et fait intervenir le droit international dans la gestion des capitaux ainsi que dans la question de la nationalisation⁵⁴. Ainsi, si le droit de nationaliser relève de la compétence discrétionnaire de l'Etat, la procédure d'indemnisation est, en revanche, réglée tant par le droit interne que par le droit international⁵⁵. Comme on le voit, la Résolution 1803 (XVII) essaie de concilier les intérêts de l'Etat d'accueil et de l'investisseur étranger et fonde leurs relations sur le droit international; c'est là son apport fondamental. La perspective restait classique.

Cette conception sera progressivement combattue par les pays en développements qui redoutaient que la pratique subséquente à la Résolution 1803 n'érigeât les investisseurs privés en sujets de fait du droit international. On passe alors à une autre approche de la souveraineté où la substance est la maîtrise intégrale des ressources naturelles. Ce passage de la formulation modérée à la formulation révolutionnaire de la souveraineté permanente s'effectuera progressivement avant de trouver une expression particulièrement nette dans la Charte des droits et devoirs économiques des Etats. Laquelle donnera un dynamisme idéologique considérable au concept en lui adjoignant des principes irréductibles comme pour le renforcer.

C'est à la faveur des nationalisations que les difficultés sont apparues,

notamment à propos de l'indemnisation. Au Chili de M. ALLENDE comme en Libye, le désir de se soustraire aux règles classiques était réel⁵⁶.

Tandis que certains subordonnaient la nationalisation à une indemnisation juste, équitable, voire même préalable d'autres faisaient valoir la nécessité du calcul sur la base des bénéfices⁵⁷, ceci justifiant pour ces derniers, l'absence de référence au droit international. Dès lors, la souveraineté se confond avec la propriété, et le qualificatif "permanent"

prend alors tout son relief. Il révèle que les pays en développement ne peuvent plus se lier par leur engagement qui ne s'applique pas au titulaire de la souveraineté - comme dans le droit classique - mais à son contenu. La souveraineté du peuple dont l'Etat gère les ressources, et cette souveraineté devient permanente.

Ainsi, assiste-t-on à une réserve permanente de mutabilité qui aboutit à nier les clauses de stabilisation, d'intangibilité, ou encore d'immuabilité. Ce droit gelé que l'Etat ne pouvait pas changer et qui apparaissait dans l'approche classique comme un droit de référence se trouve dévalorisé, d'où l'inquiétude des investisseurs privés ou de leur Etat d'origine, car: "*the flag follows finance*".

Cette situation met l'Etat contractant au dessus du contrat, et le principe de portée novatrice qu'est la propriété devient vraiment révolutionnaire parce qu'il introduit une clause perpétuelle de continuelle récupération de la propriété mettant en œuvre ses techniques propres⁵⁸. On peut mesurer l'ampleur des problèmes posés par le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles dont la question de sa valeur juridique n'est pas le moindre, parce que le principe est principalement affirmé dans les ; résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies.

On ne reprendra pas ici le débat sur la valeur juridique des résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies. Il suffit de rappeler qu'elles sont simplement recommandataires (article 10 de la Charte de l'ONU), excepté les cas où l'Assemblée Générale a expressément reçu un pouvoir de décision⁵⁹.

Cependant, les déclarations de principe de l'Assemblée Générale par leur répétition, constituent une présomption de normativité en ce qu'elles traduisent une *opinio juris*. Par conséquent, elles influencent le développement de la coutume internationale dans les matières sur lesquelles elles portent. Et la preuve de cette présomption se trouve dans le fait que les Etats éprouvent le besoin de formuler des réserves au moment de l'adoption de Résolutions contenant des principes qui n'ont pas leur faveur. Ils savent que la coutume internationale ne traduit une pra-

tique obligatoire que dans la mesure où elle ne suscite aucune réaction contraire de la part des Etats intéressés ⁶⁰ .

Ainsi, lors de l'adoption de la déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international (Résolution 3201 S (VI), les Etats-Unis, la RFA, la France, le Royaume Uni et le Japon, ont émis des réserves sur le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles⁶¹.

Ils entendent ainsi se prévaloir de modalités particulières leur permettant, le cas échéant, de se soustraire à l'application de règles coutumières, convaincus qu'ils sont de n'être pas liés par une règle à l'encontre de laquelle ils ont manifesté d'une manière constante et non équivoque leur refus de l'accepter. En revanche, la déclaration du représentant américain témoigne d'une acceptation de la valeur normative et donc du caractère juridique de la Résolution 1803 (XVII) sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. On note ainsi un dédoublement substantiel du même principe, accepté lorsqu'il est formulé de façon modérée et rejeté s'il devient plus exigeant.

C'est ainsi que les pays occidentaux ont rejeté l'article 2 de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats qui énonce le principe de la souveraineté permanente de façon particulièrement révolutionnaire à leurs yeux. Mais ces réserves constamment émises à l'encontre des résolutions des Nations Unies ne sont-elles pas une reconnaissance implicite de leur valeur juridique? On a jusqu'ici reconnu que les résolutions pourraient véhiculer l'évolution de la pratique des Etats, mais la pratique des réserves à leur égard nous donne le sentiment qu'elles ont plus de poids qu'on ne leur reconnaît formellement. Ne sont-elles pas de surcroît une photographie instantanée de l'opinio juris de la communauté internationale si on écarte l'exigence d'unanimité pour ne retenir que la généralité et la représentativité dans le consentement⁶² ?

Dans la sentence *Texaco*, le Pr. DUPUY ne reconnaît à l'article 2 de la Charte qu'une valeur de *lege ferenda* qui :

"doit s'analyser comme une déclaration d'ordre politique plutôt que juridique entrant dans la stratégie de l'idéologie du développement et, comme telle, soutenue par les seuls Etats non industrialisés"⁶³.

Le juge JIMENEZ DE ARECHAGA, quant à lui, considère l'article 2 de la Charte de même que les autres résolutions de l'Assemblée Générale comme une source du droit international contemporain. La position de cet auteur qui se garde de tout formalisme est parfaitement concevable. Si on admet que l'article 2 de la Charte énonce une nouvelle norme coutumière, il s'en suit que la souveraineté permanente ne fait que consolider le principe déjà existant de la légalité d'une nationalisation pour cause d'utilité publique, ce qui ne nie en rien le principe de l'indemnisation.

Et ce que les auteurs oublient quand ils analysent l'article 2 de la Charte, c'est qu'elle assujettit la nationalisation, l'expropriation ou le transfert de la propriété des biens étrangers à l'obligation de :

verser une indemnité adéquate, compte tenu des lois et règlements et de toutes les circonstances qu'il (l'Etat nationalisant) juge pertinentes⁶⁵.

Par conséquent, tout manquement d'une juridiction nationale à accorder une indemnisation serait contraire aux règles posées par l'article 2.

On a même pu conférer au principe de la souveraineté permanente une valeur supérieure à celle d'une simple norme dispositive en lui reconnaissant la capacité de rendre nul un engagement qui lui est contraire. Autrement dit, le principe serait de jus cogens.

Ainsi, M. JIMENEZ DE ARECHAGA écrit :

Contemporary international law recognizes the right of every State to nationalize foreign-owned, even if a predecessor State or a previous government engaged itself, by treaty or by a contract, not to do so. This is a corollary of the principle of permanent sovereignty of a State over all its wealth, natural resources and economic activities, as proclaimed

*in successive General Assembly resolutions in particular in article 2, paragraph 1 of chapter II of the Charter of economic Rights and Duties of States. The description of this sovereignty as permanent signifies that the territorial State can never lose its legal capacity to change the destination of the method of exploitation of those resources, whatever arrangements have been made for their exploitation and administration*⁶¹.

On voit ainsi le principe élevé au rang de norme impérative de droit international général au sens des articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités⁶⁸.

De fait, ce débat sur la souveraineté permanente comme celui sur les principes du nouvel ordre en général est gouverné par l'autre débat qui porte sur la valeur des résolutions des organisations internationales. Et les juristes des différentes catégories de pays représentés aux Nations Unies se murent dans leur conception respective, entretenant ainsi un dialogue de sourds.

La question de la valeur des résolutions sera tranchée le jour où l'on voudra bien l'approcher au double plan formel et matériel. Bien sûr, la solution la plus communément admise reste celle tirée de l'article 10 de la Charte des Nations-Unies. Cependant, on ne peut s'empêcher de remarquer que les résolutions sont le baromètre le plus sûr sur le consensus ou non des membres de la communauté internationale face à une question de droit international en un moment donné. Cette constatation est renforcée par le fait que les Nations Unies constituent l'organisation politique la plus universelle de nos jours et par conséquent le forum le plus important pour mesurer le degré d'adhésion des Etats à une question déterminée. Dès lors, les résolutions adoptées au niveau de l'Assemblée Générale ont une certaine valeur juridique, surtout si elles sont adoptées à une majorité représentative, parce qu'en exprimant la conviction de l'Assemblée Générale sur une question précise, elles traduisent par là même celle des Etats qui y sont représentés. Il faut évidemment examiner les conditions de vote et analyser les dispositions énoncées par les résolutions car ces dernières sont prolifiques.

Quoi qu'il en soit, le concept de souveraineté permanente sur les ressources naturelles a permis aux pays en développement de déployer toute une "stratégie normative" par l'affirmation de principes irréductibles destinés à précipiter le processus de changement de l'ordre international qu'ils appellent de leurs vœux. Cette stratégie se matérialise par une volonté de réglementation tentaculaire des pays en développement sans doute mus par l'ambiguïté de l'évolution "législative" dans l'ordre international. Ces pays veulent :

nationaliser ce qui est chez eux et internationaliser ce qui est chez les autres

pour reprendre une des formules dont le Pr. DUPUY a le secret.

Ils constatent avec LACORDAIRE qu'

*entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit*⁶⁹,

pour en tirer leur philosophie de base dans la problématique du nouvel ordre économique international. On assiste alors à une remise en cause des relations économiques internationales qui trouve son cadre aux Nations Unies. Les organisations internationales apparaissent ainsi comme un laboratoire téléologique au service du développement. Les pays en développement y réclament une protection spéciale que l'ordre libéral ne peut leur garantir, et la triade du GATT, égalité, réciprocité et non-discrimination, se révèle injuste pour eux. Dès la première CNUCED, ils dénoncent la triade comme une source d'exploitation entre partenaires inégaux; ainsi commence la critique du libre-échange au nom du développement.

Notes

1.C. Kamitatu-Massamba cité in A. PELLET, *Le Droit international du développement*, P.U.F. Coll. "Que-sais-je" ? 1978, N 1731, p. 4.

2.S. SUR, et al. , *Droit International Public*, Paris, Montchrestien, 1986, 5e Ed., p. 718. V. également les "indications bibliographiques" p. 742.

3.V.P. WEIL, "Vers une normativité relative en droit international", *Revue Générale de Droit International Public*, 1982, pp. 5-47; Spec. p. 13 où l'auteur explique que ; "il ne s'agit plus,..., de déterminer où commence et où finit la norme juridique; c'est la nature même du système normatif international qui est à présent en cause et, du même coup, les fonctions en vue desquelles il a été créé et qui constituent sa raison d'être".

5.Voir G. FEUER, "Les Principes fondamentaux dans le droit international du développement" in *Pays en voie de développement et transformation du droit international*, SFDI, colloque d'Aix en Provence, Paris, Pédone, 1974, 315 p. ; pp. 191-234. L'auteur note. p. 207 que ; "La distinction entre le point de vue formel et le point de vue matériel est d'une importance capitale... Il ne s'agit pas seulement d'une simple opposition du droit et du fait, le droit proclamant des principes que la réalité démentirait... Il s'agit, à l'intérieur même de l'instrument juridique, d'une distinction nécessaire entre l'essence du principe et son contenu. En tant que principe, la norme vaut également pour les deux Etats. Mais quant aux droits et obligations qu'elle confère à chacun d'eux, on observe une pondération correspondant à la différence des moyens et des rôles",

6.Sentence arbitrale rendue le 4 avril 1928 entre les Etats-Unis et les Pays-Bas dans le litige relatif à la souveraineté sur l'île de Palmas (ou Miangas). Voir *RGDIP* 1935, pp. 156-202 ; cf p. 201 où l'arbitre dit : "Le droit international, comme tout le droit en général, à pour objet d'assurer la coexistence des différents intérêts qui sont dignes de protection juridique".

7.M. BEDJAOUI, *Pour un NOEI*, op. cil. p. 115.

Les Etats en développement, écrit le Pr. DUPUY, tout en affirmant leur singularité, en appellent à la communauté internationale ; seule celle-ci peut en effet, justifier à la charge des puissances industrielles, des devoirs à l'égard des pays démunis. Ainsi, l'Etat revendiquant se veut "situé" car il met en avant sa condition propre de déshérité "révolté", car il invoque des règles nouvelles qui lui semblent exprimer une légitimité en rupture avec la légalité positive dont il conteste la justice. Cependant, il s'affirme aussi "communautaire" dans la mesure où le monde doit être non un éparpillement d'Etats pouvant s'ignorer, mais un corps social dans lequel les riches doivent prendre en charge les pauvres. Autrement dit, la communauté internationale demeure essentiellement conflictuelle; elle est une idée-force, une stratégie que le Tiers-Monde utilise au nom de la solidarité, tout en revendiquant, pour chacun de ses membres, le droit à la singularité et à l'identité". In *cours au Collège de France ; Annuaire du Collège de France* 1979-

1980, p. 510. R.J. DUPUY, Cours Général, RCADI, T. 165, op. cit. p. 115; voir aussi M. BEDJAOUI, op. cit. pp. 50-65. En parlant du droit international classique, M. VIRALLY écrit que : "les Etats nouvellement indépendants témoignent d'une méfiance extrême... Le droit international, affirment-ils, ne leur a été d'aucun secours pendant leur lutte pour l'indépendance. Bien au contraire, il a constamment joué contre elle en accumulant les obstacles à l'établissement de rapports nouveaux avec l'ancienne métropole. L'indépendance acquise, le droit international apparaît encore comme le meilleur allié du "néo-colonialisme", en consolidant des positions économiques étrangères et en empêchant la formation de rapports vraiment égalitaires" in Le droit international en question, Les Archives de philosophie du Droit, Paris, Sirey 1963, N 8, p. 150.

10. P. BUIRETTE-MAURAU, La Participation du Tiers-Monde à l'élaboration du droit international, Paris, L.G.D.J. 1983, 242 p, p. 21 ; l'auteur fait cas p. 40 de "processus parallèle de création du droit international" s'agissant p. 41 d'"une préparation h de futures règles que la création des règles elles-mêmes".

11. M. BEDJAOUI, op. cit. p. 140. Voir aussi S. SUR et al. op. cit. p. 35.

12. M. BEDJAOUI, op. cit. p. 141.

13. Voir S. SUR op. cit. pp. 67 et suivantes. Comme le note l'auteur "les pays du Tiers-Monde et les pays socialistes, désireux tout à la fois d'assurer une souveraineté et une égalité réelle des Etats dans le processus conventionnel et de placer hors d'atteinte des traités particuliers certaines obligations internationales fondamentales, ont pesé d'une manière décisive en faveur de ces dispositions (celles de la partie V). Les pays occidentaux, ni suffisamment déterminés, ni suffisamment influents pour en faire rejeter le principe, ont obtenu certaines garanties touchant aux définitions ou aux procédures de mise en œuvre, mais leur efficacité peut être diversement appréciée. A la base de ces oppositions, le problème de la stabilité des traités et celui de leur équilibre. Si, en effet, les motifs de nullité sont nombreux, flous dans leur définition, incertains dans leur mise en œuvre, en même temps que rigoureux dans leurs effets, la stabilité des engagements risque de devenir précaire, et le principe Pacta Sunt Servanda pourrait être remis en cause. En revanche, si la validité des traités repose sur de simples conditions procédurales, sur l'expression d'un consentement formel, la porte est ouverte à un comportement fictif. En outre, si les traités peuvent avoir n'importe quel contenu, ne donne-t-on pas une efficacité excessive à l'inégalité réelle entre les Etats, vidant de sa substance leur égalité juridique ? Les conditions de validité répondent alors à un double souci dont l'inspiration paraît commune : faire en sorte que ne soit juridiquement opérant que le consentement authentique, non vide, de l'Etat; assurer que les traités soient conformes à un minimum de principes fondamentaux de l'ordre international". Voir aussi M. P. REUTER, La Convention de Vienne sur le droit des traités, Paris, Armand Colin 1970,

Coll. U2. L'auteur explique p. 13 qu' "à l'abri de formules abstraites, il devient possible de poursuivre la liquidation de certains engagements conventionnels bien précis. On songeait sur-

tout à des situations coloniales ou à des rapports économiques dont il serait facile d'alléguer l'inégalité et, par suite, de conclure qu'il avaient été conclus sous une contrainte illicite". Voir en outre, A. EL KADIRI, La Position des Etats du Tiers-Monde a la Conférence de Vienne sur le droit des traités, Rabat, Ed. de la Faculté des Sciences Juridiques, économiques et Sociales, 1980.; Colloque SFDI, Toulouse, L'Elaboration du droit international public, Paris, Pedone 1975

14. M. SAHO VIC, "Influence des Etats nouveaux sur la conception du droit international"

AFDI, 1966, pp. 34-35 ; voir aussi R.J. DUPUY, "Coutume sage et coutume sauvage"

Mel. ROUSSEAU, Paris, Pedone, 1974, pp. 75 et suivantes ; idem cours Général op. cit., idem "Droit déclaratoire et droit programmatore : de la coutume sauvage à la "Soft Law", Colloque SFDI, Toulouse op. cit. pp. 132 et suivantes ; M. BEDJAOUI op. cit. pp. 136 et suivantes ; Mme B. STERN, "La coutume au cœur du droit international : quelques réflexions" Mel. REUTER op. cit. pp. 479-499 ; M. THIERRY et al. op. cit. pp. 106-108.

15. R.J. DUPUY, Cours Général op. cit. p. 171.

16. P. WEIL, "Vers une normativité..." op. cit. p. 34.

17. Ibid. "D'un côté, permettre l'émergence de règles coutumières sans pour autant exiger le consentement individuel de tous les Etats ; d'un autre côté, permettre à un Etat de ne pas être lié par une règle qu'il ne reconnaîtrait pas comme telle".

18. R.J. DUPUY, "Coutume sage et coutume sauvage" op. cit. pp. 81-82. "L'effet abrogatoire, note-t-il, peut évidemment s'exercer à l'égard d'une coutume antérieure : le phénomène sera lent, et, en période de retournement des eaux qui portent la règle en cours de caducité et celle en essor, la confusion risquera d'être grande, sauf si l'homogénéité de la société, par hypothèse exempte de contradictions accusées, permet au changement de se faire comme à l'insu des consciences ou avec leur muet agrément". Et l'effet séparateur quant à lui, il "résulte de l'apparition de coutumes qui se veulent propres à une région, géographique ou politique. Elles traduisent chacune une solidarité sociale profondément ressentie. Il en résulte un compartimentage de l'ordre juridique œcuménique par un pluralisme coutumier, les intérêts spécifiques communs à certains Etats les conduisant à adapter des attitudes distinctes de celles dictées par la coutume dite universelle et qui n'est elle-même, dans un domaine particulier, que l'expression juridique d'un milieu international différent". Le juge M. BEDJAOUI rejette de façon nette la coutume classique. Il écrit p. 140 : "Tournée vers le passé, conservatrice parce que statique, inique dans son contenu, pesante dans sa formation, la coutume dans sa conception classique ne peut être d'une utilité certaine dans l'élaboration des règles nouvelles et risque en réalité de faire barrage à toute tentative de changement", et plus généralement, "Le droit nouveau doit servir de fer de lance à l'instauration d'un nouvel ordre économique international, et pour ce faire, il devra adhérer à la réalité et abandonner le formalisme stérile que lui ont conféré les grandes puissances, pour devenir enfin un droit du développement orienté vers les priorités économiques et sociales".

19. Voir les travaux du Pr. DUPUY et ceux de M. BEDJAOUI précités. Est-il besoin de rappeler le célèbre passage de l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord (Arrêt du 20 février 1969, Recueil, p. 43) ou la Cour admet l'accélération du processus historique ? M. J. CIARPENTIER note qu'il est "unanimement admis aujourd'hui que l'écoulement d'une certaine période de temps n'est pas en soi une condition de formation de la coutume: il n'est que la condition souvent nécessaire à la manifestation d'une pratique constante et uniforme des Etats en la manière considérée ; mais l'apparition quasi-simultanée des mêmes problèmes au sein de la plupart des Etats, qui les oblige à y faire face à bref délai, et la connaissance instantanée que chacun d'eux possède grâce aux moyens d'information modernes, des décisions adoptées par les autres, qui les force à réagir rapidement sous peine d'être présumés y consentir, réduisant considérablement la durée de formation de la coutume et lui permettent de faire face aux besoins actuels de la vie internationale. La Cour Internationale de Justice l'a confirmé très nettement dans l'affaire du plateau continental de la mer du Nord" in Tendances de l'Elaboration du droit international public coutumier", Colloque SFDI de Toulouse, op. cit. p. 108.

20. Le Pr. WEIL, dans son article "Vers une normativité..." précité, écrit p. 36 qu'"aujourd'hui on tend à admettre que la pratique "générale" peut se réduire à une disposition conventionnelle, dès lors que celle-ci a été adoptée par un nombre suffisant d'Etats, et notamment par les Etats considérés comme particulièrement intéressés. De - cette seule disposition conventionnelle naîtrait ainsi une "coutume instantanée" : telle est la théorie des traités quasi-universels qui, parce qu'acceptés au titre de règles conventionnelles par un grand nombre d'Etats, s'imposeraient aux autres au titre de règles coutumières. Bien plus qu'une simple accélération du processus coutumier dans le temps, c'est à une véritable révolution de la théorie de la coutume que l'on assiste ainsi Cette "véritable révolution" s'enracine pourtant dans le droit positif, puisque l'article 38 de la convention de Vienne sur le droit des traités dispose qu'"aucune disposition des articles 34 à 37 ne s'oppose à ce qu'une règle énoncée dans un traité devienne obligatoire pour un Etat tiers en tant que règle coutumière de droit international reconnue comme telle".

On peut voir dans cette possibilité un moyen importante consécration rapide des règles relatives au droit international du développement que les pays du Tiers-Monde appellent de leurs vœux. "Leur condition économiques et sociale semble justifier leur mépris du temps; on peut dire qu'il en appellent plutôt à la durée. au temps intérieur bergsonnien" note le Pr. DUPUY "Coutume sage..." op. cit.

21. Ch. de VISSCHER, Theories et réalités... op. cit. p. 172.

22. Voir M. L.F. FOCSANEANU, in Dibal du Colloque de la SFDI de Toulouse op. cit. p. 172.

22. Voir M. L.F. FOCSANEANU, in Débat du Colloque de la SFDI de Toulouse op. cit. p. 172.

"Ce qui amène à penser que la part du mythe sera substantielle dans ce nouveau droit international, écrit M.G. de LACHARRIERE, c'est l'utilisation, pour son élaboration et pour son expression, d'un certain nombre d'emprunts au droit interne des Etats qui, transférés sur le plan du droit international, correspondent à autant de fictions juridiques. Exemple : les résolutions votées dans les réunions internationales" in "Aspects mythiques des doctrines relatives au commerce international", Revue Tiers-Monde, N1, 1974, pp. 69-79. Le mythe en question est, à dire vrai, un mythe "mobilisateur", un mythe sorelien tel que le Pr. DUPUY le dégage

à propos de la communauté internationale. Voir son cours inaugural au Collège de France. De plus, les "emprunts au droit interne des Etats" n'engendrent-ils pas à terme des principes généraux du droit?

23. R.J. DUPUY, "Coutume sage et coutume sauvage" op. cit. Voir aussi la première partie, la section consacrée au principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles dans la présente recherche.

24. Voir M. VIRALLY, "Droit international et décolonisation devant les Nations Unies" AFDI, 1963, pp. 508-541, spécialement pp. 538 et suivantes.

25. Voir M. VIRALLY, "Le rôle des principes dans le développement du droit international", in Recueil d'études de droit international en hommage à P. GUGGENHEIM, Genève, 1968, pp. 531-554, voir p. 550.

26. L'importance de la majorité n'est pas le seul élément à considérer. Elle doit être combinée avec les conditions de la procédure de vote et aussi le nombre et l'importance des Etats qui ont voté contre ou qui se sont abstenus..." R.J. DUPUY "Droit déclaratoire..." op. cit. p. 147. Voir la classification en ordre dégressif proposée par l'auteur.

27. Voir J. SCHEWEBEL, "The effect of Resolutions of the U.N. General Assembly on customary international Law" P.A.S.I.L., April 1979, pp. 301-309, où l'auteur déclare: "States will vote a given way repeatedly not because they consider that their reiterated votes are evidence of a practice accepted as law but because it is politically unpopular to vote otherwise". Mais comment interpréter le vote des Etats pour une résolution matériellement dispositive? Sur les résolutions et la coutume, voir les remarques éclairantes de M. JIMENEZ DE ARECHAGA, Cours Général op. cit. pp. 30-34. Voir en outre M. BEDJAOUI op. cit. pp. 140 et suivantes,

28. Les études relatives au jus cogens sont extrêmement nombreuses. Voir la bibliographie établie par M. J.P. JACQUE, Elements pour une théorie de l'acte juridique en droit international public, Paris, L.G.D.J., 1972, 511 p., p. 154, cf la note infra-paginale N 155. Voir aussi les analyses de M. R.J. DUPUY, Cours Général op. cit. pp. 196-205; M.H. THIERRY et al. pp. 79 et suivantes.

29. R.J. DUPUY, Cours Général op. cit. p. 205. L'auteur remarque qu'il faut relever au cœur du jus cogens un principe d'universalisme, de non-discrimination, en ce sens que cette notion se fonde sur l'égalité entre les Etats en général et sur les parties au traité qui prescrirait un traitement injuste à l'égard de l'une. Elle participe de la démocratie telle que J.J. Rousseau la fonde sur une exigence d'égalité. Ainsi, le jus cogens prend-il sa signification communautaire: sa norme est destinée et s'impose à la communauté internationale dans son ensemble" Ibid. p. 200.

30. A. PELLET, Le Droit international du développement, Paris, PUF, Coll. "Que sais-je?", No. 1731, 1978, p. 72.

31. Voir Préambule de la Résolution 3201 S. (VI) op. cit. Comme l'observe à juste titre Mme B. STERN, "aujourd'hui, la prise en considération des inégalités dans les structures socio-économiques des Etats exige l'établissement d'inégalités juridiques destinées à compenser les inégalités réelles, qu'il s'agisse de l'inégalité juridique dans les échanges de prestations résultant de l'abandon du principe de réciprocité ou de l'inégalité juridique sur le plan normatif

résultant de l'établissement d'une dualité de normes et de traitements préférentiels" in 1 NO El ? op. cit. P. LIV. Voir aussi G. FEUER op. cit. pp. 218 et suivantes; M. SALEM op. cit. pp. 759 et suivantes.

32. Interview au journal "Le Monde", 5 septembre 1973. Voir aussi son discours prononcé lors de la Vème session extraordinaire de l'A.G. de l'ONU, in DOC. Act. Int, N 19, 1974.

33. M. SALEM op. cit. p. 761.

34. Dans son cours au Collège de France, op. cit. pp. 510-511, lePr. DUPUY écrit que "la dialectique de la solidarité et de l'identité montre l'Etat participant à une communauté au sein de laquelle le conflit demeure permanent Les Etats du Tiers-Monde invoquent leur droit à l'identité et à la souveraineté qui lui apporte sa garantie juridique, mais ils en appellent aussi à la solidarité des membres d'une communauté sans laquelle ils seraient réduits à lutter contre des ombres". Voir aussi G. FEUER op. cit. M. FLORY, "Souveraineté des Etats et coopération pour le développement" RCADI, 1974(1), L 141, pp. 261-329. Une partie de la doctrine n'a pas manqué de relever ce qu'on considère comme les "contradictions", du droit international du développement : liberté accrue pour les uns (pays en développement), mais obligations pour les autres (pays développés); souveraineté mais coopération; critique des sociétés transnationales mais appel aux investissements étrangers; méfiance à l'encontre de l'assistance mais fixation de seuils minima; attachement au volontarisme mais transformation des résolutions des Nations Unies en une sorte de législation universelle. Les remarques de M. A. PELLET auxquelles nous souscrivons nous paraissent pertinentes "c'est que ces règles - et leur contraire - concourent au même but: le développement Ellees ne sont que des moyens au service d'une idéologie transcendante qui est elle-même le reflet des contradictions d'une société peu intégrée. Ainsi, l'idéologie du développement et les buts qu'elle fixe, expliquent et justifient les apparentes incohérences du droit international du développement Le droit au service d'une idéologie transcendante qui est elle-même le reflet des contradictions d'une société peu intégrée. Ainsi, l'idéologie du développement. Le droit au service d'une idéologie : l'idée peut paraître sacrilège à qui voit dans le droit un ensemble de normes désincarnées. En vérité, il n'en a jamais été ainsi. Simplement, le droit international à pendant longtemps véhicule les aspirations - l'idéologie - d'Etats européens d'accord sur l'essentiel: elles pouvaient donc demeurer informulées. Il n'en va pas de même aujourd'hui: l'unanimité a éclaté, et l'idéologie, comme le droit international, du développement, se veulent universels, mais restent largement des instruments de combat forgés par le Tiers-Monde, et, pour l'instant, mal acceptés par les autres Etats" op. cit. p. 53.

35. Mme le Pr. B. STERN constate cette évolution en parlant du passage "de la souveraineté juridique à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles", in Un Nouvel Ordre Economique International ? Recueil de textes et documents, Vol. I, Paris, Economica 1983, LXI + 740 p., p. L II. Voir également la bibliographie abondante pp. 710-740.

36. W. FRIEDMANN observe que : "les règles actuelles du droit international ont été po-

sées par les Etats riches ou qui possédaient des colonies. Elles favorisent par conséquent des situations que les Etats économiquement faibles cherchent à modifier" in "The Positions of Underdeveloped Countries and the Universality of International Law", *Columbia Journal of Transnational Law*, 1963, pp. 78-86 ; voir p. 81 ; voir en outre J. COMBACAU op. cit. pp. 17-24 ; A. MAHIOU, "Les implications juridiques du Nouvel Ordre Economique et le droit international", *Revue Belge du droit international*, Vol. XII, 1976 II. L'auteur observe que "des conditions historiques précisés donnent à ce concept de nullement avoir en dehors de ces mêmes conditions. C'est par conséquent par une extrapolation abusive que M. COMBACAU conclut que n'importe quel Etat peut, par l'usage de la souveraineté définie comme un pouvoir d'agir par la voie de normes de commandements, atteindre exactement le même résultat dans le contrôle des ressources naturelles. Toute l'argumentation de l'auteur, dont la logique est apparemment impeccable, est viciée à la base lorsqu'il pose le postulat de l'équivalence des conditions, retombant par la même dans le piège du formalisme juridique qu'il avait pourtant cherché à esquiver" p. 434. Dans son rapport au colloque d'Alger sur "Droit International et Développement", rapport in troductif sous le titre "Souveraineté, développement et perspectives de nouvel ordre international" pp. 15-47 in *Actes du Colloque international (11-14 octobre 1976) Alger*, Office des Publications Universitaires, 492 p, M. BENCHIKII se demande p. 17 pourquoi la souveraineté dont sont affublés ces Etats, reste impuissante à produire les mêmes effets que ceux obtenus grâce à elle dans les pays développés. Existerait-il en droit international une souveraineté qui conduit au développement et une souveraineté qui maintient dans le sous-développement ? L'auteur poursuit : "l'analyse de la souveraineté pour rendre compte de la réalité doit intégrer le processus historique de formation de l'inégalité entre les Etats. En effet, la souveraineté n'est pas un principe désincarné. Elle est exercée par des Etats portés par des forces sociales au milieu d'autres forces sociales. Comme elles, elle a donc histoire, et comme elles, elle est toujours en mouvement". Voir également dans le même esprit M. BEDJAOUI, *Pour un Nouvel Ordre Economique International*, Paris, UNESCO 1978, 295 p. , surtout pp. 100 et suivantes. Voir aussi D. ROZENBERG, *Le principe de souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles*, Paris, LGDJ 1983, 395 p.37. Voir la Résolution 523 (VI) de l'Assemblée Générale des Nations-Unies portant "Développement économique intégré et accords commerciaux" du 12 janvier 1952, in Doc. N.U. A/2119 (1952) reproduit in B. STERN op. cit. p. 166 ; aussi la Résolution 626 (VII) du 21 décembre 1952 portant "Droit d'exploiter librement les richesses et ressources naturelles" Doc. N.U. A/2361, reproduit in B. STERN op. cit. p. 617. Voir également HYDE op. cit. p. 855.

38. Voir la Résolution 837 (IX) de l'Assemblée Générale de 1954 portant sur les "recommandations relatives au respect du droit des peuples et des nations à l'autodétermination" Doc. N.U. A/2890 (1954); Résolution 1314 (XIII) du 2 décembre 1958 sur "Recommandation concernant le respect, sur le plan international, du droit des peuples et des nations à disposer d'eux-

mêmes" in B. STERN op. cit. p. 169; Résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960 "Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux" Ibid. p. 110.

39. Résolution 1314 (XIII), op. cit. paragraphe 1.

40. Résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962 sur la "Souveraineté permanente sur les ressources naturelles" Doc. N.U. A/5217 (1962) reproduction B. STERN op. cit p. 178. Ce texte sera d'abord discuté par la commission sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles de sa dix-neuvième à sa trente troisième réunion ; voir Doc. des Nations Unies A/AC/SR. 19-SR 33 (1961), On trouve le rapport de la commission dans E/3511 et Add. 1 ou A/AC. 97/13 et Add. 1 (1961), La question fut ensuite portée devant le Conseil Economique et social a sa trente-deuxième session tenue à Genève du 4 juillet au 4 aout 1961 ; voir Documents officiels del'ECOSOC (1177eme réunion et 1181eme réunion) in Doc. N.U. E/SR 1177-SR 1179 et E/SR 1181 (1961). Enfin, le problème sera l'objet de ses réunions N 798 a 821 et 842, 845 et 846, 848, 850 a 861, 864, 876, 877, tenues a New York du 19 septembre au 17 décembre 1962. Voir Doc. N.U. A/C. 2/SR. 798-SR. 798-SR 877 (1962). Voir également G. FISCHER op. cit. pp. 516 et suivantes.

41. Resolution 1803 (XVII) op. cit paragraphe 1.

42. Voir St. SCHWEBEL op. cit. pp. 463 et suivantes.

43. Voir Résolution 2158 (XXI) du 26 novembre 1966 sur "la souveraineté permanente sur les ressources naturelles" in Doc. N.U. A/6316 (1966); Res. 2386 (XXIII) du 19 novembre 1968 sur "la souveraineté permanente sur les ressources naturelles", Documentation N.U. A/7218 ; Résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970 portant "Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats, conformément à la Charte des Nations Unies" in Documents des Nations Unies A/8028 (1970) reproduit in B. STERN op. cit. p. 206 ; Résolution 2692 (XXV) du 11 décembre 1970 portant sur "la souveraineté permanente sur les ressources naturelles des pays en voie de développement et l'expansion des sources intérieures d'accumulation pour le développement économiques" Doc. Nations - Unies A/8028 (1970) ; Résolution 3016 (XXVII) du 18 décembre 1972 sur "la souveraineté permanente sur les ressources naturelles des pays en voie de développement" Documentation N.U. A/8730 (1972); Résolution 3171 (XXVIII) du 17 décembre 1973 sur "la souveraineté permanente sur les ressources naturelles" Doc. N.U. A/9030 (1973) reproduite in B. STERN op. cit. p. 228. S'y ajoutent les Résolutions prises dans le cadre des autres institutions de la famille des Nations Unies ; k la CNUCED la Résolution 46 (III) du 18 mai 1972, Res. 88 (XII) du 19 octobre 1972 prise par le Conseil du Commerce et du Développement. Même le Conseil de Sécurité à pris une Résolution sur la "souveraineté permanente..." Résolution 330 (XXVIII) in Doc. N.U. S/INF/29 (1973) sans parler des nombreuses Résolutions du Conseil Economique et Social.

44. Resolution 2158 (XXI) op. cit paragraphe 4.

45. Resolution 3171 (XXVIII) op. cit. paragraphe 3, in B. STERN op. cit. p. 228.

46. Voir TD/180, Actes de la CNUCED, 3^{ème} session, Vol. I, paragraphe 209. Voir aussi la Résolution 45 (III) du 18 mai 1972 relative à la Charte des droits et devoirs économiques des Etats adoptée par 90 voix contre 0 et 19 abstentions, in Actes de la CNUCED, 3^{ème} session, Vol I, p. 131. E., En fait, limitative de la proposition revient au Président du Mexique d'alors, M. ECHEVERRIA, qui l'a faite dans son allocution à la conférence dans laquelle il énonce plusieurs principes devant régir des relations économiques internationales qui seront repris dans la Charte. Voir l'allocution in Actes de la CNUCED, 3^{ème} session, Vol. I A, première partie, p. 187. Pour l'analyse de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats, les études sont nombreuses. On retiendra plus particulièrement : J. P. MARTIN, "Le projet de Charte des droits et devoirs économiques des Etats" in "Pays en développement et transformation du droit international", colloque d'Aix en Provence delà SFDI, Paris, Pedone 1974, pp. 47-57; J. CASTENEDA, La Charte des droits et devoirs économiques des Etats, Note sur son processus d'élaboration" AFDI 1974, pp. 31-56 ; du même auteur, "La Charte des droits et devoirs économiques des Etats du point de vue du droit international" in "Justice Economique internationale" ouvrage collectif Paris, Gallimard 1976, pp. 75-117 ; M. VERALLY, "La Charte des droits et devoirs économiques des Etats, Notes de lecture AFDI 1974, pp. 57-78 ; D. YIANOPOULOS, "Premiers efforts pour une Charte des droits et devoirs économiques des Etats" RBDI, 1974-2, PP. 508-538 ; G FEUER, "Réflexions sur la Charte des droits et devoirs économiques des Etats", RGDIP, avril-juin 1975, n 2, pp. 273-320 ; D. COLARD, "La Charte des droits et devoirs économiques des Etats", Eludes Internationales (Quebec) Vol. IV, n 4, December 1975, pp. 439-461 ; E. O. REBASA, "The Charter of Economic Rights and Duties of States" in proceeding of ASIL, 68th annual meeting, 1974, pp. 302-305 ; A. MAHIOU op. cit. pp. 421-450 ; K. GESS op. cit., 318-449 ; E. JIMENEZ DE ARECHAGA, Cours General, RCADI, Vol. 159, 1978 (I), pp. 297-310 ; R. CA. WHITE op. cit. pp. 242-552 ; I. BROWNLIE, "Legal status of Natural Resources in International Law, Some aspects" RCADI, 1979 (1) pp. 249-317 ; B. STERN op. cit. pp. XXXII et suivantes.

47. TD/180, op. cit. p. 35.

48. Résolution 45 (III) de la CNUCED op. cit. paragraphe 1.

49. Voir M; SALEM, "Vers un nouvel ordre économiques international : à propos des travaux de la 6^{ème} session extraordinaire des Nations Unies", J.D.I., 1975, pp. 753-815;

D. CARREAU, Chroniques de droit International Economique, AFDI, 1975, pp. 647-700 ; meme auteur, Le NOEI, J.D.I. 1977, pp. 795-605 ; R., COOPER, "A New International Economic Order for mutual gain", Foreign Policy, 1977 pp. 66-120 ; G. FEUER, "Les Nations Unies et le Nouvel Ordre économique international (1974-1976)", J.D.L 1977, pp. 606-629 ; K.A. HUDES, "Towards anew international economic order" Yale studies in World Public Order, Vol. 2, 1975, No. 1, pp. 88-181;

E. Me WHINNEY, "The international law-making process and the new international economic order" in *The Canadian Yearbook of international law*, vol. 14, 1976, pp. 57-72.

50. Voir A/RES/3201 S (VI) et A/RES/3202 S (VI) du 1er mai 1974 Doc. N. U. A/9559 (1974) reproduites in B. STERN op. cit. pp. 3 et 6. Les résolutions ont été adoptées par consensus mais ont fait l'objet d'un certain nombre de réserves. Voir *Ibid* pp. 7-56.

51. A/RES/ 3201 S (VI) op. cit. paragraphe 3.

52. A/RES/3281 (XXIX) du 12 décembre 1974 portant "Charte des droits et devoirs économiques des Etats" adoptée par 120 voix pour 6 contre et 10 abstentions. Voir Doc. N.U. A/9631 (1974). Voir le détail du vote in Doc. N.U. A/PV 23 1 5 (1974). Pour les études relatives à la Charte, voir *supra* note N 118.

53. Le paragraphe 2 se lit : "La prospection, la mise en valeur et la disposition de ces ressources, ainsi que l'importation des capitaux étrangers nécessaires à ces fins devraient être conformes aux règles et conditions que les peuples et nations considèrent en toute liberté comme nécessaires ou souhaitables pour ce qui est d'autoriser, de limiter ou d'interdire ces activités".

54. Aux termes du paragraphe 3, "Dans les cas où une autorisation sera accordée, les capitaux importés et les revenus qui en proviennent seront régis par les termes de cette autorisation, par la loi nationale en vigueur et par le droit international. Les bénéfices obtenus devront être répartis dans la proportion librement convenue dans chaque cas entre les investisseurs et l'Etat où ils investissent, étant entendu qu'on veillera à ne pas restreindre, pour un motif quelconque, le droit de souveraineté dudit Etat sur ses richesses et ses ressources naturelles".

55. Puisque le paragraphe 4 est libellé comme suit: "La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national, reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers. Dans ces cas, le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'Etat qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international. Dans tout cas où la question de l'indemnisation donnerait lieu à une controverse, les voies de recours nationales de l'Etat qui prend les dites mesures devront être épuisées. Toutefois, sur accord des Etats souverains et autres parties intéressées, le différend devrait être soumis à l'arbitrage ou à un règlement judiciaire international".

56. Voir F. ORREGO-VOCUNA, "Some International Law Problems posed by the Nationalisation of the Copper Industry by Chile" *A.J.I.L.*, 1974, pp. 711-727 ; B. STERN, *L'OPEP et la crise de l'énergie*, op. cit. pp. 53 et suivantes.

57. C'était notamment l'altitude du Chili. Cf *Supra*.

58. Sur la nationalisation, les études ne se comptent plus. On retiendra plus particulièrement: P. WEIL, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier", *RCADI*, 1969 (III), T. 128 pp. 95 et suivantes ; *idem*, "les clauses de stabilisation ou d'intangibilité dans les accords de développement économiques" in *Milanges Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp.

301 et suivantes ; Idem "principes généraux du droit et contrats d'États" in *Mélanges GOLDMAN*, Paris, Litec 1982, pp. 287 et suivantes; W. WENGLER, "Les accords entre États et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international ?", *RGDIP* 1972, pp. 313 et suivantes ; J. VERHOVEN, "Contrats entre États et ressortissants d'autres États" in *Control Economique International*, Paris, Pedone, 1975, pp. 115 et suivantes ; Sentence *TEXACO-CALASIATIC C/LIBYEN* prononcée par le Pr. R. J. DUPUY le 19 janvier 1977, in *J.D.IA* 911, pp. 350 et suivantes ; B. STERN, "Trois arbitrages, un même problème, trois solutions, les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international", *Revue de l'arbitrage* 1980, pp. 3-43; G. Cohen-Jonathan, "Arbitrage Texaco-Calasiatic c/Gouvernement libyen" *AFDI* 1977, pp. 452 et suivantes ; F. RIGAUX, "Des dieux et des héros, Réflexions sur une sentence arbitrale", "Revue critique de droit international et Contrats d'États" in *Mélanges REUTER*, Paris, Pedone, 1981, pp. 549-581.

59. Voir J. CASTANEDA, "La valeur juridique des Résolutions des Nations Unies", *RCADI*, 1970 (I) 1.129, pp. 125 et suivantes; G. ARANGIORUIZ, "The normative role of the General Assembly" *RCADI* 1972, (III) t 137, pp. 431 et suivantes ; R. FALK, "On the quasi legislative competence of the General Assembly" *A.J.I.L.*, 1966, pp. 782 et suivantes; G. FEUER *op. cit.* pp. 299 et suivantes.

60. Voir CH. ROUSSEAU, *Droit International public*, Tome I, pp. 326-327.

61. Le représentant des États-Unis a alors fait la déclaration que void : "Perhaps the most difficult subject with the Declaration of Principles addresses is that of permanent sovereignty over natural resources. It will be recalled that this problem was successfully dealt by the General Assembly in 1962, when, in a meeting of minds of developing and developed countries, widespread agreement was achieved on the terms of resolution 1803 (XVII). The United States delegation regrets that the compromise solution which resolution 1803 (XVII) embodies was not reproduced in this Declaration. If it were, on this count the United States would gladly lend its support. Resolution 1803 (XVII) provides, among other things, that, where foreign property is nationalized, appropriate compensation shall be paid in accordance with national and international law ; it also provides that foreign investment agreement by and between states be observed in good faith. By way of contrast, the present Declaration does not couple the assertion of the right to nationalize with the duty to pay compensation in accordance with international law. For this reason, we do not find this formulation complete or acceptable. The governing international law cannot be and is not prejudiced by the passage of this resolution" in *International Legal Materials (I.L.M.)*, 13, 1974, p. 746, Cf. B. STERN *op. cit.* pp. 15 et suivantes.

62. La doctrine arrive à des conclusions différentes. Elle envisage le plus souvent la question avec un formalisme rebutant Voir F. BLAINE SLOAN, "The binding force of a recommendation of the General Assembly of the United Nations" *BYBIL*, Vol. XXV, 1948, pp. 1 et suivantes ; M. VIRALLY, "La valeur juridique des recommandations des Organisations Inter-

nationales" AFDI, 1956, pp. 56 et suivantes;

F. A. Vallat, "the Competence of the United Nations General Assembly" RCADI, 1959 (II) t. 97, pp. 203 et suivantes; D.H.N. JOHNSON, "The effects of Resolution of the General Assembly of the United Nations", BYBIL, 1955, pp. 97 et suivantes. Voir aussi supra note numero 131.

63. Sentence Texaco op. cit. page 379.

64. E. JIMENEZ DE ARECHAGA, RCADI, Cours General op. cit. pp. 297 et suivantes. Voir aussi M. Bedjaoui op. cit. pp. 140 et suivantes.

65. Article 2 paragraphe 2 C.

66. Cf. R. B. LILLICH, "The Diplomatic Protection of Nationals Abroad : an Elementary Principle of International Law Under Attack" A.J.I.L., T. 69, 1975, pp. 359-365. Cet auteur considère la référence, par l'article 2 de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats, au seul droit interne de l'Etat nationalisant comme une volonté de reconnaissance de la doctrine CALVO. Mais il perd de vue le fait que la référence au droit international ne concerne que l'indemnisation. Il y a donc manifestement exagération de sa part.

67. (139) Voir JIMENEZ DE ARECHAGA op. cit. p. 297. Voir également pp. 300 et suivantes.

68. Pour une approche contraire, cf P. WEIL, "Vers une normativité relative en droit international" RGDIP, T, 86, 1982, I pp. 5-47, spécialement 11 et suivantes, et 19 et suivantes. Voir en outre M. BEDJAOUI op. cit. pp. 133 et suivantes; H. THIERRY, J. COMB ACAU, S. SUR, Ch, VALLEE, Droit International public, 3eme Edition, Paris, Montchretien 1981, 780 p., spec. pp. 136 et suivantes et 628 et suivantes ; B. STERN, 1 NOE1 ? op. cit, pp. XLV et suivantes.

69. Oeuvres du R. P. LACORDAIRE, Tome IV, Paris, 1972, p. 494.

CENTER FOR OCEANS LAW AND POLICY
CURRENT MARINE ENVIRONMENTAL ISSUES AND THE
INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA

edited by Myron H. NORDQUIST x John . N. MOORE

Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp. 95 - 103

**PROVISIONAL MEASURE BEFORE
THE INTERNATIONAL TRIBUNAL
FOR THE LAW OF THE SEA**

In the various legal systems, the road that leads to jurisdictional settlement can be a true obstacle course before the final decision of a jurisdiction is reached. That decision may not only take time but may be emptied of its content when one party to a dispute adopts a unilateral and arbitrary attitude. The role of provisional measures is to prevent those unfortunate consequences, to ensure the effectiveness of the decision-making process, and to help maintain the status quo with regard to situations contested *pendente lite*.

In its order of August 17, 1972, in the Fisheries Jurisdiction Case (Federal Republic of Germany v. Iceland), the International Court of Justice set out the purpose of provisional measures. It said:

Whereas the right of the Court to indicate provisional measures as provided for in Article 41 of the Statute has as its object to preserve the respective rights of the parties pending the decision of the Court, and presupposes that irreparable prejudice should not be caused to rights which are the subject of dispute in judicial proceedings and that the Court's judgment should not be anticipated by reason of any initiative regarding the measures which are in issue [§ 22].

Thus, the Court identified three elements:

- a) Preserving the rights of each party;
- b) Preventing irreparable prejudice; and
- c) Not anticipating the decision of the Court

We shall briefly discuss the legal basis for the prescription of provisional measures by ITLOS (I); the conditions under which provisional measures may be prescribed by the Tribunal (II); and, finally, the effects of the provisional measures prescribed (III).

I. LEGAL BASIS

The United Nations Convention on the Law of the Sea (the Convention) confers upon ITLOS jurisdiction to prescribe, modify, or revoke provisional measures following a *prima facie* consideration of the jurisdiction of the arbitral tribunal to be established and an assessment of the urgency of the situation (article 290 § 5).

One may see this as concurrent jurisdiction in the sense that the Tribunal that prescribes the provisional measures will not be the forum that will deal with the merits, as is the case at the ICJ. From this perspective, the character of the incidental proceedings becomes doubtful. This is a point worth discussing.

Articles 89 to 95 of the Rules of the Tribunal, adopted on October 28, 1997, contain the provisions concerning procedures for submission of requests; the timing thereof; the measures requested and the grounds upon which the request is based; the possible consequences of rejection of the request for preservation of the respective rights of the parties; the grounds upon which the arbitral tribunal to be constituted would have jurisdiction; the urgency of the situation; the possibility of making a fresh request following rejection; and other procedural safeguards, such as the possibility afforded to the parties to present observations.

These provisions also provide for notification of the measures prescribed, modified, or revoked not only to the parties but also to other States Parties if the Tribunal considers it appropriate. Moreover, each party must inform the Tribunal as soon as possible as to its compliance with any provisional measures the Tribunal has prescribed. In particular, each party must submit an initial report upon the steps it has taken or proposes to take in order to ensure prompt compliance with the measures prescribed. Finally, the Tribunal may request further information from the parties on any matter connected with the implementation of any provisional measures it has prescribed.

II. REQUIREMENTS

With regard to the requirements that must be satisfied for the prescription of provisional measures, the Tribunal must find that the parties have failed to reach agreement within two weeks following the date of the request. It is then that the Tribunal may prescribe measures if it considers that, *prima facie*, the arbitral tribunal to be constituted would have jurisdiction and that it is warranted by the urgency of the situation.

Jurisdiction of the Tribunal

To do so, however, the Tribunal must first satisfy itself as to its own jurisdiction to entertain the application before it. This task is relatively straightforward, since the Tribunal derives its authority to prescribe provisional measures from the Convention itself (article 290 §5) and from the Statute (article 25 §1), not from the request submitted by a party to the dispute.

Prima Facie Jurisdiction of the Tribunal

By contrast, the jurisdiction of the arbitral tribunal to entertain the merits of the case must be clearly established before the prescription of provisional measures; such jurisdiction arises only if it is reasonably probable that the arbitral tribunal would have jurisdiction on the merits. This review, even *prima facie*, is mandatory.

The determination of the law applicable to the dispute makes it possible to do so. Thus, ITLOS took the view that the provisions of Part XV, section 2, of the Convention were *prima facie* applicable to the dispute concerning Southern Bluefin Tuna (*Australia and New Zealand v. Japan*). Consequently, it should exercise the jurisdiction conferred on it by article 290 §5 of the Convention by prescribing provisional measures for the parties.

Provisional measures, as we know, are essentially intended to preserve the rights of the parties and to prevent irreparable harm. The harm must be probable and imminent.

Preservation of the rights of the parties pending constitution of the arbitral tribunal is an embodiment of the principle of the equality of States and the equality of parties before the tribunal from a procedural perspective. The rights to be preserved are those that are capable of adjudication on the merits. From this requirement there arises a need to establish a link between rights requiring protection and those that are capable of being adjudicated as to the merits, without anticipating the final decision. With regard to irreparable harm, it is well-established practice that measures should not be prescribed unless the irreparable harm is imminent.

This establishes a close link between the harm and the urgency: if the irreparable harm is not imminent, there is no urgency.

Urgency was defined by the ICJ in the Case concerning Passage through the Great Belt as follows:

Whereas provisional measures under Article 41 of the Statute are indicated “pending the final decision” of the Court on the merits of the case, and are therefore only justified if there is urgency in the sense that action prejudicial to the rights of either party is likely to be taken before such final decision is given [Order of 29 July 1991,

ICJ Reports 1991, 9].

Urgency encompasses procedural and substantive aspects. Thus, article 90 of the Rules provides that a request for provisional measures has priority over all other proceedings before the Tribunal. And the President fixes the date of the hearing as soon as possible.

Urgency also means that the request before the Tribunal must be rapidly and appropriately dealt with. In that sense, urgency is an essential criterion of the request for provisional measures without which the measures cannot be prescribed within the meaning of the Convention. It constitutes, together with irreparable harm, the two fundamental elements for the prescription of provisional measures.

III. EFFECTS OF PROVISIONAL MEASURES PRESCRIBED BY ITLOS

I now come to the effects of provisional measures prescribed by the Tribunal, a matter of some difficulty.

Luis Delbez said that “the only thorny issue of law presented by provisional measures is that of their authority” [L. Delbez, *Les principes généraux du contentieux international* [Paris, 1962), 118].

In other words, what are the effects of provisional measures? Are such measures binding upon the parties and the Tribunal? The question is highly controversial but, despite appearances, remains unsettled. It might appear at first blush that such measures are binding inasmuch as it is the legal rule that prescribes, prohibits, or permits.

If one refers to the ICJ, one must note from the outset that the text of its statute leans more in favor of treating provisional measures as non-binding. The same is true of the preparatory work, which indicates clearly that provisional measures were to be non-binding. [See *Jersey/Sturcki, Interim Measures in the Hague Court* (Kluwer, 1983).] The Rules are of little help. Moreover, practice is not conclusive and the different interpretations have developed in the doctrine, which remains split. [Sec H. Thirlway, “The indication of Provisional Measures by the International Court of Justice in Interim Measures Indicated by International Courts,” R. Bernhardt, ed., *Publications of Max Planck* (Berlin: Springer Verlag, 1994), 152, specifically 26 et suivantes.]

The problem is linked to the formulation of the texts but also to the nature of the orders. The preparatory work shows that the framers of the Statute of the Court preferred the verb “indicate” to “order.” The United Nations Convention on the Law of the Sea, for its part, uses the word “prescribe.” This, as we shall shortly see, does not settle the matter.

Advocates of the binding nature of provisional measures argue from a general principle of law pursuant to which States parties to an international dispute are under an obligation to refrain from any act that could

nullify the decision of the jurisdiction. Thus, the measures prescribed would simply be the practical application of that principle. [See J. B. Elkind, *Interim Protection: A Functional Approach* (Nijhoff, 1981), 162.]

States, in becoming parties to an international dispute, have expressed their consent to be judged by a competent jurisdiction. This means that the provisional measures are binding if the treaty provisions between the parties so provide. The attendant effect is that violation of the measures prescribed amounts to a violation of an international obligation. But is there under international law an obligation to refrain from any act that nullifies the final decision? And can one seek reparation in the event of violation of such an obligation? In truth, the general principle outlined by Professor Elkind comes closer to a “moral obligation” arising from a logical necessity.

One may observe that the non-performance of measures prescribed does not actually hamper the course of procedure or benefit one party in subsequent stages. Nor does it affect the substance of the final decision of the arbitral tribunal.

Therein lies the crux of the matter. Provisional measures emerge as a phase in the decision-making process in which the tribunal notes the existence of rights to be protected but does not declare them. The measures freeze the rights pending a future decision.

The interlocutory and, therefore, provisional character of such orders deprives them of being *res judicata* because the measures can be modified or revoked. In other words, they can never be binding in the same sense as, for example, a declaratory judgment. Nor are they capable of being invoked as against third parties.

Employing a common legal nomenclature, we might say that provisional measures arise from *acts negotium*, in other words from the process by which the legal rule concerning expression of will emerges, whereas the final decision arises from the legal rule laid down. And it is only the latter that is binding and opposable.

Consideration of the content of measures prescribed leaves one even more skeptical. In the *Saiga 2* case, for example, the Tribunal prescribed that one party should refrain from taking or carrying out any judicial or administrative action against the *Saiga*. It “recommended that the two parties endeavour to find an arrangement... pending the final decision...” [Operative paragraphs 1 and 2],

In the *Southern Bluefin Tuna* case, the Tribunal prescribed that the parties “ensure that no action is taken which might aggravate or extend the disputes”; and that the two parties “should resume negotiations without delay with a view to reaching agreement on measures for the conservation and management of southern bluefin tuna.”

The foregoing excerpts show that the measures recommend and admonish the parties to do or not to do. But is there in international law a power to prescribe that is recommendatory or hortatory?

Another problem to be distinguished from that of the binding effect of provisional measures is that of their implementation. Article 95 of the Rules of the Tribunal sets out the applicable rules, but we believe that it is not up to the Tribunal to oversee the application of its judicial decisions because it affects the extra-procedural relations of the litigants.

**THE ADVISORY FUNCTION OF THE
INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR
THE LAW OF THE SEA**

9 Chinese in JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 2010

Abstract

The advisory function can be assessed as a fallback procedure at a time when there is a lack of cases before international courts and tribunals. Although not legally binding and having no precedential effect, Advisory Opinions are generally accepted. This paper looks into the question of the Advisory Opinions in the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) system. The advisory function of the Tribunal is exercised by the Seabed Disputes Chamber within the terms of the United Nations Convention on the Law of the Sea. The first request for an advisory opinion was filed on 14 May 2010. The full Court may, however, render an advisory opinion based on other international agreements according to Article 138 of the Rules of the ITLOS. As a rule, the advisory procedure is open to international organizations only. There are neither claims nor parties involved in this procedure. The paper tries to address the legal regime relating to the Opinions.

1. The advisory function is, at present times, reminiscent of a museum artefact to be restored requiring the legal practitioner to play an archaeological role at a time when there is a lack of cases before international courts and tribunals. It can be assessed as a fallback procedure, a peaceful settlement of disputes that is less constraining than contentious proceedings before international courts and tribunals. Yet, recourse to international judicial settlement—Permanent Court of International Justice (PCIJ)/International Court of Justice (ICJ)—and arbitration was considered, over a century ago, a crucial stage in international law.

2. However, if the attitude of States towards the international judicial settlement of disputes is anything to go by, we can see that overcoming the hurdles is a challenging task¹. One would think that the abhorrence of States for judicial settlement is inherent in the very struc-

1. V.M. Virally, *Le champ opératoire du règlement judiciaire international*, LXXXVII RGDIP (1993), 281-314.

ture of an international society fashioned by political processes and where the individualistic interests of States are omnipresent. This explains the under-utilization of international courts and tribunals. The reasons for this stance taken by States have often been debated and fingers have been pointed at the composition of permanent courts and tribunals, the red tape and significant cost of the procedure, the uncertainties or divisions with regard to the content of the applicable law, etc. Nowadays, the fragmentation of international law is widely talked about as well as the supposed risks to which the proliferation of Courts could lead².

3. This being the case, one can comprehend the many reservations made by States, for instance, to their declarations accepting compulsory jurisdiction, which eventually cleanse the latter of their meaning. The consent of States parties to the dispute is hence essential. Indeed, States consider their right to refuse to appear before a third party as a fundamental element of their sovereignty. When an applicant submits a case in a compulsory jurisdiction system, it is rare for the respondent not to contest this mechanism and it is precisely for this reason that proceedings relating to the conditions for the exercise of jurisdiction are profuse on the international scene³. And the ICJ often points out that “one of the fundamental principles of its Statute is that it cannot decide a dispute between States without the consent of those States to its jurisdiction”⁴.

4. The golden rule in the judicial policies of States concerning courts and tribunals has always been that an international judge can only decide disputes of an “exclusively legal” nature, i.e. those that are not

2. See G. Guillaume, *The Future of International Judicial Institutions*, 44 ICLQ (1995), 848-862.

3. As noted by Judge M. Bedjaoui, in the case of the institution of proceedings by application, the respondent nearly always starts by contesting the jurisdiction of the Court, frequently accompanied by an objection as to the admissibility of the application. *Mélanges Michel Virally, Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement* (Pedone, Paris, 1991), 87-107 (specifically page 89). See also T.M. Ndiaye, *La recevabilité devant les juridictions Internationales*, in: Ndiaye and Wolfrum (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes* (Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2007), 249-295.

4. *Case concerning East Timor*, ICJ Reports 1995, 101, para.26; see also *Case concerning Qatar/Bahrain*, ICJ Reports 1995, 23, para.43.

likely to generate a domestic crisis and do not cause significant damage to policy decisions. Besides, international courts can assist in breaking stalemates over difficult negotiations or rally the public to accept an unpopular decision. In other words, disputes brought before an international court are mostly of lesser significance.

5. Another key issue is the judicial risk inherent in the settlement of disputes through judicial proceedings. All parties are at equal risk⁵ and States are not thrilled at this knowledge because, though it is a fact that decisions of international courts have the authority of *res judicata*⁶, determination of the applicable law or consideration of the facts may differ from one court to the another. It is true that for certain types of disputes—delimitation of maritime boundaries for instance—the predictability of court rulings is virtually impossible.⁷ This predictability is nonetheless one of the major assets of the judicial process.⁸

6. Two decades after the “end of the Cold War”,⁹ one would have expected the advent of a true international justice. Today, the world is wi-

5 As noted by Professor Reuter, “the free acceptance of this judicial risk is the backbone of the authority of arbitral awards... [and] ... regardless of the actions taken, the quality of arbitrators or judges recruited, the multiplicity of jurisdictions and appeals, the risk still exists”. Pr. Reuter, *La motivation et la revision des sentences arbitrales a la Conference de la Paix de 1899 et le conflit frontalier entre le Royaume Uni et le Venezuela*, Melanges Andrassy, La Haye (Martinus Nijhoff, 1968), 245.

6 See Arbitration decision of 11 March 1941 in the *Trail Smelter Case*, UN/RIAA, Vol. III, 1950, where it states “That the sanctity of *res judicata* attached to a final decision of an international tribunal is an essential and settled rule of international law”.

7 Merely think of two related concepts: the “relevant area” and the “relevant coast” for delimitation and issues relating to its determination and its effectiveness. For determination purposes, the judge refers to the request of the Parties as expressed in the special agreement or as reflected in their arguments. *Case concerning the Gulf of Maine (Canada/United States)*, ICJ Reports 1984, para.5; *Canada-France Maritime Boundary Case*, 31 ILM 1149 (1992), para.35. The issue of its effectiveness arises because of the existence of the concept of “relevant coasts”. These are defined as being straddling coastal areas. However, things are much more complex in reality. See *Case concerning Libya/Malta*, ICJ Reports 1985, para.74, where the Court stated that the geographical setting for the determination of the relevant coasts and the relevant areas was so broad that virtually any alternative could be retained. See also F. Zoller, *Commentaire de l’Affaire de la delimitation des espaces maritimes de Saint-Pierre-et-Miquelon*, AFDI 1992, 484, which discusses “the anarchy that has prevailed since 1982 in maritime delimitation law”.

8 See Derek Bowett, *Predictability in the Legal Process*, 180 RCADI (1983-11), 191—203.

9. Symbolized by the fall of the Berlin Wall on 9 November 1989.

thout the divisions that served as reference points-East/West, North/South. The United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) itself appears under certain aspects as a Cold War product, as it harbours the interests of the various categories of States.¹⁰ The low activity level of the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS or Tribunal) must be considered in light of the various factors identified above as well as the number and diversity of commitments of States to submit applications to the Tribunal.¹¹ The number is rather insufficient though not negligible. Other multilateral instruments also provide for the submission of applications to the Tribunal, covering varied areas. As of 18 June 2010, there are 162 States Parties to the UNCLOS. About 30 States have opted for the Tribunal in their declaration concerning the choice of procedure. This implies that, as a result of their silence, 130 States have accepted arbitration by default¹³. The enthusiasm observed within political bodies dealing with the law of the sea with regard to the advisory function¹⁴ of the Tribunal is therefore understandable.

7. With regard to the origin of the concept, it shall be recalled that pursuant to Article 14 of the Covenant of the League of Nations, the PCIJ was not only called upon to render judgments. It was given the possibility to render an advisory opinion on any dispute or any point submitted to it by the Council or the Assembly.

8. The first drafts of the Covenant, particularly the famous draft of 14 February 1919, included no provisions in this regard. It was the French delegation, eager to provide a means to resolve issues that might arise concerning the interpretation of the Covenant, which proposed to entrust the future Permanent Court with the mission to adjudicate upon any question submitted by the Council or the Assembly relating to “any

10. See UNCLOS, art. 287, Part XI and the Agreement on the Implementation of Part XI (adopted on 28 July 1994).

11. Visit the Division of Ocean Affairs and the Law of the Sea (UN) website: www.un.org

12. Ibid. Multilateral Treaties: Guide to Multilateral Treaties and Other International Instruments Related to the United Nations Convention on the Law of the Sea.

13. Art. 287, para.3, of the Convention stipulates that: “A State Party, which is a party to a dispute not covered by a declaration in force, shall be deemed to have accepted arbitration in accordance with Annex VII.”

14. See below, the ITLOS full Court.

issue with regard to the interpretation of the Covenant”. The proposal was supported by Lord Cecil. The Italian delegation, however, had objections, preferring to entrust the task of interpreting the Covenant to the organs in charge of its application, namely the Council and the Assembly¹⁵.

9. The provision was ultimately included in the Covenant with the support of the US delegation. However, no specific provision was made in the Statute¹⁶; the Assembly rejected the suggestion of the committee of legal experts to make a distinction with regard to the composition of the Court, dependent on whether it was required to render an opinion on a point of international law or on a present and existing dispute. The Assembly felt that it was impossible to draw a clear line between disputes and points of law insofar as a theoretical point today can become a dispute tomorrow.

10. In the League of Nations system, a request for an advisory opinion can only come from the Council or the Assembly.

11. The institution of the advisory procedure was maintained by the drafters of the UN Charter, who increased the number of organs entitled to request opinions from the International Court and gave the procedure a non-binding force. The organs directly authorized by the UN Charter and specialized agencies authorized by the General Assembly shall be pointed out. According to Article 96 of the Charter, the UN General Assembly and Security Council may request an advisory opinion from the ICJ, as well as all other organs of the United Nations (UN) and specialized agencies, which may be so authorized by the General Assembly¹⁷.

12. The General Assembly and the Security Council may request the Court to give an advisory opinion on “any legal question”, whereas other organs so authorized may request advisory opinions on “legal questions arising within the scope of their activities”. The ICJ thus has an advisory function as did its predecessor.

15. See Ch, Rousseau, *V Droit International Public* (Sirey, Paris, 1983), 421.

16. See Statute of the PCIJ (16 December 1920), SERIE D, 1.

17. UN organs: General Assembly, Security Council, Economic and Social Council, Trusteeship Council, Interim Committee of the General Assembly. Specialized agencies: ILO, FAO, UNESCO, WHO, IBRD, IDA, IMF, ICAO, ITU, WMO, IOM, WIPO, IFAD, UNIDO. Related organization: IAEA.

13. Only States may be parties in cases before the ICJ; public international organizations may not, as such, be parties to any contentious case before the Court. However, the advisory procedure is only open to these organizations. This is not the case with the ITLOS because of its institutional setting pursuant to the Convention of Montego Bay.

14. The UNCLOS establishes various organs: the International Seabed Authority, the Commission on the Limits of the Continental Shelf and the ITLOS.

15. The Tribunal is established as an autonomous international organization within the UN system. There is a fundamental difference compared with the ICJ, namely the status of the Tribunal in relation to organs dealing with the Law of the Sea, and that of the ICJ in the UN system. Indeed, the ICJ is a principal organ of the UN under Article 7 of the UN Charter and Article 92 provides that it is “the principal judicial organ of the United Nations”.

16. The Tribunal, meanwhile, though established by the Convention of Montego Bay¹⁸, is not part of any of the organs established by this Convention. It enjoys an independent status. And this despite the fact that the Seabed Disputes Chamber, established by Article 186 of the Convention, is itself closely linked to the International Seabed Authority without actually being an organ of the latter.

17. It shall be recalled that the question of the establishment of the Tribunal for the Law of the Sea has been on the agenda since 1969. In actual fact, it was long believed that a Tribunal would be among the organs of what later became the International Seabed Authority. The idea was only abandoned in 1977¹⁹. The issue was whether to establish an independent judicial body to hear and determine questions relating to the Law of the Sea in general or be confined to disputes relating to the exploitation of the international seabed area (Area), which became Part

18. UNCLOS (10 December 1982), art. 287.

19. See Informal Composite Negotiating Text, art. 161, Doc. A/CONF.62/WP.10, VIII, Official Records (1977), 1.

XI of the UN Convention on the Law of the Sea. The Conference decided to establish a new judicial organ, the ITLOS, with an independent Statute attached to the Convention. Because of its autonomy, the new Tribunal was required to fulfil a certain number of administrative conditions prior to commencing its activities. The Tribunal has its own budget and organs: the judicial organ composed of members of the Tribunal, the Registry and the meeting of States Parties which is convened in accordance with the provisions of Article 319 of the Convention.

18. The advisory function of the Tribunal is exercised by the Seabed Disputes Chamber within the terms of the Convention (Section I). The ITLOS full Court may however render an advisory opinion based on other international agreements (Section II).

I. The Seabed Disputes Chamber

19. As a rule, the advisory procedure is open to international organizations only. There are neither claims nor parties involved in this procedure. For this reason, the only way to access the Chamber for organs authorized to seek an advisory opinion (Section I.A.) on specific issues (Section I.B.) is by means of a request.

I.A. Organs directly authorized by the Convention

I. A. i. The Assembly

20. The Convention provides that²⁰ upon a written request addressed to the President by at least one-fourth of the members of the Authority for an advisory opinion on the conformity with the Convention of a proposal before the Assembly on any matter, the Assembly shall request the Seabed Disputes Chamber of the ITLOS to give an advisory opinion thereon. Voting shall be deferred pending receipt of the advisory opinion of the Chamber. The Seabed Disputes Chamber also gives advisory opi-

20. UNCLOS, art. 159, para.10.

nions at the request of the Assembly on legal questions arising within the scope of its activities²¹ .

I A.ii. The Council

21. The other organ authorized to request an advisory opinion from the Seabed Disputes Chamber is the Council of the International Seabed Authority. It can request advisory opinion on legal questions arising within the scope of its activities²².

I B. Eligibility criteria

22. To ascertain whether it has jurisdiction to give an opinion on an issue, the Seabed Disputes Chamber must ensure that the request falls within the scope of activities-competence-of the organ submitting the request.

*I.B.i. Powers and functions of the International Seabed Authority
General Assembly I.B.i.a. Nature*

23. The Assembly, as the sole organ of the Authority constituted of all the members, is the supreme organ of the Authority²³ to which the other principal organs shall be accountable. It defines the general policy of the Authority, which is the organ through which States Parties organize and control activities conducted in the Area for the purposes of administering the resources of the latter²⁴.

I.B.i.b. Scope

24. As the plenary assembly of the Authority, the Assembly has broad powers and functions. It considers the key issues affecting the organization and the functioning of the International Seabed Authority.

21. UNCLOS, art. 191.

22. Ibid

23. UNCLOS, art. 160, para.1.

24. UNCLOS, art. 157, para.1.

25. These issues are of a political, legal or merely technical nature. At the political level, the Assembly elects the members of the Council, the Secretary General from among the candidates proposed by the Council and, upon the recommendation of the Council, the members of the Governing Board of the Enterprise²⁵ as well as the Director General of the Enterprise. The Assembly establishes such subsidiary organs as it finds necessary for the exercise of its functions. In the composition of these subsidiary organs, due account shall be taken of the principle of equitable geo-graphical distribution and of special interests and the need for members qualified and competent in the relevant technical questions dealt with by such organs." With the establishment of subsidiary organs²⁶, the pursuit for efficiency in highly technical fields seems to override the achievement of equality among Member States despite the prescriptive measures. In general, persons whose expertise is well recognized in selected technical areas are elected in the subsidiary organs established for that purpose.

26. At the technical level, the Assembly assesses the contributions of members to the administrative budget of the Authority in accordance with an agreed scale of assessment. It considers and approves, upon the recommendation of the Council, the rules, regulations and procedures on the equitable sharing of financial and other economic benefits derived from activities in the Area. The same applies to the rules and procedures with regard to prospecting, exploration and exploitation in the Area, the financial management and internal administration of the Authority and, upon the recommendation of the Governing Board of the Enterprise, the transfer of funds from the Enterprise to the Authority²⁷.

27. At the juridical level, the Assembly initiates studies and makes recommendations for the purpose of promoting international cooperation concerning activities in the Area and encouraging the progressive development of international law relating thereto and its codification²⁸.

25. UNCLOS, art. 160, paras.2(a)-(c).

26. *Ibid.*, para.2(d).

27. *Ibid.*, paras.2(e), (f). It is also the Assembly that decides upon the equitable sharing of financial and other economic benefits derived from activities in the Area, consistent with this Convention and the rules, regulations and procedures of the Authority.

28. *Ibid.*, para.2(j).

28. The Assembly also decides on the suspension of the exercise of rights and privileges of membership. The suspension is, however, subject to a Seabed Disputes Chamber finding that the provisions of Part XI have been grossly and persistently violated²⁹.

29. Finally, the Assembly discusses any question or matter within the competence of the Authority and decides as to which organ of the Authority shall deal with any such question or matter not specifically entrusted to a particular organ, consistent with the distribution of powers and functions among the organs of the Authority³⁰.

I.B.ii. Powers and functions of the International Seabed Authority Council I.B.ii.a. Nature

30. As stipulated in Article 162 of the Convention, the Council is the executive organ of the Authority. It has the power to establish, in conformity with the Convention and the general policies established by the Assembly, the specific policies to be pursued by the Authority on any question or matter within the competence of the Authority.

I.B.ii.b. Scope

31. As the executive organ of the Authority, the Council has broad powers and functions enabling it to implement the general policies established by the Assembly³¹. These powers have been greatly strengthened by the Agreement on the application of Part XI of the UNCLOS, adopted on 28 July 1994, in favour of Northern Hemisphere States. Decisions of the Assembly on any matter which is also within the competence of the Council or on any administrative, budgetary or financial

29. In application of art. 185 of the Convention, which stipulates:

Suspension of exercise of rights and privileges of membership

A State Party which has grossly and persistently violated the provisions of this Part may be suspended from the exercise of the rights and privileges of membership by the Assembly upon the recommendation of the Council.

No action may be taken under paragraph 1 until the Seabed Disputes Chamber has found that a State Party has grossly and persistently violated the provisions of this Part.

30. UNCLOS, art. 160, para.2(n).

31. See UNCLOS, art. 162, paras.2(a)-(z).

issue are hence based on the recommendations of the Council. If the Assembly does not accept the recommendation³² of the Council on any matter, it refers it back to the Council for reconsideration. Similarly, each “chamber” holds veto power within the Council. Section 3 of the Agreement also confines the powers of the Assembly in favour of the Council³³.

I.B.iii. Jurisdiction of the Seabed Disputes Chamber I.B.iii.a. Determination and exercise

32. The Convention provides that the International Seabed Authority Assembly may request from the Seabed Disputes Chamber an advisory opinion on the conformity with the Convention of a submitted proposal on any matter³⁴. Similarly, the Seabed Disputes Chamber gives advisory opinions at the request of the Assembly or the Council on legal questions arising within the scope of their activities³⁵. Opinions are to be given as a matter of urgency.

33. In the exercise of its functions relating to advisory opinions, the Seabed Disputes Chamber shall, to the extent to which it recognizes them to be applicable, be guided by the provisions of the Statute and of the Rules applicable in contentious cases³⁶.

34. The Rules provide that the Chamber shall consider whether the request for an advisory opinion relates to a legal question pending between two or more parties. If the Chamber so decides, Article 17 of the Statute shall be applied as well as the provisions for the application of this article³⁷. These provisions suggest that an advisory opinion can be sought on a dispute since the Rules authorize the parties to choose a

32. Agreement relating to Part XI of the Convention, GA Res 48/263 (28 July 1994), Section 3, para.4.

33. Of the four groups of States “Chambers” identified in the Agreement, see Section 3, paras. 5 and 9.

34. UNCLOS, art. 159, para. 10.

35. UNCLOS, art. 191.

36. ITLOS, Rules of the Tribunal, art. 130, para.1.

37. ITLOS, Rules of the Tribunal, art. 132, para.2. Art. 17 of the Statute relates to judges ad hoc.

judge ad hoc when there is no member of their nationality on the bench. The Chamber must therefore consider, whenever necessary, if the conformity with the Convention of a submitted proposal on any matter or legal issue that arises within the scope of the activities of the Council or the Assembly concerns a dispute between two or more parties³⁸.

35. A kind of shift is noted that could eventually distort the advisory opinion mechanism in its principle as a non-binding judicial consultation. As observed by Charles de Visscher, the evolution of advisory opinions and, especially, the tendency to progressively liken the advisory procedure to the contentious procedure is an indication of the concern to exclude any possibility of quietly introducing compulsory jurisdiction in rendering advisory opinions and hence avoid a dispute between States being settled by an advisory opinion given to a question relating thereto³⁹ and “which may be a key question of the dispute”.⁴⁰ In practice, this concern is not always confirmed, particularly as the instruments stipulate that the Courts shall be guided by the provisions which apply in contentious cases to the extent they are applicable. For this reason, because of its status as a judicial organ, the Seabed Disputes Chamber shall apply the provisions of the Convention giving it the authority to decide on its own jurisdiction.⁴¹

36. In this regard, the Chamber is entitled to refuse to give an advisory opinion to an organ that is not authorized to submit a request on a

38. The PCIJ gave the following definition of a dispute: “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two States”. Case concerning *Du Lotus*, CPJ1 serie A, Judgment of 7 September 1927, 11-12. This involved a contentious proceeding. However, the Court has never given a definition of the word “dispute” within the framework of its advisory proceedings. A review of the advisory opinion rendered concerning the status of East Karelia suggests that the jurisdiction of the Court in advisory matters should be limited to points of law and not points of fact or interest between two States. The Court stated in fact that “under ordinary circumstances, it would certainly be useful that the facts upon which the opinion of the Court is sought remain constant. The Court should not be given the latitude to determine these. Opinion on East Karelia, PCIJ serie B, 5 (23 July 1923). The Court could not respond to a question which was construed so as to settle a case between Russia and Finland.

39. Charles de Visscher, *Aspects recents du droit procedural de la Cour Internationale de justice* (Pedone, Paris, 1966), 197.

40. Dissenting Opinion of Judge Winiarski in the Case concerning the Interpretation of Peace Treaties, ICJ Reports 1950, 92.

41. UNCLOS, art. 288, paras.3, 4.

non-legal issue. The Chamber may also refuse to respond to a request for an advisory opinion when the legal issue does not fall within the scope of activities of the Assembly or the Council of the International Seabed Authority.

I.B.iii.b. Conformity with the Convention and legal questions

I.B.iii.b.(i) Conformity with the Convention of a proposal on any matter

37. The Convention provides that upon a written request addressed to the President by at least one-fourth of the members of the Authority for an advisory opinion on the conformity with the Convention of a proposal before the Assembly on any matter, the Assembly shall request the Seabed Disputes Chamber of the ITLOS to give an advisory opinion thereon.⁴²

38. The Seabed Disputes Chamber is hence acknowledged as a regulatory body for the activities of the International Seabed Authority Assembly and Council. In addition to contentious proceedings relating to activities in the Area, it adjudicates on the conformity with the Convention of proposals on any matter raised by the Assembly or the Council. It should therefore establish a procedure in this regard, by which the UNCLOS will take precedence over the rules and regulations that may arise from such proposals; in other words, a convention conformity review, prior to giving its opinion.

39. On 25 February 2010, the International Seabed Authority published a draft revised agenda of the 16th session of the Council⁴³ to include a statement from the Government of the Republic of Nauru, a member of the Authority. Item 7 of the new agenda is entitled: “Proposal to seek, pursuant to Article 191 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, an advisory opinion from the Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea on matters

42. UNCLOS, art. 159, para. 10.

43. Provisional agenda of the Council, ISBA/16/C/LI/Rev.1 (25 February 2010).

regarding sponsoring State responsibility and liability [State companies, individuals or corporate bodies]”. A note verbale was also sent to Member States and observers of the Authority notifying them of the change⁴⁴. By its decision of 6 May 2010, the International Seabed Authority submitted said request to the Seabed Disputes Chamber. This is the first proceeding to have been submitted before the Chamber.

I.B.iii.b.(ii) Legal questions.

40. In accordance with the Convention, the Seabed Disputes Chamber renders advisory opinions at the request of the Assembly or the Council on legal questions arising within the scope of their activities. These opinions are rendered as a matter of urgency⁴⁵.

41. The Chamber could gainfully follow the approach adopted by the ICJ in The Hague which made a liberal interpretation of the concept of a “legal question” by detaching it from its previous and subsequent settings, and focusing on the essence of the question in order to determine its legal nature; thus avoiding the political implications that could have prompted it to refuse to render an opinion. Most of the time when a question is submitted, it considers it an abstract issue. It avoids considering the motives behind the request for advisory opinion and the arguments put forward by the political organs as well as the existence of a dispute between two or more parties relating to the issue for which an

44. The proposal submitted by the Nauru delegation is contained in the document ISBA/16/C/6 of 1 March 2010, pages 1-12. See Decision of the Council of the International Seabed Authority, ISBA/16/C/13 (6 May 2010); See also the Tribunal’s press release of 14 May 2010. The Council of the International Seabed Authority requests the Seabed Dispute Chamber to render an advisory opinion on the following questions:

1. What are the legal responsibilities and obligations of States Parties to the Convention with respect to the sponsorship of activities in the Area in accordance with the Convention, in particular Part XI, and the 1994 Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982?

2. What is the extent of liability of a State Party for any failure to comply with the provisions of the Convention, in particular Part XI, and the 1994 Agreement, by an entity whom it has sponsored under Article 153, paragraph 2(b), of the Convention?

3. What are the necessary and appropriate measures that a sponsoring State must take in order to fulfill its responsibility under the Convention, in particular Article 139 and Annex III, and the 1994 Agreement?

45 UNCLoS, art. 191

advisory opinion is sought. This attitude is more consistent with the nature of a Court and its true mission⁴⁶.

42. It should, however, be noted that the jurisdiction of the Chamber has its limitations. Based on the Convention⁴⁷, the Seabed Disputes Chamber does not have jurisdiction with regard to the exercise by the Authority of its discretionary powers in accordance with Part XI; in no case shall it substitute its discretion for that of the Authority. Without prejudice to Article 191, the Seabed Disputes Chamber in the exercise of its jurisdiction as stipulated in Article 187 shall not decide on the question of whether a rule, regulation or procedure of the Authority is in conformity with the Convention and cannot declare this rule, regulation or procedure as void⁴⁸.

43. The Seabed Disputes Chamber will have to urgently define the scope of the discretionary powers of the Authority so as to make a clear distinction on proposals that could be submitted by the International Seabed Authority Assembly or Council for advisory opinion.

I.C. Proceedings for advisory opinions

I.C.i. Submission of the request and its transmittal

44. The request for an advisory opinion is submitted to the Seabed Disputes Chamber by the relevant authorized organ, the International Seabed Authority General Assembly or Council. It shall specify the question to be submitted to the Chamber or the proposal whose confor-

46. See M. Dubisson, *La Cour internationale de justice* (LGDJ, Paris, 1964), 295-303.

47. UNCLOS, art. 189. On the rules of procedure applicable in contentious proceedings relating to seabeds and in particular the jurisdiction of the Seabed Disputes Chamber with regard to the activities of the Authority, see Mbenda Diagne, *L'apport du Tribunal international du droit de la mer (TIDM) aux principes juridiques dégagés en droit de la mer* (doctoral thesis in law, Université de Nice, 2010), 146-167.

48. Art. 189 stipulates that its jurisdiction shall be confined to deciding claims that the application of any rules, regulations and procedures of the Authority in individual cases would be in conflict with the contractual obligations of the parties to the dispute or their obligations under this Convention, claims concerning excess of jurisdiction or misuse of power and claims for damages to be paid or other remedy to be given to the party concerned for the failure of the other party to comply with its contractual obligations or its obligations under this Convention.

mity with the Convention is queried. The request for an advisory opinion is signed by the authorized representative of the Authority. It also states the name of the person who will be representing the Authority during the proceedings.

45. A request for an advisory opinion on legal questions arising within the scope of activities of the Assembly or the Council of the Authority shall contain a precise statement of the question. It shall be accompanied by all documents likely to throw light upon the question. These documents shall be transmitted to the Chamber at the same time as the request or as soon as possible thereafter in the number of copies required by the Registry⁴⁹.

46. The procedure for drafting a request for an advisory opinion is not detailed in the Convention, Statute or Rules. The proposal whose conformity with the Convention is to be reviewed and the legal question to be submitted should be within reach. The practices of the UN and the system established within organs authorized to request an advisory opinion from the ICJ may have to be referred to.

47. In these various forums, the decision to request an advisory opinion is made during debate sessions. It can be assumed that the same applies to the Assembly and the Council of the Authority when proposals to request advisory opinions are submitted. The request for an advisory opinion is formally transmitted to the Seabed Disputes Chamber by the Secretary General of the Authority, of which the Assembly and the Council are the organs.

I.C.ii. Review of the request for the Advisory Opinion by the Chamber
I.C.ii.a. Orders concerning matters of proceedings

48. Article 130, paragraph 1 provides that in the exercise of its functions relating to advisory opinions, the Seabed Disputes Chamber shall apply this section and be guided, to the extent to which it recognizes

49. ITLOS, Rules of the Tribunal, art. 131. One hundred and twenty-five copies of the documents shall be submitted. See ITLOS, Guidelines concerning the Preparation and Presentation of Cases before the Tribunal, paras.9, 19.

them to be applicable, by the provisions of the Statute and of these Rules applicable in contentious cases⁵⁰. Thus, the Chamber makes orders concerning the conduct of the case, i.e. necessary orders to determine, inter alia, the number and order of filing of the pleadings - written and oral - and the time-limits within which they must be filed. It is this same principle which should predicate all decisions taken or to be taken with respect to the order in which should be submitted: the burden of proof, the hearing of the applicants and their right to respond, the allotment of time for preparing files and the time accorded to speakers.

49. Proceedings in advisory matters will comply with the rules applicable in contentious cases whenever possible. The Chamber will apply the rules for contentious proceedings after having determined whether the request for an advisory opinion concerns a legal question currently pending between two or more parties. If the Chamber so decides, Article 17 of the Statute shall be applied as well as the provisions for the application of this article⁵¹. Judges will be appointed *ad hoc*. We are hence drifting resolutely towards the dispute. It is true that the existence of a dispute between two or more parties does not preclude the Chamber from being asked for an advisory opinion on a legal question relating to the dispute.

50. As a rule, this procedure has its own *modus operandi* that should have ruled out the appointment of judges *ad hoc*. The absence of parties shall be noted. The debates are restricted, not by the findings, but rather by the provisions of the request for the advisory opinion. The Chamber sends its answer to the international organ authorized to seek an advisory opinion and not to a State. The recurring dilemma of reconciling the advisory function with the essentially judicial nature of international courts and tribunals is again observed.

50. Likewise, art. 40, para.2 of the Statute of the Tribunal stipulates: "In the exercise of its functions relating to advisory opinions, the Chamber shall be guided by the provisions of this Annex [VI] relating to procedure before the Tribunal to the extent to which it recognizes them to be applicable."

51. ITLOS, Rules of the Tribunal, art. 130, para.2; art. 17 of the Statute of the Tribunal stipulates

51. Moreover, the parties in question are either States or non-State entities: international organizations, natural or juridical persons, State enterprises. The nature of disputes that may arise between these different entities should also be reflected upon.

52. In principle⁵², the advisory opinions of the Seabed Disputes Chamber have no binding effect. They have a moral authority. Legally, they do not have the authority of *res judicata*. Are they likely to assert themselves in Court? What would happen if the dispute submitted to the Chamber or the Tribunal concerns a legal question for which an advisory opinion has already been rendered? Will they be able to extricate themselves from the principles and solutions adopted in the advisory opinion? The ability to render an advisory opinion without taking a stance on a pending issue between two or more parties would be ideal.

I. C. ii. b. Notification, written and oral phase

53. The Registrar shall forthwith give notice of the request for an advisory opinion to all States Parties. The Chamber, or its President if the Chamber is not sitting, shall identify the inter-governmental organizations which are likely to be able to furnish information on the question. The Registrar shall give notice of the request to such organizations. States Parties and the organizations shall be invited to present written statements on the question within a time limit set by the Chamber. Such statements shall be communicated to States Parties and organizations which have made written statements. The Chamber may set a further time limit within which such States Parties and organizations may present written statements on the statements made. The Chamber shall also decide whether oral proceedings shall be held and, if so, set the date for the opening of such proceedings⁵³. States Parties and the organizations shall be invited to make oral statements at the proceedings. Written state-

52. Charles de Visscher, above n.39, 195, explains that “the authority that upholds statements of law contained in an advisory opinion of the Court is unfamiliar with the statutory provisions relating to *res judicata*. This exercises a moral authority, notwithstanding the lack of a binding effect in the formal or procedural sense of the term. It largely depends on the prestige of the Court... and on the intrinsic value of opinions rendered. There is little distinction between judgments and opinions in terms of their doctrinal authority. Like judgments, advisory opinions contribute to the establishment of a coherent case law corpus ...”

53. ITLOS, Rules of the Tribunal, art. 133.

ments and accompanying documents shall be made available to the public as soon as possible after they have been presented to the Chamber.⁵⁴

I. C. ii. c. Opinions

54. When the Chamber has completed its deliberations and adopted its advisory opinion, the latter shall be read at a public sitting of the Chamber⁵⁵. The advisory opinion shall contain: (a) the date on which it is delivered; (b) the names of the judges participating in it; (c) the question or questions on which the advisory opinion of the Chamber is requested; (d) a summary of the proceedings; (e) a statement of the facts; (f) the reasons of law on which it is based; (g) the reply to the question or questions put to the Chamber; (h) the number and names of the judges constituting the majority and those constituting the minority, on each question put to the Chamber; (i) a statement as to the text of the opinion which is authoritative.⁵⁶

55. A separate or dissenting opinion or a declaration may be attached to the advisory opinion of the Chamber⁵⁷. According to Article 136 of the Rules, the Registrar shall inform the Secretary General of the Authority as to the date and the hour set for the public sitting to be held for the reading of the opinion. He shall also inform the States Parties and the inter-governmental organizations directly concerned.

56. One copy of the advisory opinion shall be placed in the archives of the Tribunal, others shall be sent to the Secretary General of the Authority and to the Secretary General of the UN. Copies shall be sent to the States Parties and the inter-governmental organizations directly concerned.

57. Alongside the advisory opinions that the Assembly or the Council of the Authority may request under the UNCLOS, there are other advisory opinions based on other international agreements and which rather concern the full Court.

54. ITLOS, Rules of the Tribunal, art. 134.

55. ITLOS, Rules of the Tribunal, art. 135, para.1.

56. *Ibid.*, para. 2.

57. *Ibid.*, para. 3

II. The advisory jurisdiction of the ITLOS full Court

58. Under the UN Convention on the Law of the Sea and the Statute of the Tribunal, the advisory function is exercised by the Seabed Disputes Chamber. These two instruments barely provide for an advisory jurisdiction of the full Court. There is no mention in the draft of the Preparatory Commission either. The Tribunal, during the drafting of its rules in 1996, took the initiative and discussed the possibility for the full Court to render advisory opinions.

59. Therefore, it is interesting to note that the possibility of the ITLOS rendering advisory opinions is not expressly contemplated in UNCLOS or in the Statute of the Tribunal, but is rather provided in the Rules of the Tribunal.

60. It is for this reason that the jurisdiction clause is oddly introduced in the Rules. It is stipulated in Article 138 that the Tribunal may give an advisory opinion on a legal question if an international agreement related to the purposes of the Convention specifically provides for the submission to the Tribunal of a request for such an opinion.

61. The provisions of Article 288, paragraph 2 and those of Article 21 of the Statute of the Tribunal have been called upon to justify the advisory jurisdiction of the full Court⁵⁸. Article 288, paragraph 2 of the Convention appears rather as a basis for a consensual jurisdiction of the Court in a like manner as the ICJ and other mechanisms provided for in Article 287 of the Convention. Moreover, it appears in the section dealing with compulsory procedures which entail binding decisions.

58. For a review of arguments presented, see Ki-Jun You, *Advisory Opinions of the International Tribunal for the Law of the Sea: Article 138 of the Rules of the Tribunal, Revisited*, *Ocean Development and International Law*, 39 *Journal of Maritime Affairs* (2008), 360-371 (specifically pages 361-363). Art. 288, para.2 of the Convention stipulates: "A court or tribunal referred to in article 287 shall also have jurisdiction over any dispute concerning the interpretation or application of an international agreement related to the purposes of this Convention, which is submitted to it in accordance with the agreement." Art. 21 of the Statute reads: "The jurisdiction of the Tribunal comprises all disputes and all applications submitted to it in accordance with this Convention and all matters specifically provided for in any other agreement which confers jurisdiction on the Tribunal."

62. Whereas, an advisory opinion is non-binding legal advice which, as an individual statement, does not have legal force. Article 288 can therefore not be relied upon or interpreted as a basis for the advisory jurisdiction of the Tribunal. The same applies to Article 21 of the Statute of the Tribunal, which needs to be interpreted and clarified by the Tribunal.

63. However, it is possible for an organ with a judicial role such as the Tribunal to render an opinion on a point of law, because its Statute does not prohibit such. It shall be noted that an arbitral tribunal may sometimes issue an advisory opinion. The terminology may seem unusual, and it may be surprising that an arbitral tribunal is established to render an advisory opinion for it is part of the mission of an arbitral tribunal to issue mandatory judgments. The fact remains that the French-US and Italy — US air service agreements instituted arbitral tribunals entrusted with rendering advisory opinions. Article 10 of the French -US⁵⁹ agreement provides that any dispute must be submitted “for an advisory opinion from a three-member tribunal” and according to Article 13 of the Italy—US⁶⁰ agreement “any dispute will be submitted for advisory opinion to a tribunal composed of three arbitrators”.

64. Taking on the agreement path as a basis for conferring advisory jurisdiction to the Tribunal is a more effective route than seeking a legal basis that does not exist in the Convention or the Statute. Practices observed over time may help to thrust aside uncertainties relating to Article 138 (Section II.A.). The authorized organs will then be considered (Section II.B.), as well as the questions for which advisory opinion may be sought and the requirements (Section II.C.).

59. The Franco-American Air Agreement, signed at Paris on 27 March 1946. For the Interpretation of the Agreement by the Arbitral Tribunal composed of Professor Roberto Ago (Pre-sident), Professor Paul Reuter and Henri de Vries, see Award of 22 December 1963, 3 *Journal of Air Law and Commerce* (1964), 231 -247.

60. The Air Transport Agreement between the USA and Italy, signed at Rome on 6 February 1948. For the Interpretation of the Agreement by the Arbitral Tribunal, see UN RIAA, Vol. XVI (17 July 1965), 75-108 (The Arbitrators were O. Riese, S.D. Metzger and R. Monaco).

II.A. Recent discussions and practices

65. Several times in the recent past, the Tribunal, with the support of many States, has sought to reassert its advisory jurisdiction. Advisory jurisdiction has become a recurrent issue during the debates at the UN General Assembly on “Oceans and the Law of the Sea: Report of the Secretary General⁶¹, as well as at the meetings of States Parties to the Convention⁶², in an almost ritual manner⁶³.

66. At the first regional workshop of the Tribunal held in Dakar (Senegal) from 30 September to 2 October 2006, delegates discussed this issue in-depth. Similarly, at the second regional workshop held in Libreville (Gabon) from 23 to 27 March 2007, the Director General of the Regional Fisheries Committee of the Gulf of Guinea also addressed the issue regarding the advisory jurisdiction of the Tribunal. At the fourth workshop of the Tribunal held in Singapore, the Vice Prime Minister of this country declared that “[t]he ITLOS should be empowered to offer advisory opinions, like the [ICJ]”⁶⁴.

67. At the sixth regional workshop of the Tribunal held in Cape Town (South Africa) from 7 to 9 October 2009 on the theme “[t]he settlement of disputes relating to the Law of the Sea in Southern Africa”, the advisory jurisdiction of the Tribunal was again discussed. Four delegates⁶⁵ raised the issue, in particular to find out if “regional fisheries management organizations would be authorized to request an advisory opinion”⁶⁶.

61. See address delivered by Riidiger Wolfrum on 28 November 2005, UN Doc. A/60/PV.55 (2005), 27.

62. See Report of President Dolliver Nelson at the 15th meeting of States Parties on 16 June 2005, in: ITLOS, Yearbook (2005), 187.

63. Round Table organized at the UN on 29 November 2005. Doc. ITLOS/Press Release 101 (2005), 3.

64. Highlights: Malaysian, Singapore Press (30 May 2007), World News Connection (Newswire), 30 May 2007, available at Westlaw, International News.

65. From Lesotho, Namibia, South Africa and Mozambique. See ITLOS Report on Regional Workshops of 23 February 2010, 3-4.

66. Questions of the delegate from Namibia, *ibid.*, 4.

68. During the 16th session of the meeting of States Parties, the Argentine delegate expressed strong interest in “particularly paragraph 18 of the report, which referred to the competence of State Parties to call for an advisory opinion from the Tribunal”⁶⁷ Similarly, the Icelandic delegate to the UN General Assembly was very supportive of the advisory jurisdiction of the Tribunal⁶⁸. There is thus a general movement in favour of the advisory jurisdiction of the Tribunal, an expression of support from States Parties to the Convention, which seem to consider it as a fallback procedure. It shall be recalled that the Convention⁶⁹ provides that no provision in this Part [Part XV] impairs the right of any States Parties to agree at any time to settle a dispute between them concerning the interpretation or application of this Convention by any peaceful means of their own choice.

69. In this spirit, it is very much understandable that parties to the Convention sign an international agreement related to the purposes thereof and which specifically provides for the request of advisory opinion of the Tribunal⁷⁰. The nature of the agreement shall then be determined, whether it is a founding treaty of an international organization or any convention.

II.B. Organs authorized to seek advisory opinions

70. There is, strictly speaking, no established authorization mechanism⁷¹. *A priori*, any organ, appointed or acting pursuant to a duly signed international agreement, may apply for an advisory opinion. Because

67. Reference to the address delivered by Rudiger Wolfrum on 19 June 2006, “Report of the Tribunal to the 16th Session of the Meeting of State Parties”.

68. Address of 28 November 2005, UN Doc. A/60/PV.54 (2004), 27.

69. UNCLOS, art. 280 (“Settlement of disputes by any peaceful means chosen by the parties”).

70. In conformity with the provisions of art. 138 of the Rules.

71. As provided under art. 96 of the UN Charter with regard to the ICJ.

Certain authors believe that the advisory procedure before the Tribunal should also be open to States. See Jose Luis Jesus, Article 138, in: Rao and Gautier (eds.), *The Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea: A Commentary* (2006), 394. Judge Wolfrum believes that the advisory function of the Tribunal could potentially be an “alternative to contentious proceedings”. Report of President Dolliver Nelson, above n.62, para. 18. For Judge Rao, the meeting of States Parties should be able to seek advisory opinions of the Tribunal on legal issues under the Convention. Judge Rao wrote:

the advisory procedure is open to international organizations only for now, the organ in question must therefore be that of an international organization that has granted it authority to seek an advisory opinion from the Tribunal⁷². These international organizations must meet the requirements of Article 138 of the Rules. This does not mean that States will never be able to institute advisory proceedings before the Tribunal, but that they will have to find and use the appropriate procedure⁷³.

The question arises as to whether a Meeting of States Parties could seek advisory opinions of the Tribunal on legal questions arising under the Convention. It may be recalled that the Council of the League of Nations made requests for advisory opinions on behalf of other international agencies and States, though neither the League Covenant expressly authorized the Council or Assembly of the League to request such opinions, nor did the constitutions of others expressly authorize them to ask the League to request advisory opinions. On the basis of this practice, it may be argued that even a 'treaty organ' like the Meeting of States Parties might, if it so decides, request advisory opinions of the Tribunal. How else could it (and through it the Commission on the Limits of the Continental Shelf set up under Annex II to the Convention) obtain independent advice on legal questions arising within the scope of their activities under the Convention, especially when they concern the interpretation or application of the Convention? When the need arose, the States Parties postponed in 1995 the election of judges to the Tribunal, clearly deviating from the mandatory provisions of article 4, paragraph 3, of the Statute. Similarly, the eleventh Meeting of States Parties made a change in respect of the date of commencement of the ten-year period for making submissions to the Commission on the limits of the Continental Shelf, clearly deviating from the provisions of article 4 of Annex II to the Convention. In the scheme of the Convention and the Statute, there is thus warrant for the Meeting of States Parties to seek advisory opinions of the Tribunal should the need arise.

72. P.C. Rao, *ITLOS: The First Six Years*, 6 *Max Planck YUNL* (2002), 183 (specifically pages 211 -212; internal footnotes omitted). The legal status of the meeting of States Parties is uncertain. Art. 319, para. 2(e) provides: "In addition to being the depositary of this Convention, the Secretary General of the United Nations convenes necessary meetings of States Parties in accordance with this Convention. The Meeting of States Parties is therefore presented as a periodic international conference and not a permanent established organ." Moreover, "all States Parties are ipso facto members of the Authority" under art. 156, para.2 of the Convention. The Meeting of States Parties reminds of traditional diplomatic conferences, in terms of its operation, where delegates have to follow the instructions of their respective governments. Through them, States Parties have the power to act at the International Seabed Authority as at die UN. States can hence have the capacity to intervene with respect to the Tribunal for the Law of the Sea, the International Seabed Authority Assembly or the Council.

73. See You, above n.58, 370 n.43

II.C. Questions on which advisory opinion may be sought and requirements

II. C. i. Questions

71. The advisory procedure is open when an international agreement⁷⁴ related to the purposes of the Convention makes provisions for such. The purposes of the Convention are many. These include: biological resources of the sea; general conservation; environment and ecosystem; marine scientific research; pollution; maritime navigation; piracy and maritime safety; maritime claims and responsibilities; shipping.

72. There are many issues relating to these matters where advisory opinions may be sought as indicated during the different workshops of the Tribunal. A recurring question concerns the role of regional fisheries management bodies and illegal fishing.

73. Another important issue is that relating to marine scientific research. All States and competent international organizations have the right to conduct marine scientific research.⁷⁵ This right is subject to the rights and duties of other States as provided for in the Convention. Determining the scope of the rights and obligations of one and another is an arduous task. This is fully reflected in discussions within groups of experts on the Law of the Sea.⁷⁶

74. Another sensitive issue is piracy and other acts of violence at sea. These acts are committed in areas under national jurisdiction: near the coast, in waters of straits, in outer harbours. They are, nowadays, also committed on the high seas. Acts of piracy and violence at sea are on the increase. The applicable judicial system in such cases is not easy to determine.

74. It is therefore a treaty within the meaning of art. 1, para.(A) of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969.

75. UNCLOS, Part XIII, art. 238.

76. See debates of the group of experts of the International Oceanographic Commission of UNESCO (the ABELOS group) (www.unesco.org).

75. There is also the issue of pollution and preservation of the marine environment. According to the terms of the Convention, States are required to ensure the fulfilment of their international obligations regarding the protection and preservation of the marine environment. They shall be liable in accordance with international law. States shall ensure that recourse is available in accordance with their legal systems for prompt and adequate compensation or other relief in respect of damage caused by pollution of the marine environment by natural or juridical persons under their jurisdiction. To this end, States shall cooperate in the implementation of existing international law and the further development of international law relating to responsibility and liability for the assessment of and compensation for damage and the settlement of related disputes⁷⁷.

76. These are very complex issues that may call for a request for an advisory opinion, whereas the latter is subject to a certain number of prerequisites.

II. C. ii. Requirements

77. Article 138 of the Rules sets out a certain number of prerequisites for a request for an advisory opinion on a legal question to be admissible. Firstly, there has to be an international agreement, in other words a treaty within the meaning of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties.

78. Secondly, the agreement in question must relate to the goals of the Convention. A few significant goals of the Convention have been cited earlier. This condition is a logical requirement.

79. Then, the international agreement must specifically make provisions for submitting a request for an advisory opinion to the Tribunal. This condition is difficult to fulfil under the existing agreements since no international agreement has made provisions for it, either because

77. UNCLOS, art. 235.

the agreements existed prior to the establishment of the Rules of the Tribunal, or because States could not foresee that the advisory jurisdiction clause would be introduced by an organ they established. One merely has to refer to the dispute settlement as well as the jurisdiction clauses to realize this. This condition could possibly make Article 138 inapplicable⁷⁸.

80. Furthermore, the advisory opinion sought must be on a question of a legal nature. The spirit and the extremely political methods that prevail in international organizations raise the issue of reconciling the advisory function with the judicial nature of the Tribunal. Hence, strictly speaking, when a question is not of a purely legal nature, an advisory opinion cannot be given. One has to try to retain only the legal aspects per se of a question; and this is hardly an easy task. The circumstances surrounding the legal question should—perhaps—be ignored. This raises the issue with regard to the freedom of the Tribunal in respect of the matter referred to it.

81. Finally, there is an implicit requirement related to the scope of the advisory jurisdiction. It relates to the international seabed regime and activities in the Area. In these areas, the Seabed Disputes Chamber has exclusive jurisdiction⁷⁹.

82. The procedure governing a request for an advisory opinion on a legal question — if an international agreement related to the purpose of UNCLOS specifically provides for the submission to the ITLOS of a request for such an opinion — will be that before the Seabed Disputes Chamber⁸⁰ and eventually the one prescribed in said agreement. The rules of procedure of the Seabed Disputes Chamber's advisory proceedings apply *mutatis mutandis*⁸¹.

78. See provisions on the settlement of disputes concerning the law of the sea (www.un.org/DOALOS).

79. UNCLOS, arts. 186, 187. ITLOS, Statute of the Tribunal, art. 14; ITLOS, Rules of the Tribunal, art. 130.

80. ITLOS, Rules of the Tribunal, arts. 130-137.

81. ITLOS, Rules of the Tribunal, arts. 130-137

83. If the system of advisory proceedings before the Seabed Disputes Chamber is very clear, that of the full Court holds uncertainties which will undoubtedly be lifted as the Tribunal receives more requests for advisory opinions. At the first opportunity, the instruments must be fine-tuned in order to supplement the jurisdiction clause, established by paragraph 1 of Article 138 of the Rules, on a certain number of points.

84. Initially, the Meeting of States Parties will have to be given a legal status for it to play a role. Then, the Meeting of States Parties will create a mechanism for clearance or authorization which will define its relations with the organs established by the Convention; the Commission on the Limits of the Continental Shelf and the ITLOS, but also other international organizations active in areas relevant to the purposes of the Convention.

85. Afterwards, the relevant international organizations and particularly the regional fisheries management organizations will be identified as they may prove to be potential clients in the advisory proceedings before the Tribunal.

86. Finally, questions on which an advisory opinion as stipulated in Article 138 of the Rules shall be rendered will be gradually clarified, indicating the general rules concerning the decision-making process and the consideration of the “legal question”⁸².

87. There is an apparent need for rules and regulations. The Tribunal needs several requests for advisory opinions in order to gradually set the pace with regard to the advisory function of the full Court.

88. It could be a very useful mechanism in our evolving world. In his statement to the 63rd session of the UN General Assembly in 2008, the President of the ITLOS, Judge Jose Luis Jesus, stressed the importance of the advisory proceedings today, observing that “as the international community faces new challenges in ocean activities, such as

82. The “legal question” is framed in a very imprecise manner compared with art. 96, para.2 of the UN Charter.

piracy and armed robbery, advisory proceedings before the Tribunal on legal questions concerning the application and interpretation of provisions of the Convention may prove to be a useful tool to States⁸³. Nowadays, an important issue is that concerning the legal status of islands and rocks. Article 121, paragraph 3 of UNCLOS states that “[r]ocks which cannot sustain human habitation or economic life of their own shall have no exclusive economic zone or continental shelf”. Different applications or interpretations of that Article have become one of the main sources of maritime disputes between States, in particular as far as the test of habitation or economic viability is concerned.

89. Another problem involves on the protection and preservation of the marine environment and the liability questions relating thereto. Apparently, liability is not considered a sufficient means of solving trans-boundary pollution problems probably because it is difficult to clearly establish proof of causation in a number of cases. The question is, to what extent are general international law rules applicable to the marine environment? These are matters for advisory opinions, let alone the illegal, unreported and unregulated fishing problems.

83. ITLOS, 12 Yearbook (Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2008), 258, para.9.

**ILLEGAL, UNREPORTED AND UNREGULATED FI-
SHING: RESPONSES IN GENERAL AND IN WEST AFRICA**

Published by oxford University Press doi 10. 1093/ Chinese JIL/
jmr 012; Advance Access publication 27 Avril 2011; 10 Chinese JIL
(2011) pp 373-405

Abstract

West Africa enjoys exceptionally good climatic and ecological conditions. Its coastal and maritime areas are among the richest fishing grounds in the world. These maritime waters have a high biological productivity due to the rising of deep, nutrient-rich waters at the basis of the marine food chain. This phenomenon, known as “upwelling”, is caused by winds pushing the surface waters away from the land area, allowing waters from the deep ocean to rise to the surface. One of the major features of the region, from Mauritania to Cape Shilling, is the abundance of fisheries resources. The fishing industry in the sub-region has been going through a crisis since 1990 due to overfishing, overexploitation by fishermen, industrial fishing companies and especially the highly disturbing incidence of illegal, unreported and unregulated fishing. This paper looks into the applicable law through the treaty law and the case law prior to discussing States’ practice in the subregion. The latter is reflected in the laws and regulations of these States that give effect to the United Nations Convention on the Law of the Sea and that govern fishing activities in areas under national jurisdiction. State practice is also reflected in bilateral agreements between States to establish the conditions for access of foreign vessels to living resources in the exclusive economic zones. Various inter-governmental arrangements have also been developed to ensure the management of resources in the maritime region of West Africa covered by the SubRegional Fisheries Commission.

I. Introduction

1. West Africa enjoys exceptionally good climatic and ecological conditions. Its coastal and maritime areas are among the richest fishing grounds in the world. These maritime waters have a high biological productivity due to the rising of deep, nutrient-rich waters at the basis of the marine food chain. This phenomenon, known as “upwelling”, is caused by winds pushing the surface waters away from the land area, allowing waters from the deep ocean to rise to the surface. One of the major features of the region, from Mauritania to Cape Shilling¹, is the abundance of fisheries resources.

2. The seven Member States of the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) cover a total surface area of 1.6 million km² with a coastline that stretches over 3500 km. The total population of these countries is approximately 32 million inhabitants, of whom 70 per cent live near the coastal areas. Fishing is a highly important sector in these countries as it accounts for one quarter of their economic activities. It creates jobs and caters to the food and export needs of countries in the sub-region. The number of direct and indirect jobs generated by this sector is estimated at over one million with about 30 000 fishing boats and over 1000 industrial vessels, including 700 foreign vessels operating in the exclusive economic zones (EEZs) of these States as part of the fisheries agreements with the European Union, China and South Korea in particular. The estimated value of the annual catch is USD 1.5 billion while the projected volume of exports amounts to USD 350 million per year

The fishing industry in the sub-region has been going through a crisis since 1990 due to overfishing, overexploitation by fishermen, indus-

1. See D. Greboval, Bioeconomic analysis of the principal demersal fisheries in the northern zone of CEEAF, Dakar, CEEAF Project, CEEAF/TECH/82/45 (1982).

trial fishing companies and especially the highly disturbing incidence of illegal, unreported and unregulated fishing (IUU fishing).²

3. In the International Plan of Action to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing (IPOA-IUU), the United Nations Food and Agriculture Organization (FAO) gives the following definition for IUU fishing:

3.1. Illegal fishing refers to activities:

3.1.1. conducted by national or foreign vessels in waters under the jurisdiction of a State, without the permission of that State, or in contravention of its laws and regulations;

3.1.2. conducted by vessels flying the flag of States that are parties to a relevant regional fisheries management organization but operate in contravention of the conservation and management measures adopted by that organization and by which the States are bound, or relevant provisions of the applicable international law; or

3.1.3. in violation of national laws or international obligations, including those undertaken by cooperating States to a relevant regional fisheries management organization.

2. Though the phenomenon is well known worldwide, the expression “illegal, unreported and unregulated fishing” (IUU fishing) was first used at the 1997 Session of the Commission for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources during debates on unauthorized fishing activities (illegal and unreported) of members of the Commission and on the fishing activities (illegal and unregulated) of non-members within the area covered by the Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources (CCAMLR). See D. Douman, Global overview of illegal, unreported and unregulated (IUU) fishing and its impact on national and regional efforts to manage fisheries sustainably: the rationale for the conclusions of the 2001 FAO International Plan of Action, Appendix D, FAO Fisheries Report No. 722, Report of the Expert Consultation on Fishing Vessels Operating Open Registries and Their Impact on Illegal, Unreported and Unregulated Fishing, Miami, Florida, USA, 23-25 September 2003 (FAO, Rome 2004); see also W. Edeson, Tools to Address IUU Fishing: The Current Legal Situation, Document AUS:IUU/2000/8 (2000) (www.fao.org/DOCREP/005/Y3274E/y3274e0a.htm).

3.2. Unreported fishing refers to fishing activities:

3.2.1. which have not been reported, or have been misreported, to the relevant national authority, in contravention of national laws and regulations; or

3.2.2. undertaken in the area of competence of a relevant regional fisheries management organization which have not been reported or have been misreported, in contravention of the reporting procedures of that organization.

3.3. Unregulated fishing refers to fishing activities:

3.3.1. in the area of application of a relevant regional fisheries management organization that are conducted by vessels without nationality, or by those flying the flag of a State not party to that organization, or by a fishing entity, in a manner that is not consistent with or contravenes the conservation and management measures of that organization; or

3.3.2. in areas or for fish stocks in relation to which there are no applicable conservation or management measures and where such fishing activities are conducted in a manner inconsistent with State responsibilities for the conservation of living marine resources under international law³.

4. It goes without saying that such a definition is necessarily subject to change given the type of activities in question, their prolific nature and, in particular, the ingenuity of those engaged in IUU fishing.

5. Especially as technology is highly advanced, more and more surprising innovations are being developed particularly for fish detection, such as the use of aircraft and sonar in purse seine fishing and trawling. The emerging use of mid-water trawls, new fish-netting techniques, fish pumps, the generalization of the use of synthetic fibres, new freezing and fish-processing techniques, parent vessels and factory ships accom-

3. IPOA-IUU, adopted by consensus at the 24th Session of the FAO Committee on Fisheries (COFI) on 2 March 2001 and endorsed by the 120th Session of the FAO Council on 23 June 2001, Appendix 1, 109-110 (www.fao.org/DOCREP/003/yl224E/Y1224E00.HTM).

panied by many fishing vessels of lesser tonnage that rely on an extensive network of ports of convenience or natural shelters where unloading as well as repairs and crew rotations can be done⁴ complete the picture.

6. It is therefore understandable that losses in Sub-Saharan Africa should amount to USD 1 billion a year⁵. The international community noted that IUU fishing is profitable to those practising it, who come from a limited number of countries. The worldwide value of IUU catches is estimated between USD 4 billion and USD 9 billion a year, with USD 1.25 billion of this coming from the high seas and the remainder from national jurisdictions⁶. The fishing effort in the world is 100 million tons per year, of which 27 per cent are IUU catches⁷.

7. In West Africa, the practice of IUU fishing is devastating and destructive to the marine economy and ecosystem of the region. One must see it to believe it. Vessels remain at sea for years and never call at ports in the sub-region. They conduct illegal trans shipments of their catches to other vessels, receive supplies and rotate their crews at sea.

8. IUU fishing is well organized and does not adhere to the laws or regulations of coastal States. Pirate ships develop their activities with impunity, convinced of always escaping control given that States cannot afford to establish appropriate fishery policing units and their territorial waters are not monitored.

4. See FAO, Cooperation among international institutions in relation to fisheries, COFI/71/9(b), 5 March 1971, Appendix III, 15.

5. See High Seas Task Force, Closing the Net: Stopping Illegal Fishing on the High Seas (2006), 3.

6. Ibid.

7. As indicated in the FAO's IPOA-IUU, above n.3, IUU fishing undermines efforts to conserve and manage fish stocks in all captured fisheries. When confronted with IUU fishing, national and regional fisheries management organizations can fail to achieve management goals; this situation leads to the loss of both short- and long-term social and economic opportunities and to negative effects on food security and environmental protection. IUU fishing can lead to the collapse of a fishery or seriously impair efforts to rebuild stocks that have already been depleted. Existing international instruments addressing IUU fishing have not been effective, due to a lack of political will, priority, capacity and resources to ratify or accede to and implement them. See the first paragraph.

9. The Environmental Justice Foundation (EJF) and Greenpeace conducted a survey in the region and produced an enlightening film⁸. It appears that trawling is a real disaster. Guinea is among the countries where IUU fishing is practised the most in the world. Its waters are not monitored due to a lack of means.

10. Guinea has a 12-nautical-mile territorial sea reserved for local artisanal fishing. These territorial waters are invaded by foreign trawlers that travel back by night, as of 3 am. The stories of fishermen portrayed in the film are horrifying.

11. Trawlers catch all the fish available without consideration of protected species or safety standards. They destroy the nets of local fishermen and collide with their canoes, putting their lives at risk. They use heavy nets that sweep the ocean, destroying not only marine habitat but also nurseries for juveniles, which prevents the fish from reproducing.

12. Crew are trained to sort species and select those with the highest market value. Most of the catch (almost 90 per cent) is thrown back into the sea. It is a truly horrendous sight.

13. Fishing communities are suffering. Populations along the entire West African coast live on fish, which helps to meet their protein needs. Women who have been practising the art of preserving and smoking fish for over 1000 years now see their businesses ailing. They explain that the fishermen previously brought in fish within half a day, whereas nowadays they stay several weeks at sea for very small catches, if any.

14. Each year, Guinea loses USD 110 million due to the non-payment of licence fees, as well as thousands of jobs. Out of a hundred boats inspected in 2008, more than half were engaged in IUU fishing. These vessels transship their catches by night to reefers that shutde between Guinea and the port of convenience of Las Palmas in the Canary Islands.

8. Greenpeace, *Pirate Fishing: The Scourge of West Africa* (2001) (available on the Internet Guide to International Fisheries Law, www.oceanlaw.net); see www.EJFoundation.org

The film shows a refrigerated cargo ship that had travelled seven times between the Guinean coast and Las Palmas. IUU catches are mixed with legally caught stocks, making them impossible to trace. Illegally caught fish are hence found in Europe in violation of prevailing laws and regulations. For 2009-2010, out of 1300 pirate ships in the region, only 58 were detained.

15. It is therefore easy to understand why owners do not hesitate to pay as soon as their vessels are detained. These unscrupulous owners falsify the technical specifications of their vessels, a practice known as marking. They also “clone” their vessels. Photocopies of a properly established fishing licence issued for one vessel can be found on other fishing vessels with the same name. These owners also engage in reflagging to escape the control of coastal States in areas within their territorial waters.

16. In the Nouakchott Declaration on IUU fishing, sub-regional States underscore the dangers of IUU fishing and affirm their full support of the FAO IPOA- IUU and their desire to protect the waters through strict control of the fishing activities of vessels operating in the sub-region. They solemnly called on the international community to lend its support and cooperation to Member States of the SRFC in their fight against IUU fishing⁹.

17. We shall now examine the applicable law (Section II) prior to discussing States’ practice in the sub-region (Section III). States operate within the international legal framework characterized by the freedom of the high seas, and are supposed to cooperate among themselves. This legal framework is reflected in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). Articles 117-120 of the Convention underline the obligation of the flag States or States whose nationals fish in

9. Nouakchott Declaration, adopted on 20 September 2001. The novel initiative of the Foreign and Commonwealth Office’s Polar Regions Unit, which organized, in Cape Town from 3 to 6 August 2010, a workshop in collaboration with Australia, South Africa, New Partnership for Africa’s Development (NEPAD) and CCAMLR, should be noted. “The workshop was funded by CCAMLR, using money donated by the UK, in 2001, obtained from the sale of fish confiscated from an illegal vessel operating in the waters of South Georgia and the South Sandwich Islands”. See www.illegal-fishing.info, African, coastal states organize network to tackle illegal fishing (10 August 2010), 1—2. Twelve coastal African States attended the meeting.

areas of the high seas to cooperate with each other and with other States that have an interest in conserving and managing the living resources of the high seas. Article 118 of the Convention refers to the manner in which States should cooperate with respect to fishing on the high seas, i.e. by establishing sub-regional or regional fisheries organizations. Other international instruments reiterate that States whose vessels fish on the high seas have a duty to cooperate and establish regional fisheries organizations. Such instruments include: the FAO Compliance Agreement of 1993, the 1995 Fish Stocks Agreement, the FAO Code for Responsible Fisheries of 1995 and the IPOA-IUU of 2001.

II. Applicable law

18. In this section, we shall discuss treaty law (Section II.A) and case law (Section II.B).

II.A. Treaty law

19. We shall review the UNCLOS (Section II.A.i), the Agreement on Straddling Fish Stocks (Section II.A.ii), the Compliance Agreement of 1993 (Section II.A.iii) and other instruments developed within the framework of FAO (Section II.A.iv).

II.A.i. The UNCLOS of 10 December 1982

20. The main provisions relating to fishing are found in the articles on EEZs.¹⁰

10. Provisions of the Convention relating to the territorial sea hardly deal with fishing except to confirm the sovereignty of the coastal State. Para.2 of art. 19 indicates that the passage of a foreign ship shall be considered to be prejudicial to the peace, good order or security of the coastal State if, in the territorial sea, it engages in any of the 12 activities listed, including fishing. Similarly, the first paragraph of art. 21 provides that the coastal State may adopt laws and regulations relating to innocent passage through the territorial sea, in respect of the conservation of the living resources of the sea and the prevention of infringement of the fisheries laws and regulations of the coastal State, among other issues.

The establishment of EEZs or fishing zones¹¹ of 200 nautical miles would cover an area where almost 90 per cent of present-day commercial fishing occurs¹². This means that the regime applicable to this area is a determining factor in the management of fisheries resources.

21. In the EEZ, the coastal State has sovereign rights for the purpose of exploring, exploiting, conserving and managing the natural and living resources¹³. It thus has considerable authority, but must also perform a certain number of duties.

22. The coastal State shall ensure, through proper conservation and management measures, that the maintenance of the living resources in the EEZ is not endangered by overexploitation¹⁴. Such measures shall also be designed to maintain or restore populations of harvested species at levels which can produce the maximum sustainable yield, as qualified by relevant environmental and economic factors, including the economic needs of coastal fishing communities and the special requirements of developing States, and taking into account fishing patterns, the interdependence of stocks and any generally recommended international minimum standards, whether subregional, regional or global¹⁵. In this regard, the coastal State shall determine the allowable catch of the living resources in its EEZ¹⁶. It shall then determine its capacity to harvest the living resources. Where it does not have the capacity to harvest the entire allowable catch, it shall, through agreements or other arrangements, give other States access to the surplus of the allowable catch, having particular regard for the situation of land-locked and geographically disadvantaged States¹⁷.

11. R.J. Dupuy writes of new data on fisheries on which one point is certain: the generalization of economic zones with the same territorial scope is tantamount to absorbing the most significant capture areas. This includes all shelves extending to the 200-m isobath based on the now-outdated 1958 Convention, which currently account for 87 per cent of global marine fish stocks. Also covered by the economic zone are virtually all areas of high fertility resulting from the upwelling of intermediate waters under the influence of downdrafts reinforced by seasonal winds: California Current, Canary Current, upwelling in the Gulf of Guinea, Peru Current, Somali Current, etc. Rene Jean Dupuy, *L'Océan Partage* (Pedone, Paris, 1979), 87.

12. In *Franco-Canadian Fisheries Arbitration*, Judgment of 17 July 1986, the Arbitral Tribunal held that the concept of an EEZ and fishing area is considered the same with regard to the rights of a coastal State on the living resources of the sea (§ 49). 90 RGDIP (1986), 713-786 (especially 745).

13. UNCLOS, art. 56, para.1(a).

14. UNCLOS, art. 61, para.2.

15. *Ibid.*, para.3.

16. *Ibid.*, para.1

17. UNCLOS, art. 62, para.2.

23. The Convention grants full discretion to the coastal State regarding the choice of third countries allowed access to the surplus of the allowable catch. It establishes the principle that the coastal State, in giving access to other States, shall take into account all relevant factors, including, *inter alia*, the significance of the living resources of the area to the economy of the coastal State concerned and its other national interests.

24. The Convention also refers to categories of countries whose requirements and needs will be taken into consideration by the coastal State: landlocked and coastal States in the region or sub-region showing certain geographic particularities, developing States in the region, States whose nationals have habitually fished in the zone or which have greatly contributed to research and identification of stocks so as to minimize economic dislocation in these countries¹⁸ and States which have made substantial] efforts in research and identification of stocks. Nationals of other States fishing in the EEZ shall comply with the conservation measures and with the other terms and conditions established in the laws and regulations of the coastal State, which shall be consistent with the Convention¹⁹.

25. Regarding the enforcement of the laws and regulations of the coastal State, the first paragraph of Article 73 stipulates: “The coastal State may, in the exercise of its sovereign rights to explore, exploit, conserve and manage the living resources in the exclusive economic zone, take such measures, including boarding, inspection, arrest and judicial proceedings, as may be necessary to ensure compliance with the laws and regulations adopted by it in conformity with the Convention”.

26. Article 73 gives wide discretionary powers to the coastal State. There are nonetheless a set of rights and duties it has to fulfil, including the duty to promptly release arrested vessels and their crews upon the posting of reasonable bond or other security. There is hence an intrinsic link with Article 292 of the Convention, relating to the prompt release

18. *Ibid.*, para.3.

19. UNCLOS, art. 62, para.4, gives a list of 11 areas where the said laws and regulations can apply.

of the vessel and an example of compulsory jurisdiction. Indeed, where the authorities of a State Party have detained a vessel flying the flag of another State Party and it is alleged that the detaining State has not complied with the provisions of the Convention for the prompt release of the vessel or its crew, the vessel owner suspected of violating the legislation on fishing may ask the appropriate national tribunal for release on the basis of Article 73, paragraph 2. The matter may otherwise be brought before the International Tribunal for the Law of the Sea. However, the application for release may be made only by or on behalf of the flag State of the vessel ²⁰.

27. The issue of prompt release raises complex legal questions such as: the requirement for prompt release in the Convention and forfeiture as punishment for illegal fishing, the abuse of legal process, the relationship between the requirement for prompt release and the competence of the coastal State, the “summary” procedures of the coastal State with regard to illegal fishing crimes, release as an emergency procedure, pendency of a case and so on.

28. As a result of their mobility, living resources should be managed on the basis of arrangements between the States directly concerned. The Convention recognizes in this regard the need for cooperation and coordination. Article 63 refers to two cases. On the one hand, where the same stock or stocks of associated species occur within the EEZs of two or more coastal States, these States shall seek, either directly or through appropriate sub-regional or regional organizations, to agree upon the measures necessary to coordinate and ensure the conservation and development of such stocks²¹.

29. On the other hand, where the same stock or stocks of associated species occur both within the EEZ and in an area beyond and adjacent to the zone, the coastal State and the States fishing for such stocks in the adjacent area shall seek, either directly or through appropriate sub-

20. UNCLOS, art. 292, para.2.

21. UNCLOS, art. 63, para.1.

regional or regional organizations, to agree upon the measures necessary for the conservation of these stocks in the adjacent area²². The Convention also stresses the importance of conserving the living resources of the high seas.

30. As regards the right to fish on the high seas, Article 116 of the Convention stipulates that all States have the right to their nationals engaging in fishing on the high seas, subject to: (a) their treaty obligations; (b) the rights and duties as well as the interests of coastal States provided for, *inter alia*, in Article 63, paragraph 2, and Articles 64-67; and (c) the provisions of the Convention relating to the conservation and management of the living resources of the high seas.

31. The Convention focuses primarily on the duty of States to adopt, with respect to their nationals, measures for the conservation of the living resources of the high seas or to cooperate with other States in taking such measures.

32. Then, States whose nationals exploit identical living resources, or different living resources in the same area, shall enter into negotiations with a view to take the measures necessary for the conservation of the living resources concerned. They shall, as appropriate, cooperate to establish sub-regional or regional fisheries organizations to this end.

33. Finally, in determining the allowable catch and establishing other conservation measures for the living resources in the high seas, States shall rely on the best scientific evidence available, the relevant environmental and economic factors, fishing patterns, the interdependence of stocks and the special needs of developing States. States shall also exchange available scientific information as well as catch and fishing effort

22. *Ibid.*, para.2; see also UNCLOS, art. 61, para.2. As regards the specific provisions relating to certain species: highly migratory species (art. 64); marine mammals (art. 65); anadromous stocks (art. 66); catadromous species (art. 67); and sedentary species (art. 68). Refer to arts. 116-120 of the Convention for fishing on the high seas.

statistics, through competent regional or international organizations. Furthermore, States shall ensure that conservation measures and their implementation do not discriminate against the fishermen of any State.

II.A.ii The United Nations agreement on straddling fish stocks

34. The status of straddling and highly migratory fish stocks was of great concern to the United Nations Conference on Environment and Development in 1992 (UNCED). In Chapter 17, Programme Area C of Agenda 21 adopted at this Conference, it was noted that the management of fish stocks was lacking and it was recommended to convene an inter-governmental conference under United Nations auspices with a view to promoting effective implementation of the provisions of the UNCLOS.

35. Following these recommendations, the United Nations Conference on Straddling Fish Stocks held six sessions from April 1993 to August 1995, which resulted in: “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”, adopted on 4 August 1995. The Agreement entered into force on 11 December 2001.

36. States parties to the agreement proclaim to be “seeking to address in particular the problems identified in chapter 17, programme area C, of Agenda 21 adopted by the United Nations Conference on Environment and Development, namely, that the management of high seas fisheries is inadequate in many areas and that some resources are over-utilized; noting that there are problems of: unregulated fishing, over-capitalization, excessive fleet size, vessel reflagging to escape controls, insufficiently selective gear, unreliable databases and lack of adequate cooperation between States”.

The objective of the Agreement is to ensure the long-term conservation and sustainable use of stocks²³. It applies beyond areas under national jurisdiction²⁴. In this regard, States shall apply the precautionary

23. 1995 Agreement, art. 2.

24. 1995 Agreement, art. 3.

approach widely in order to protect the living marine resources and preserve the marine environment.²⁵

37. The agreement contains elaborate provisions to ensure compliance and enforcement of measures. For example, State parties may, on account of sub-regional or regional cooperation, board and inspect fishing vessels flying the flag of another State and secure evidence of serious violation²⁶. Moreover, a port State has the right and the duty to take measures, in accordance with international law, to promote the effectiveness of sub-regional, regional and global conservation and management measures²⁷.

38. Part V of the Agreement sets out the obligations of a State to ensure that vessels flying its flag comply with and enforce rules such that

25. 1995 Agreement, art. 6. On the precautionary approach, see L. Boisson de Chazournes, *Precaution in International Law: Reflection on Its Composite Nature*, in: Liber Amicorum Judge T.A. Mensah, T.M. Ndiaye and R. Wolfrum (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2007), 21–34; L. Lucchini, *Le principe de precaution en droit international de l'environnement: ombres plus que lumieres*, AFDI (1999), 710 et seq.; P.M. Dupuy, *Le principe de precaution et le droit international de la mer*, in: V. Coussirat-Coustere, Y. Daudet, P.-M. Dupuy and P.M. Eisemann (eds.), *La Mer et Son Droit, Melanges offerts a Laurent Lucchini et Jean Pierre Queneudec* (Paris, Pedone, 2003), 205-220. O. McIntyre and T. Mosedale, *The Pre-cautionary Principle as a Norm of Customary International Law*, 9 *Journal of Environmental Law* (1997), 221-235; T.M. Ndiaye, *La responsabilite internationale des Etats pour dommages au milieu marin*, in: Liber Amicorum Bozidar Bakotic, B. Vukas and T.M. Sosic (eds.), *International Law, New Actors, New Concepts, Continuing Dilemmas* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2010), 265-279 (especially pages 271-274).

26. Art. 21, para. 11 states: "For the purposes of this article, a serious violation means: a) fishing without a valid licence, authorization or permit issued by the flag State in accordance with article 18, paragraph 3(a); b) failing to maintain accurate records of catch and catch-related data, as required by the relevant sub-regional or regional fisheries management organization or arrangement, or serious misreporting of catch, contrary to the catch reporting requirements of such organization or arrangement; c) fishing in a closed area, fishing during a closed season or fishing without, or after attainment of, a quota established by the relevant sub-regional or regional fisheries management organization or arrangement; d) directed fishing for a stock which is subject to a moratorium or for which fishing is prohibited; e) using prohibited fishing gear; f) falsifying or concealing the markings, identity or registration of a fishing vessel; g) concealing, tampering with or disposing of evidence relating to an investigation; h) multiple violations which together constitute a serious disregard of conservation and management measures; or i) such other violations as may be specified in procedures established by the relevant sub-regional or regional fisheries management organization or arrangement."

27. 1995 Agreement, art. 23, para. 1.

vessels do not engage in any activity that undermines the effectiveness of conservation and management measures in the high seas. A State shall authorize the use of vessels flying its flag for fishing on the high seas only where it is able to exercise effectively its responsibilities in respect of such vessels²⁸.

II.A. iii. FAO compliance agreement of 1993

39. The original reason that prompted the drafting and negotiation of this agreement was to address the practice of reflagging of vessels in order to avoid the application of high seas conservation and management measures²⁹. In the absence of consensus on this issue, delegates focused on the concept of the flag States' responsibilities and the "systematic exchange of information on fishing operations on the high seas"³⁰.

40. Regarding the responsibility of the flag State, each party shall take such measures as may be necessary to ensure that fishing vessels entitled to fly its flag do not engage in any activity that undermines the effectiveness of international conservation and management measures.³¹

41. When granting a fishing licence, the Party shall ensure that it can effectively exercise its responsibilities under this agreement in respect of that fishing vessel. Furthermore, no Party shall authorize any fishing

28. 1995 Agreement, art. 18, para.3. Measures to be taken by a State in respect of vessels flying its flag shall include: "1) control of such vessels by means of fishing licences; 2) establishment of regulations concerning the terms and conditions for a licence; 3) establishment of a national record of fishing vessels authorized to fish on the high seas and provision of access to the information contained in that record on request by directly interested States; 4) requirements for marking of fishing vessels; 5) requirements for recording and timely reporting of vessel position, catch of target and non-target species; 6) requirements for verifying the catch of target and non-target species through such means as observer programmes and inspection schemes; 7) monitoring, control and surveillance of fishing operations and related activities."

29. See G. Moore, *The FAO Compliance Agreement*, in: M. Nordquist and J. More (eds.), *Current Fisheries Issues and the Food and Agriculture Organization of the United Nations* (Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2000), 78.

30. *Ibid.* The official wording of the agreement is: "Agreement to promote compliance with international conservation and management measures by fishing vessels on the high seas", adopted in November 1993. It entered into force on 24 April 2003.

31. *Compliance Agreement*, art. 3, para.2.

vessel previously registered in the territory of another Party that has undermined the effectiveness of international conservation and management measures to be used for fishing on the high seas, unless certain conditions have been met.³² In addition, the agreement requires flag States to take enforcement action³³. These measures may consist of making contravention of the provisions of this agreement an offence under national legislation³⁴.

42. Other obligations of the flag State relate to the need to ensure “the free flow of information on fishing operations on the high seas”. The flag State shall ensure that vessels are marked and provide the necessary information pertaining to their fishing operations, catches and landings³⁵.

43. It shall maintain a record of fishing vessels entitled to fly its flag and authorized to be used for fishing on the high seas. Information collected by the flag State shall be transmitted to FAO in real time³⁶. Finally, Parties have a duty to cooperate through the exchange of information and by notifying the flag State when it is believed that the fishing vessel has been used for an activity that undermines the effectiveness of international conservation and management measures, under Article 5.

II.A.iv. Fisheries instruments developed under the auspices of FAO

44. Non-binding instruments pertaining to fisheries have been developed under the auspices of FAO. These include the Code of Conduct for Responsible Fisheries and four voluntary instruments developed under this Code with regard to specific issues.

32. Compliance Agreement, art. 3, paras.3-5.

33. See R. Rayfuse, To Our Children’s Children’s Children: From Promoting to Achieving Compliance in High Seas Fisheries, 20 International Journal of Maritime and Coastal Law (2005), 514.

34. Compliance Agreement, art. 3, para.8. The Agreement states that “Sanctions applicable in respect of such contraventions shall be of sufficient gravity as to be effective in securing compliance with the requirements of this Agreement and to deprive offenders of the benefits accruing from their illegal activities. Such sanctions shall, for serious offences, include refusal, suspension or withdrawal of the authorization to fish on the high seas”.

35. Ibid., paras.6, 7.

36. Compliance Agreement, art. 4.

45. The Code, which is exhortatory or recommendatory, is to be interpreted and applied in conformity with the relevant rules of international law, as reflected in UNCLOS³⁷ and in accordance with the Agreement on Straddling Fish Stocks as well as other relevant regulations including those listed under Chapter 17 of Agenda 21.

46. The Code sets out the key elements of responsible fisheries: general principles, fisheries management, fishing operations, aquaculture, integration of fisheries into coastal area management, post-harvesting practices and trade, fisheries research.

47. Other instruments on specific issues have been designed as plans of action: the International Plan of Action for Reducing Incidental Catch of Seabirds in Longline Fisheries; the International Plan of Action for the Conservation and Management of Sharks; the International Plan of Action for the Management of Fishing Capacity and the IPOA-IUU³⁸. The latter was adopted by consensus at the 24th Session of the FAO Committee on Fisheries on 2 March 2001 and approved by the FAO Council at its 120th Session on 23 June 2001.

48. Since its adoption, the IPOA-IUU has been a reference tool for States that are preparing their national plan of action against IUU fishing³⁹.

49. The International Plan of Action of the FAO that deals with action plans for regional fisheries management organizations greatly

37. Code of Conduct for Responsible Fisheries, art. 3.1.

38. The IPOA-IUU is available at www.fao.org/DocREP/003/Y1224E/Y1224E00.HTM. The first three international plans of action were adopted at the 23rd Session of the FAO Committee on Fisheries in February 1999. They were approved by the FAO Council in November 2000.

39. The following States have adopted a national plan of action against IUU fishing based on the Plan of Action of the FAO: Cambodia, Canada, Spain, United States, Kuwait, Latvia, Mexico, Norway, New Zealand and Venezuela. See also UN Doc A/63/128 (Sustainable Fisheries, including through the 1995 Agreement for the Implementation of the Provisions of the UNCLOS of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of the Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, and related instruments), Report of the Secretary General, 14 July 2008.

The European Union adopted Council Regulation (EC) No. 1005/2008, establishing a community system to prevent, deter and eliminate illegal, unreported and unregulated fishing on 29 September 2008

contributed to harmonizing the practices of these organizations in the fight against illegal fishing⁴⁰.

50. Though the coastal State has broad powers under Article 56 and a number of rights as stipulated in Article 62, the fact remains that several major fisheries-related issues, which could possibly be niches for IUU fishing, have not been foreseen by the Convention. One need only think of the activities of support vessels engaged in bunkering and transshipment, the transportation of frozen fish by reefers or processing activities on trawlers such as filleting.

51. When these activities are conducted within the EEZ, the Convention may fall short of State practices, which together with case law attempts to find solutions to problems that have not been addressed by the Convention.

II.B. Case law

52. Case law is a means for clarifying the rights and obligations of the coastal State in the EEZ and the sovereign rights for exploration, exploitation, conservation and management of living resources as well as for enforcing these laws and regulations.

40. It shall be recalled that in the light of the international plan of action against IUU fishing and the FAO Model Scheme of 2005 on port State measures, the FAO organized in Rome a technical consultation to draft a legally binding instrument on port State measures. Three technical consultation sessions were held: from 23 to 27 June 2008; from 26 to 30 January 2009; and from 4 to 8 May 2009. This consultation resulted in the draft Agreement on port State measures to prevent, deter and eliminate illegal, unreported and unregulated fishing, dated 18 May 2009 (<ftp://ftp.fao.org/FI/DOCUMENT/tc-psm/2009/PSMAgreementf.pdf>). The document comprises ten parts and four annexes: Preamble, Part 1: General Provisions (arts. 1-6), Part 2: Requirements Prior to Entry into Port (arts. 7 and 8), Part 3: Use of Ports (arts. 9 and 10), Part 4: Inspections and Follow-up Actions (arts. 11-19), Part 5: Role of Flag States (art. 21—note that there is no art. 20), Part 6: Requirements of Developing States (art. 22), Part 7: Dispute Settlement (art. 23), Part 8: Non-Parties (art. 24), Part 9: Monitoring and Review (art. 25) and Part 10: Final Provisions (arts. 26-37), Annex A (Information to be provided in advance by vessels requesting port entry), Annex B (Port State inspection procedures, Annex C (Report of the results of the inspection) and Annex D (Information systems on port State measures). The Agreement has been open for signature since November 2009. It has been signed by 15 States. The Agreement shall enter into force 30 days after the date of deposit with the Depositary (the FAO Director General) of the 25th instrument of ratification, acceptance, approval or accession (art. 30 of the draft document).

II.B.i The Franco-Canadian Fisheries Arbitration (1986)

53. In the case relating to filleting within the Gulf of St Laurent by French trawlers, referred to in Article 4(b) of the Agreement on Mutual Relations between Canada and France on Fisheries signed in Ottawa on 27 March 1972, a dispute arose between the two countries pertaining to the interpretation of the said agreement.

54. The dispute emerged in January 1985 when the trawler *La Bretagne*, registered in St Pierre and Miquelon, which had been authorized to fish outside the Gulf of St Laurent in 1984, applied for a licence in 1985 to conduct fishing operations both within and outside the Gulf.

55. After having acceded to this request on 4 January 1985 in respect of fishing outside the Gulf, Canadian authorities accompanied this licence with an "Amendment No. 1" dated 24 January 1985, which stated that: "In accordance with the current Canadian prohibition against the at sea, the 'La. Bretagne' is permitted to process groundfish species in the Gulf of St Laurent to the headed, gutted form only"⁴¹.

56. Canadian authorities based their decision on the "equal footing" clause in Article 4(b) of the 1972 Agreement. When this agreement was reached, regulations were adopted under two laws of 1970 on fisheries and on the protection of coastal fisheries essentially targeting foreign fishing vessels.

57. The first law defines a "fishing vessel" as "any vessel used, fitted or designed for the catching, processing or transporting of fish", while the word "fisheries" is understood as referring to "areas where and periods during which fishing and its related activities, particularly [...] packaging, transport and processing, take place"⁴².

58. Though most of the debate focused on the interpretation of the 1972 Agreement, the Tribunal stated that it was "obliged to also take

41. Franco-Canadian Fisheries Arbitration, above n,12, para.14.

42. A new definition of the word "processing" was incorporated in the amendment to the regulation adopted under the 1970 Law on the Protection of Coastal Fisheries of 26 June 1985, to read as follows: "cleaning, filleting, tubing, icing, packing, canning, freezing, smoking, salting, cooking, pickling, drying, or preparing fish for market in any other manner" (art. 2).

into account any relevant rules of international law applicable between the Parties. In their oral submissions, both Parties indeed used provisions of UNCLOS as argument to support their respective views⁴³. On this basis, the Tribunal undertook a description of the evolution of international law of the sea since the conclusion of the 1972 Agreement.

59. On the question regarding the extent of the coastal State's rights on fishing and related activities, the Tribunal explained that :

While it is true, as Canada has rightly observed that Article 56 of the Convention recognizes the sovereign rights of the coastal State, not only in the exploitation of natural resources but also as regards the management of these resources, it however does not seem that this management authority, that the Convention constantly associates with the idea of conservation, has precisely any other purpose than the conservation of resources; it is above all an administration function that the coastal State is considered better equipped to exercise, but which however remains a general interest function.⁴⁴

60. Regarding the exploitation of living resources provided for in Article 62 of the 1982 Convention, the Tribunal considered that this article contains both the rights and obligations of the coastal State applicable to foreign nationals exploiting living resources in the area. Even if this list is not exhaustive, it does not appear that the regulatory power of the coastal State includes the authority to regulate matters of a different nature from those described therein. In the opinion of the Tribunal, a possible regulation on filleting at sea cannot a priori find its justification in the powers vested on the coastal State by the new rules of the Law of the Sea⁴⁵.

43. Franco-Canadian Fisheries Arbitration, above n.12, para.49.

44. *Ibid.*, para.50.

45. *Ibid.*, para.52. These views of the Tribunal have been criticized by various schools of thought. R.R. Churchill and A.V. Lowe, in *The Law of the Sea* (3rd edn., Manchester University Press, 1999), 291-292, write: "In the Franco-Canadian Fisheries arbitration (1986) the tribunal suggested that the coastal State's competence to prescribe legislation for foreign fishing vessels in its EEZ was limited to conservation measures *stricto sensu* and therefore could not include measures to regulate fish processing. This seems an unjustifiably narrow reading of Article 62(4), which speaks of foreign vessels complying with the coastal State's 'conservation measures and the other terms and conditions established in [its] laws and regulations', and many of the illustrative list of eleven permissible types of measures go beyond conservation. In any case the point was not central to the tribunal's decision". See also W.T. Burke, *The New International Law of Fisheries* (Oxford, Clarendon, 1994), 48; B. Kwiatkowska, *The 200 Mile Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea* (Dordrecht, Nijhoff, 1989), 67.

61. Under these circumstances, the Tribunal was of the opinion that Canada can only exercise its regulatory authority over French trawlers covered by Article 4(b) of the 1972 Agreement in a reasonable manner, i.e. without rendering impossible the exercise of the fishing rights of vessels stipulated in the Agreement⁴⁶.

62. If this case was to be brought before the Tribunal today, it is likely that it would adopt a less restrictive approach, given the practices of coastal States observed over the past 20 years.

II.B.ii. The SAIGA cases

63. In the SAIGA cases, the issue of the law applicable to bunkering at sea was put to the International Tribunal for the Law of the Sea⁴⁷. The SAIGA was an oil tanker flying the flag of Saint Vincent and the Grenadines and was based in Dakar (Senegal). It was engaged in selling gas oil as bunker to fishing vessels off the coast of West Africa.

64. On the morning of 27 October 1997, the SAIGA, having crossed the northern maritime boundary between Guinea and Guinea Bissau, entered the EEZ of Guinea, approximately 32 nautical miles from Guinea's island of Alcatraz. It supplied gas oil to three fishing vessels on the same day: the Giuseppe Primo, the Kritti and the Eleni S.

65. On 28 October 1997, the SAIGA was arrested by Guinean Customs patrol boats in the southern limit of the EEZ of Guinea⁴⁸. Guinea

46. Franco-Canadian Fisheries arbitration, above n.12, para.54.

47. The SAIGA cases: Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, Judgment of 4 December 1997; SAIGA Case No. 2, Judgment of 1 July 1999.

48. An account of the circumstances of the arrest of the SAIGA was drawn up by Guinean authorities in a "Proces-Verbal" bearing the designation "PV 29". This document also contains a statement of the Master obtained through interrogation by the Guinean authorities

indicated that the SAIGA was engaged in smuggling activities, which constitutes an offence punishable under the Customs Code of Guinea⁴⁹, and that detention had taken place following the exercise by Guinea of its right of hot pursuit under Article 111 of the Convention.

66. The Tribunal considered the question of “bunkering of fishing vessels” as an activity, the regulation of which can be assimilated to the regulation of the exercise by the coastal State of its sovereign rights to explore, exploit, conserve and manage living resources in the EEZ.

67. It indicates: “It can be argued that refuelling is by nature an activity ancillary to that of the refuelled ship”. Some examples of State practice can be noted. Article 1 of the Convention for the Prohibition of Fishing with Long Driftnets in the South Pacific of 23 November 1989 defines “driftnet fishing activities” as inter alia “trans-portioning, transshipping and processing any driftnet catch, and co-operation in the provision of food, fuel and other supplies for vessels equipped for or engaged in driftnet fishing”.

68. As documented by Saint Vincent and the Grenadines, Guinea Bissau, in its decree-law No. 4/94 of 2 August 1994, requires authorization of the Ministry of Fishing for operations “connected” with fishing, and Sierra Leone and Morocco routinely authorize fishing vessels to be refuelled offshore⁵⁰.

69. However, the Tribunal considered that it is not necessary to continue the reflection “for the purpose of the admissibility of the application for prompt release of the SAIGA”⁵¹.

70. Conversely, the question of bunkering was raised again when the Tribunal had to consider the merits. It explains that, in the EEZ, the co-

49. See art. I of the Guinean Law No. L 94/007/CTRN of 15 March 1994, published in the Official Gazette of the Republic of Guinea on 25 March 1994.

50. The SAIGA case No. 1, above n.47, para.57.

51. Ibid., para.59. Indeed, in this emergency procedure, “... the Court shall deal only with the question of release ... without prejudice to the merits of any case before the appropriate domestic forum” (art. 292, para.3, of the Convention),

astal State has jurisdiction to apply its customs laws and regulations in respect of artificial islands, installations and structures (Article 60, paragraph 2). In the view of the Tribunal, the Convention does not empower a coastal State to apply its customs laws in respect of any other parts of the EEZ not mentioned above⁵².

71. The Tribunal considered that it had reached a decision on the issue that needed to be decided, “without having to address the broader question of bunkering in the exclusive economic zone. Consequently, it does not make any findings on that question”⁵³.

72. Not only is the Convention silent on this issue, it undoubtedly falls short of existing practice.

II.B.iii. The Monte Confurco case

73. The *Monte Confurco*⁵⁴ is a fishing vessel, flying the flag of Seychelles. Seychelles provided the *Monte Confurco* with fishing licence No. 710 to engage in fishing in international waters. On 27 August 2000, it sailed from Port Louis (Mauritius) to engage in long-line fishing in the southern seas. On 8 November 2000, the *Monte Confurco* was boarded by the crew of the French surveillance frigate *Floreal* in the EEZ of the Kerguelen Islands in the French Southern and Antarctic Territories.

74. A process-verbal of violation No. 1/00 was drawn up on 8 November 2000 by the Captain of the *Floreal* against the Master of the *Monte Confurco* for having :

failed to announce his presence and the quantity of fish carried aboard to the Head of the District of the Kerguelen Islands;

fished without having obtained the prior authorization required by law; attempted to evade or for having evaded investigations by the

52. Ibid., para. 127.

53. Ibid., para. 138.

54. The *Monte Confurco* case (Seychelles v. France), Application for Prompt Release, Judgment of 18 December 2000.

agents responsible for policing fishing activities.

75. On 8 November 2000, the *Monte Confuco* was rerouted and escorted under the supervision of the French navy to Port-des-Galets, Reunion, where it arrived on 19 November 2000.

76. The principle of announcing entry into and departure from EEZs or fishing areas by foreign vessels appears crucial in preventing IUU fishing.

77. Unreported fishing refers to “fishing activities which have not been reported, or have been misreported, to the relevant national authority, in contravention of national laws and regulations”⁵⁵.

78. Given that transit passage through the economic zone of a State, by a fishing or foreign vessel, constitutes the exercise of the freedom of navigation on high seas enjoyed by all States⁵⁶, coastal States are very particular about this principle.

79. The applicant stated that, in order to take the shortest route and avoid crossing the Convention on the Conservation of Arctic Marine Living Resources (CCAMLR) fishing area, the Master of the vessel decided to traverse the EEZ of the Kerguelen Islands on a south-east bearing in order to reach Williams Bank as soon as possible.

80. The applicant further maintains that it was technically impossible for the Master to notify his entry into the EEZ or the tonnage of frozen fish carried on board, since the fax machine on board had broken down, which was duly mentioned in the logbook. The applicant finally states that the officers of *Floreal*, when they conducted their on-board inspection of the vessel, noted that the fax machine could only receive.

81. In its order of 22 November 2000, the court of first instance at Saint-Paul noted, among other things, that the vessel *Monte Confurco*

55. IPOA-IUU definition, above n.2.

56. Art. 90 of UNCLOS provides; “Every’ State, whether coastal or landlocked, has the right to sail ships flying its flag on the high seas”.

entered into the EEZ of the Kerguelen Islands without prior authorization and without advising the head of a district of the nearest archipelago of its presence, or declaring the tonnage of fish carried on board⁵⁷, and that the fact that the vessel was found in the EEZ of the Kerguelen Islands with a certain tonnage of toothfish on board without having given notice of its presence or declaring the quantity of fish carried raised the “presumption” that the whole of the catch was unlawfully fished in the EEZ of the Kerguelen Islands.

82. After noting that the vessel carried on board a large quantity of toothfish and that it was equipped with radio-telephone equipment and an INMARSAT station capable of sending and receiving telephone messages, the International Tribunal for the Law of the Sea accepted the argument of France. Paragraph 79 of the Judgment reads :

The respondent has pointed out that the general context of unlawful fishing in the region should also constitute one of the factors which should be taken into account in assessing the reasonableness of the bond. In its view, this illegal fishing is a threat to the future resources and the measures taken under CCAMLR for the conservation of toothfish. The respondent states that “among the circumstances constituting what one might call the ‘factual background’ of the present case, there is one whose importance is fundamental. That is the general context of unlawful fishing in the region concerned”. The Tribunal takes note of this argument⁵⁸.

II.B.iv. The Juno Trader case

57. In violation of the provisions of art. 2 of the French Law No. 66-400 of 18 February 1966, as amended by the Law of 18 November 1997

58. The Grand Prince case (Belize v. France), Application for Prompt Release, Judgment of 20 April 2001, is also a case concerning illegal fishing in the EEZ of the Kerguelen Islands. The Grand Prince is a fishing vessel. At the time of its arrest, it was flying the flag of Belize. According to the applicant, at the time of its detention, the vessel was going to be reflagged and registered in Brazil, where the vessel had been allocated a fishing licence. The Grand Prince was arrested for the same reasons as the Monte Confurco (see paras.35-41 of the Judgment). In contrast, the International Tribunal for the Law of the Sea declared that it had no jurisdiction to hear the application “on the basis of an overall assessment of the material placed before it. [It] concludes that the documentary evidence submitted by the applicant fails to establish that Belize was the flag State of the vessel when the application was made” (para.93 of the Judgment); See also B.H. Oxman and V.P. Bantz, *Un droit de confisquer? L’obligation de prompt mainlevée des navires*, in: V. Coussirat-Coustere, Y. Daudet, P.-M. Dupuy and P.M. Eisemann (eds.), *La mer et son droit, Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Queneudec* (Pédone, Paris, 2003), 479-499.

83. The *Juno Trader case*⁵⁹ raises the issue of the jurisdiction of the coastal State regarding the transshipment and transport of catch in its EEZ.

84. The *Juno Trader* is a refrigerated cargo vessel flying the flag of Saint Vincent and the Grenadines. Its owner is Juno Reefers Limited—a company incorporated in the British Virgin Islands—a branch of the South African seafood company Irvin and Johnson Limited, based in Cape Town. The Master of the *Juno Trader* is Mr. Nikolay Potarykin, a Russian national.

85. By order of its owner/operator, the *Juno Trader* was, on 18 September 2004 at 2200 hours, off the coast of Nouadhibou, Mauritania, to receive a transshipment of fish caught within the EEZ of Mauritania by the fishing vessel, *Juno Warrior*. This vessel was in possession of a fishing licence issued by the Mauritanian authorities.

86. The transshipment process of the *Juno Warrior* cargo to the *Juno Trader* began on 19 September 2004 at 2240 hours—1183.83 tonnes of frozen fish were first transshipped. The fish were packaged in 39 461 cartons, each weighing 30 kg. This operation was completed on 22 September 2004 at 1800 hours. This was followed by a second transshipment of fish meal (2800 bags each weighing 40 kg). This operation, which commenced on 22 September 2004 at 1900 hours, was completed the next day, 23 September 2004 at 0330 hours.

87. Loaded with frozen fish and fish meal, and after refuelling by the vessel *Amursk* (operation completed on 24 September 2004, around 2000 hours), the *Juno Trader* left Mauritanian waters bound for Ghana, where it was to discharge its cargo, which had now been sold to the company Unique Concerns Limited as shown in several bills of lading prepared on 23 September 2004.

88. It was during the *Juno Traders* transit through the EEZ of the Republic of Guinea-Bissau that the events giving rise to this case occurred. On 26 September 2004 at about 1700 hours, Guinea-Bissau's navy (per-

59. The *Juno Trader case* (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau), Request for Prompt Release, Judgment of 18 December 2004.

forming routine control) apprehended the Juno Trader and escorted it to the port of Bissau, where it arrived on 27 September 2004 at approximately 1600 hours and was placed under the surveillance of the Guinea Bissau authorities. The Fisheries Control Technical Committee met to consider the notice of a serious fishing violation and the inspection reports concerning the arrest of the Juno Trader found as follows:

(1) On 26 September 2004, inspectors from the Fisheries Inspection Service on board the vessel CACINE came across the vessel "JUNO TRADER" anchored in the fishing zone of Guinea-Bissau at the position of 11° 42' and 017° 09', alongside the vessel FLIPPER 1.

(2) As the vessel "Juno Trader" noticed the approach of the inspection vessel, it weighed anchor and fled and was arrested at the position of 11° 29' and 017° 13', after 2 hours and 30 minutes of hot pursuit.

(3) During the boarding, the captain of the vessel refused to present the logbook and the engine log, as requested by the inspectors, with a view to determining the reason for the vessel being stopped at the position where it had been found.

(4) No documentary or other evidence was found concerning the destination of the vessel and the fishing products on board.⁶⁰

89. The Juno Trader was suspected of fishing or having been transhipped in the EEZ of Guinea-Bissau without due authorization, especially since according to the report on the inspection of the catch found on board, prepared by the CIPA technicians at the request of FISCAP, the species identified (sardinela, sareia, carapau, bonito, cavala and dentao) are similar to those existing in Guinea-Bissau's waters⁶¹.

90. Guinea-Bissau pointed out to the Tribunal that "illegal, unregulated and unreported fishing in the EEZ of Guinea-Bissau has resulted in a serious depletion of its fisheries resources". The Tribunal took note of this concern and the applicant expressed its understanding regarding

60. Act No. 12/CFM/04 of The Fisheries Control Technical Committee, dated 18 October 2004.

61. Ibid., above n.60, para.5.

the action taken by coastal States to fight illegal fishing but denied that the *Juno Trader*⁶² had been engaged in any illegal activity, claiming that the vessel was only transiting through Guinea-Bissau's EEZ. An application for prompt release was made on behalf of the State flag on that basis.

91. The International Tribunal decided that Guinea-Bissau shall promptly release the *Juno Trader* and its cargo upon the posting of a bond of the amount of 308 770 euros.

92. The jurisdiction of the coastal State regarding fishing in its EEZ is recognized by the Convention. It even extends to related activities such as transshipment and transport within this zone.

93. However, transit through the economic zone is rather the exercise of freedom of navigation on the high seas. This aspect is not always easy to determine in practice because it often happens that there are support or transport vessels at anchor in fishing areas.

II.B.v. The Hoshinmaru case

94. This case⁶³ deals with unreported fishing, i.e. fishing activities that have not been reported, or have been misreported, to the relevant national authority, in contravention of national laws and regulations.

95. The *Hoshinmaru* is a fishing vessel flying the flag of Japan. On 14 May 2007, the Russian Federation provided the *Hoshinmaru* with a fishing licence for drift net salmon and trout fishing in three different areas of the EEZ of the Russian Federation. On 1 June 2007, the *Hoshinmaru* was fishing in the EEZ of the Russian Federation⁶⁴ off the eastern coast of the Kamchatka Peninsula when it was ordered to stop

62. *Juno Trader* case, above n.59, para.87.

63. The *Hoshinmaru* case (Japan v. Russian Federation), Application for Prompt Release, Judgment of 6 August 2007..

64. Authorization to fish, from 15 May until 31 July 2007, the following: 101.8 tons of sockeye salmon; 161.8 tons of chum salmon; 7 tons of Sakhalin trout; 1.7 tons of silver salmon; and 2.7 tons of spring salmon.

by a Russian patrol boat. It was boarded by an inspection⁶⁵ team of the State Sea Inspection for examination. The protocol of inspection recorded the following :

During the inspection of holds No.10 and No. 11 the inspectors of the State Sea Inspection found out that under the upper layer of chum salmon, sockeye salmon is kept.

Therefore an offence is detected: substitution of output of one kind (chum salmon) with the other kind (sockeye salmon) and, thus, concealment of part of sockeye salmon catch in the Exploitation area No 1; misrepresentation of data in a fishing log and daily vessel report.

The Russian authorities indicated “the falsification of the species composition of the fish products. [...] consequently, about 14 tons of raw sockeye salmon were illegally captured.”⁶⁶

96. The Tribunal noted that the present case is different from cases it had previously dealt with, since this case does not entail fishing without a licence. It further noted that Russia and Japan cooperate closely in respect of fishing activities in the area in question. They have even established an institutional framework for consultations concerning the management and conservation of fish stocks in the EEZ of the Russian Federation in the Pacific (promoting the conservation and reproduction of salmon and trout of Russian origin in the zone).

97. According to the Tribunal, monitoring of catches, which requires accurate reporting, is one of the most essential means of managing marine living resources. Not only is it the right of the Russian Federation to apply and implement such measures, but the provisions of Article 61, paragraph

65. Protocol of Inspection No. 003483, drawn up on 1 June 2007 by a senior State coastguard inspector.

66. In a letter dated 2 June 2007, the Northeast Border Coast Guard Directorate of the Federal Security Service of the Russian Federation informed the Consul-General of Japan in Vladivostok of the inspection and detention of the Hoshinmaru. The letter also stated that the actions of the Master were in violation of the Federal Law of the Russian Federation on the EEZ and the regulation on the operation of the anadromous stocks approved by the Russian—Japanese Commission on Fisheries on 19 March 2007.

2, of the Convention should also be taken into consideration to ensure through proper conservation and management measures that the maintenance of the living resources in the EEZ is not endangered by overexploitation.⁶⁷ On this basis, the Tribunal decided that the Federation release the Hoshinmaru upon the posting of a bond of 10 million roubles.

98. Cases relating to IUU fishing have been repeatedly brought before the International Tribunal for the Law of the Sea, but only as an incidental part of the special procedure for prompt release. The Tribunal has therefore not had the opportunity as yet to address this issue in depth.

99. The particular nature of the procedure does not indeed permit the Tribunal to assess the actions of a coastal State in the exercise of its sovereign rights. Paragraph 3 of Article 292 of the Convention is quite explicit in this regard. The prompt release procedure is intended—very modestly—to ensure the prompt release of a vessel upon the posting of a bond and pending completion of domestic judicial proceedings.⁶⁸ Regional fisheries management organizations should consider requesting the advisory opi-

67. The Hoshinmaru, above n.63, para.99.

68. In the Tomimaru case (Japan v. Russian Federation), Judgment of 6 August 2007, due to the completion of domestic judicial proceedings in the Russian Federation, “the Application of Japan no longer has any object and the Tribunal is therefore not called upon to give a decision thereon” (para. 82 of the Judgment). The Tomimaru is a fishing vessel flying the flag of Japan. It had a fishing licence to fish walleye Pollack and herring in an area of the western Bering Sea located in the EEZ of the Russian Federation, where it was boarded and inspected. Twenty tons of gutted walleye Pollack that were not listed in the logbook were found on board the vessel, as were some kinds of fish products that are forbidden to catch (various sorts of halibut, ray, cod as well as other kinds of bottom fish). According to Russian authorities, the quantity of fish illegally caught was established at 62186.9 kg and damages were estimated at 8 800 000 roubles (approximately US \$345 000). (See the letter dated 22 December 2006, from the Inter-district Prosecutor’s Office for Nature Protection in Kamchatka to the Consulate-General of Japan in Vladivostok, and para.25 of the Judgment of the International Tribunal for the Law of the Sea.) The City Court of Petropavlovsk-Kamchatskii ordered the confiscation of the vessel. This decision was confirmed on 24 January 2007 by the Kamchatka District Court following an appeal filed by the owner. The latter then took action under the supervisory review procedure regarding the decision of the Kamchatka District Court. The procedure was pending before the Supreme Court of the Russian Federation at the time of filing of the application for prompt release before the International Tribunal for the Law of the Sea. The Supreme Court dismissed the complaint concerning the confiscation of the Tomimaru since “[...] there are no grounds for review of the Judgment on the basis of the arguments of the complaint” (para.46 of the ITLOS Judgment). The International Tribunal for the Law of the Sea noted that the decision of the Supreme Court of the Russian Federation brought to an end the procedures before the domestic courts. It considered the application to be without object (paras.79 and 81 of the Judgment of 6 August 2007). Note that all ITLOS judgments can be found on the Tribunal’s website: www.itlos.org.

nion of the Tribunal on such issues so that it can examine them more thoroughly ⁶⁹.

100. Meanwhile, States' practice will provide some solutions for addressing issues raised by IUU fishing. This is reflected in national legislation as well as in regional fisheries organizations. In addition to measures for conserving and managing marine-living resources, regional fisheries organizations have developed particular measures to combat IUU fishing activities that occur within their areas of competence. These measures are aimed at contracting parties of the convention that established the FSRC and non-contracting parties. These measures include control measures, enforcement, port State measures and trade-restrictive measures.

III. State practices in the sub-region

101. State practices are reflected in their laws and regulations that give effect to the Convention on the Law of the Sea and that govern fishing activities in areas under national jurisdiction. They are also reflected in bilateral agreements between States to establish the conditions for access of foreign vessels to living resources in the EEZs. Various inter-governmental arrangements have also been developed to ensure the sound management of resources in the maritime region of West Africa covered by the SRFC.

69. See T.M. Ndiaye, *The Advisory Function of the International Tribunal for the Law of the Sea*, 9 Chinese JIL, 565-587 (specifically §§ 58-89) and pages 580-587

III.A. National legislation

102. National legislation determines the regime applicable to fisheries as well as the terms and conditions for access to resources in areas under national jurisdiction.

103. Legislation defines the area under national jurisdiction⁷⁰ and includes the provisions of the Convention on the Rights of Coastal States. It sometimes goes further by establishing national fish stocks. Hence, under Senegalese law⁷¹, fisheries resources in domestic waters are part of a national heritage. The Senegalese State holds the right to fish in its waters and may extend this right to individuals or legal entities of Senegalese or foreign nationality. The management of fisheries resources is a prerogative of the State.

104. For this purpose, the State defines a policy to protect and maintain these resources and to ensure their sustainable exploitation in order to preserve the marine ecosystem. The State will implement a precautionary approach in fisheries management.

105. National legislation provides a more complete definition of fishing and related fishing operations than the Convention. Thus, fishing implies the act of capturing or trying to capture, retrieve or kill by any means whatsoever, biological species whose habitual or dominant living environment is water.⁷²

106. Related fishing operations include: (a) transshipment of fish products in maritime waters under national jurisdiction; (b) storage, pro-

70. Senegalese Law No. 98-32 of 14 April 1998 stipulates in its art. 2 that “the maritime waters under Senegalese jurisdiction shall include the territorial sea, the contiguous zone, the exclusive economic zone, inland maritime waters as well as rivers and waterways up to the boundaries set by decree. The exclusive economic zone extends over 200 nautical miles from the baselines used to measure the territorial sea”. See also art. 2 of Law No. 2000-025 of 24 January 2000, constituting the Fisheries Code of the Islamic Republic of Mauritania.

71. Marine Fisheries Code, *ibid.*, § 3, art. 3; similarly, Fisheries Code of Mauritania, art. 3. The legislation of these two countries seem to be the most comprehensive. They are reviewed periodically to reflect the situation on the ground (a review process is currently underway in Senegal).

72. Senegalese Law, above n.70, art. 4; Mauritanian Law, above n.71, art. 4.

cessing or transport of fish products in maritime waters under national jurisdiction aboard vessels prior to their first landing, and the collection of fish products at sea; (c) bunkering or supplying fishing vessels, or any other activity to provide logistical support to vessels at sea.⁷³

107. West African States have annual or multi-annual plans for fisheries development and management. The purpose of these plans is to identify all major fisheries and their characteristics and to specify the objectives to be reached in terms of sustainable development and management.

108. They define, for each fishery, the total allowable catch or level of fishing effort as well as the total allowable bycatch, the various planning policies and the fishing licence programme. This is done in consultation with professional organizations and experts⁷⁴ These tasks fall within the purview of ministers in charge of fisheries who rely on national advisory bodies on marine fisheries comprising representatives of the administration, the scientific research community and professional categories concerned.

109. Bearing in mind practices brought about by IUU fishing, national laws include very detailed provisions on conditions for granting access to foreign fishing vessels, landing, mandatory marking, catch reporting and stowage as well as reporting entry into and departure from areas under national jurisdiction.

110. Foreign fishing vessels may hence be allowed to fish in waters under national jurisdiction within the framework of international agreements or other arrangements between States and the foreign Party whose flag they fly or in whose ports they are registered.⁷⁵

111. Fishing vessels authorized to operate in waters under national jurisdiction are compelled to land their products and catch in the ports

73. Senegalese Law, above n.70, art. 5; Mauritanian Law, above n.71, art. 4.

74. Senegalese Law, above n.70, art. 10; Mauritanian Law, above n.71, arts. 9, 10; see also the Gambian Fisheries Act of 1977.

75. See the discussion on bilateral agreements, in Section III.B.

of these States. Landing implies the effective landing of all fish products for their storage, handling, processing and export. However, for technical reasons, national authorities may, under customs supervision, allow the transshipment of catches in mooring areas.

112. However, to ensure effective compliance with the obligation to land products or catches, the terms and conditions for monitoring and controlling catches and the refitting operations of fishing vessels are determined by order of the Minister of Fisheries⁷⁶. This landing obligation is proving to be a formidable weapon in the fight against illegal fishing.

113. The marking of fishing vessels or the use of other identification systems is also of particular importance. Fishing vessels engaged in illegal fishing often practice reflagging to avoid control. One of their new inventions is to clone vessels that have been granted a fishing licence to operate in several EEZs. For this reason, fishing vessels are obliged to have an identification mark or other identification devices. They must constantly display names, letters and numbers to facilitate their identification. It is prohibited to remove, change beyond recognition, cover or hide in any way whatsoever the identification device.⁷⁷

114. The practice of putting fish caught in West African waters in Asian country packages should also be noted. This is a convenient way to evade the new European Union regulation on the traceability of fish and fish products⁷⁸.

115. Such practices show the importance of declaring catches. National laws stipulate that fishing vessels must submit to the competent authority statistical data and information on catches in the form required and within the deadline set by order of the minister in charge of fisheries.

76. Senegalese Law, above n.70, art. 44; Mauritanian Law, above n.71, arts. 17, 18, 19

77. Mauritanian Law, above n.71, art. 33.

78. The EU Council adopted Regulation (EC) No. 1005 of 29 September 2008, establishing a community system to prevent, deter and eliminate illegal, unreported and unregulated fishing, amending Regulations (EEC) No. 2847/93, (EC) No. 1936/2001 and (EC) No. 601/2004 and repealing Regulations (EC) No. 1093/94 and (EC) No. 1447/1999. The EU Regulation on illegal fishing, which is based on related FAO instruments, entered into force on 1 January 2010.

To this end, the master of a vessel is required to have a logbook on fishing operations.

116. National laws also include provisions for declarations to be made upon entering or leaving waters under national jurisdiction. Fishing vessels are thus required to transmit to the competent authority information on the time and place of their entry into and exit of waters under national jurisdiction, their position at regular intervals, their cargo and supporting documents or their catches, if any⁷⁹.

117. In general, national laws contain very detailed clauses on monitoring and surveillance of fishing activities. These range from investigating, identifying and imposing sanctions for offences to administrative and judicial proceedings.

118. Offences are classified under “very serious fishing violations” and “serious fishing violations”. The first include:

(a) failure to comply with the requirement for landing of fish products in the country, illegal transshipment of catches under any circumstances whatsoever and using departures for refitting to conduct fishing activities;

(b) the sale, purchase, transport and peddling of living species, that are to be reared, without the authorization of the Minister in charge of fisheries;

(c) the import, export, construction, alteration or modification of any of the technical characteristics of the fishing vessel without prior authorization from the competent authority;

(d) fishing during closed seasons, in areas closed to fishing or with prohibited gear or techniques;

79. See the discussion on bilateral agreements, in Section III.B.

(e) the intentional destruction or damage to boats, fishing gear or nets belonging to others⁸⁰.

119. Serious violations” of the provisions of Senegalese law include: (a) non-compliance with the rules governing fishing related operations; (b) mesh size violations ; (c) the capture, possession, landing, sale and marketing of species whose size or weight are below the minimum allowed; (d) the capture and retention of marine species in violation of the related provisions; (e) violation of standards for bycatch and their destination; (f) false statements on technical specifications of vessels ; (g) failure to comply with the requirement to provide information on entry and exit points as well as on the various positions of the vessel and on captures; (h) violation of the provisions concerning the marking of vessels; (i) non-compliance with the requirement to include statistical data and information on catches in fishing logbooks and providing false or incomplete data or information; (j) the intentional destruction or damage to fishing boats, gear or nets belonging to others; (k) the destruction or concealing of evidence of an offence ; (l) refusal of a fishing vessel to comply with an order to stop given by a surveillance ship; and (m) non-compliance with the rules on the catch limits of certain species⁸¹.

120. Though national legislation covers in great detail fishing activities in areas within the States’ jurisdiction, it is supplemented by bilateral agreements concluded between the various States in West Africa.

III.B. Bilateral agreements

121. States participate in the activities of sub-regional and regional fisheries cooperation agencies in order to negotiate and sign international agreements and other mechanisms on issues of common interest. These

80 Mauritanian Law, above n.1, Section 3, Sub-section I, art. 64 ; Senegalese Law, above n. 70. Title 8, Chapter 4, art 85. The Senegalese Law adds two other very serious offenses : c) the use of explosives or toxic substances for fishing or their transport aboard fishing vessels without authorization and d) the utilization of a fishing vessel for a different type of operation than that for which it has granted a fishing licence.

81. Senegalese Law, Maritime Fishing Code, above a.80.

relate primarily to cooperation in the fisheries sector in general and the joint management of stocks in particular. They also cover the harmonization and coordination of resource management and development systems as well as the determination of conditions of access to fish resources in the States concerned and the adoption of coordinated measures for monitoring and controlling the activities of fishing vessels.

122. The joint management of stocks reflects the need for cooperation and coordination as indicated in the UNCLOS⁸². States concerned should seek, directly or through appropriate sub-regional or regional organizations, to agree on the measures necessary to coordinate and ensure the conservation and development of such stocks

123. Agreements generally provide that consultations will be held among ministers in charge of fisheries during the design stage of development plans relating to shared stocks in the sub-region, with a view to harmonize and coordinate the respective national fisheries development and management plans. These plans are of vital importance to States in the sub-region. They identify the major fisheries, specify development and management objectives, determine the allowable catch or level of fishing effort and define the criteria or conditions for granting fishing licences.

124. An increasing number of bilateral agreements have been concluded pertaining to the determination of conditions of access to fish resources of States within the sub-region. States acknowledge reciprocal fishing rights for vessels of both parties in their respective territorial waters. They also define the conditions for fishing vessels of one party to operate in waters under the jurisdiction of the other.

125. Fishing vessels flying foreign flags are allowed to operate in these waters within the framework of a fisheries agreement between the West African State and the flag State or organization — the European Union-representing this State, or when chartered by nationals of the coastal State.

82. UNCLOS, art. 63, para.1

126. Agreements on access to fisheries resources of countries in the sub-region include comprehensive provisions whose effective implementation can be decisive in the fight against illegal fishing. These agreements specify the number and characteristics of fishing vessels allowed as well as the types of fishing. They set the amount for the granting of fishing licences and stress the obligation for authorized fishing vessels to be marked.

127. The agreements also provide for owners to regularly transmit data on catches to the relevant authorities. These agreements commit the responsibility of the flag State or the organization in charge of taking the appropriate measures to ensure compliance by vessels, with the terms and conditions of the agreements as well as with the relevant provisions of the laws and regulations of the State in the sub-region.⁸³

83. Bilateral agreements on fisheries are many in the sub-region: Cape Verde/Guinea, April 1989 (Reciprocal access); Cape Verde/Guinea-Bissau, June 1995 (reciprocal access); Cape Verde/Mauritania, 18 November 1995 (General Convention: resource conservation, sustainable level of exploitation, monitoring); Cape Verde/Mauritania, 25 April 2000 (Memorandum of Understanding on the coordination of surveillance and pursuit); Cape Verde/Senegal, 29 March 1985 (Reciprocal access and number of operational vessels); Cape Verde/ Senegal, 17 November 1994 (Coordination of surveillance and pursuit); The Gambia/ Senegal, 11 November 1992 (Reciprocal access); The Gambia/Senegal, 29 March 1993 (Cooperation on surveillance); The Gambia/Senegal, 25 January 1994 (Exchanges on gross registered tonnage per type of vessel); The Gambia/Senegal, 7 May 1999 (Procedures for the granting of licence); Guinea/Guinea-Bissau, 21 October 1995 (Conditions relating to the landing of catches in each State); Guinea/Guinea-Bissau, 7 June 1996 (Agreement and regulations for the coordination of surveillance and pursuit operations Guinea-Bissau/ Senegal, 22 December 1978 (Reciprocal access); Guinea-Bissau/Senegal, 2 May 1997 (Development and exploitation of fisheries resources in the common zone); Mauritania/Senegal, 14 January 2000 (Agreement on pursuit); Mauritania/Senegal, 14 January 2000 (Settlement of disputes relating to artisanal fisheries). See also the table on additional bilateral agreements listed by Mr. Kelleher in the Report of Mr. Daniel Owen, Legal and institutional aspects of management arrangements for shared stocks: with reference to small pelagics in Northwest Africa, FAO, the Nansen Programme, Fisheries Management and Marine Environment, GCP/INT/730/NOR, (October 2001), 53-54. On "Agreements relating to certain aspects of the demarcation of maritime borders", the report states at page 66 that "the only remaining maritime boundary to be demarcated between the States concerned, is that between Mauritania and Senegal". There is a grave error. Indeed, it was at the Senegalo-Mauritanian Ministerial Conference of 7-9 January 1971—following several others which began in 1969—that both parties agreed to retain the parallel of latitude 16°04' N as the maritime border. This line is strictly adhered to as regards oil concessions of the two States. The fact that this important decision was included in a report and not a formal treaty may have been misleading.

III.C. The Sub-Regional Fisheries Commission

128. Cooperation is also fostered within the SRFC.⁸⁴ It was created by the Convention of 29 March 1985 between the Governments of Cape Verde, The Gambia, Guinea, Guinea-Bissau, Mauritania and Senegal. Sierra Leone acceded to the Convention in 2004⁸⁵. The organs of the Commission are the Conference of Ministers, the Coordinating Committee and the Permanent Secretariat⁸⁶.

129. The Conference of Ministers in charge of Fisheries of Member States is the supreme authority of the Commission. Its mandate is to define objectives with regard to sub-regional cooperation and to render decisions on all issues relating to the preservation and exploitation of fisheries resources in the sub-region. However, its harmonization efforts in this area must take into account national fisheries policies of Member States⁸⁷.

130. The Coordinating Committee comprises directors of fisheries or other experts designated by Member States. Its mandate is to collaborate with the Permanent Secretary, particularly with regard to the organization of meetings and the implementation of decisions of the Conference of Ministers. The Committee also makes recommendations to the Conference of Ministers on issues to be considered. It is the Commission's technical advisory body⁸⁸.

131. The Permanent Secretariat is the executing body of the Commission. It is headed by a Permanent Secretary⁸⁹, appointed by the Conference of Ministers for four years and renewable once. The duties of the Permanent Secretary are various. He implements the decisions of the Conference of Ministers and organizes planned meetings. He pre-

84. Convention of 29 March 1985 on the establishment of the SRFC, amended on 14 July 1993 in Praia, Cape Verde. See Ndiaye and Tavares de Pinho, *Une experience africaine de cooperation halieutique: la Commission Sous-Regionale des Peches*, in: *8 Espaces et Ressources Maritimes* (1994), 237-252.

85. On the establishment of the SRFC, see Ndiaye and Tavares de Pinho, above n.84, 238-239.

86. Convention of 29 March 1985, above n.84, art. 4.

87. *Ibid.*, art. 5. Arts. 6-8 focus on the Chairmanship of the Conference of Ministers, sessions and decisions.

88. *Ibid.*, art. 9.

89. See *ibid.*, arcs. 12-15.

prepares the documents relating to development measures needed, seeks funding and represents the institution *vis-a-vis* third parties, among other duties.

132. The SRFC has extensive authority. It “aims to harmonise, in the long term, the policies of member states for the preservation, conservation and exploitation of their fisheries resources and to strengthen their cooperation for the well-being of their respective populations⁹⁰.” It is on this basis that the Commission “conducted significant standard-setting and operational activities”⁹¹. An institutional reorganization was conducted at the SRFC in 2009, following which a department to harmonize policies and legislation was created to assist the Permanent Secretary in the areas that are strategic to the Commission as indicated in Article 2 of the 1985 Convention.

133. As part of its standard-setting activities, the Commission has produced legal instruments for the harmonization of certain aspects relating to the fisheries policies of States. These include the Convention on the determination of conditions of access and exploitation of the fisheries resources off the coasts of the SRFC Member States of 14 July 1993, commonly referred to as CMA, the Convention on sub-regional cooperation in the exercise of maritime hot pursuit of 1 September 1993 and the Protocol regarding the practical modalities for the coordination of surveillance activities in the Member States of the SRFC of 1 September 1993.

134. The CMA sets the minimum conditions of access for vessels operating in Member States of the SRFC. It includes all resources and provides that each State Party shall authorize vessels flying the flag of another State Party to access its territorial waters according to the availability of resources and on the basis of agreements or arrangements.

135. The maximum duration for international agreements is two

90. *Ibid.*, art. 2

91. Ndiaye and Tavares de Pinho, above n.84, 242-247.

years and the latter must include safeguards to protect the resource. A form for the registration of fishing vessels was adopted and attached to the CMA, of which it is an integral part.

136. The activities of factory, feeder or pickup vessels are regulated. Minimum mesh sizes are defined for certain types of fishing gear. The CMA sets forth the obligation of partial landing of catches, the declaration of catches and the positions of fishing vessels. Foreign vessels are required to have observers onboard and to employ registered sailors from the coastal State. Provisions have been made with regard to the monitoring of fishing activities and the punishment of offences, particularly in cases of recidivism. However, moving from the legal thought process to the implementation stage is not a smooth transition⁹².

137. The national management of fisheries resources has apparently shown its limits and the regional approach should be preferred. As a result, the idea to revise the CMA Convention has emerged in the light of the rapid evolution of the fisheries sector. Countries in the sub-region have realized that the law should not overlook the realities that it regulates lest it is reduced to pure fiction. What the legal expert calls “the facts”, i.e. the sociological, historical, political, economic and other realities must inform the law and cannot be overlooked when assessing a particular institution such as IUU fishing.

138. The SRFC organized a series of activities in 2009 and 2010 to advance the process of revising the CMA Convention.⁹³ Workshops on the revision of the CMA adopted 42 recommendations forming the negotium of the draft revised CMA Convention to be submitted to the mee-

92. See the report of Messrs Modou Thiam, Souleymane Nabi Bangoura and Cherif Quid Touel-lib, Communication IV: Fisheries Agreements and Capacity Management in the Member States of the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), Archives and documents of the FAO Fisheries Department (28 September 2001) (www.fao.org/DOCREP/005/Y4643F07.htm/)

93. Sub-regional workshop on the “Revision of the Convention on Minimum Access Conditions” held in Dakar, on 22—24 April 2009, followed by several workshops organized under the aegis of the SRFC in each of the seven Member States. Finally, a meeting was held at the SRFC headquarters in Dakar on 5 and 6 October 2010 to discuss the reports produced by two consultants hired by the Organization in this regard. See the report prepared by Mrs. Dienaba Beye Traore, Head of the Policy and Harmonization of Laws Department (DHPL/PRSP), Dakar (6 October 2010)..

ting of the SFRC's Conference of Ministers responsible for fisheries⁹⁴ in December 2010.

139. Regarding the adoption of coordinated measures for the surveillance and control of activities of fishing vessels, States in the sub-region, "conscious of the need to pool their efforts in order to effectively protect and monitor waters under their respective jurisdictions", adopted the Convention on sub-regional cooperation in the exercise of maritime hot pursuit⁹⁵.

140. The Convention sets forth the rules and modalities for strengthening cooperation between the agencies responsible for fisheries surveillance in State Parties. It defines the general principles governing the right to hot pursuit of any State Party with regard to any vessel attempting to escape control operations by an aircraft or a surveillance vessel of that State. The Convention is directed primarily at vessels flying foreign flags and that do not have any licence to operate in the sub-region⁹⁶.

94. These recommendations include: define the principles that should guide the registration and flagging of fishing vessels; establish a record of fishing vessels in each Member State of the SRFC; sub-regional fisheries register (mechanisms and conditions); condition the access of foreign fishing vessels to the existence of a surplus of fisheries resources; adopt the technical specifications for the marking and identification of fishing vessels; encourage foreign fishing vessels to land their catches in ports within the sub-region; introduce the principle of a mandatory log-book; maintain the principle of having an observer on-board any fishing vessel; maintain the principle of the declaration of entry into and exit from EEZs or fishing zones by foreign vessels; adopt the rule that the transshipment of catches should only be carried out at ports and harbours of States in the sub-region; subject all industrial fishing vessels, domestic or foreign, to the requirement to be equipped with a tracking device VMS; establish a list of IUU fishing vessels in the sub-region; introduce a penalty system for IUU fishing, etc.

95. Convention on sub-regional cooperation in the exercise of maritime hot pursuit of 1 September 1993 between Cape Verde, The Gambia, Guinea, Guinea-Bissau, Mauritania and Senegal.

96. On the circumstances that led to the drafting of the Convention, see Ndiaye and Tavares de Pinho, above n.84, 243-245. The issue of the "Sub-regional status of observers" and that of the "Marking of fishing vessels" must also be noted to complete the picture of standard-setting actions. The SRFC has, moreover, initiated significant actions: the sub-regional marine database, the sub-regional register of fishing vessels and joint research programmes.

141. As indicated by the FAO⁹⁷, fishing has, for a very long time, been an important food source for mankind, providing employment and economic benefits to those who practise it. However, with increased knowledge and the dynamic development of the fisheries sector, people have begun to understand that aquatic resources, although renewable, are finite and must be properly managed if their contribution to the nutritional, economic and social well-being of the world's growing population is to be maintained.

142. Some experts predict that at the current pace, there will be no more fish in the world in 2048. Determined action must therefore be taken by States in the sub-region and by regional fisheries management organizations.

143. States must pool their resources and encourage joint surveillance operations in areas under their jurisdiction. They must coordinate their actions and set up very precise measures that they will be able to implement, to fight against IUU fishing. In this regard, they must demonstrate genuine political will which would be a strong signal to pirate vessels.

144. Today, the scope of the SRFC needs to be extended for it to properly perform its duties. It must be strengthened⁹⁸, and should move on from being an inter-governmental organization on fisheries cooperation to a regional fisheries management organization equipped with the necessary resources and expertise, in other words, a shift from cooperation to integration.

97. IPOA-IUU, above n.3, XI

98. See, for example, Elise Anne Clark, *Strengthening regional fisheries management: the application of the duty to cooperate under the Law of the Sea Convention*, Intern's Report, ITLOS, Hamburg (2010).

**NON-APPEARANCE BEFORE THEINTERNATIONAL
TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA**

Indian Journal Journal of International Law, Vel. 53, n° 4, Oct -
Dec 2013, pp. 545-564.

I. INTRODUCTION

The “Arctic Sunrise” case (Kingdom of Netherlands v. Russian Federation) where an application was made to the International Tribunal for the Law of the Sea to prescribe provisional measures in line with Article 290, paragraph 5 of the Convention, in a dispute concerning the arrest and immobilisation of the vessel “Arctic Sunrise” in the exclusive economic zone of the Russian Federation was the first instance where a defendant State¹ failed to appear before the court, calling into question the jurisdiction of the latter.

It is worth noting that generally when a case is brought by means of compulsory jurisdiction through an unilateral application, the competence of said jurisdiction and the admissibility of the request are often challenged. The subject of application or claims that lead to non-appearance are often highly political matters relating to sovereignty, indepen-

1. Judge of the International Tribunal for the Law of the Sea, Hamburg.

See S A Alexandrov, “Non-Appearance before the International Court of Justice”, *Columb. J. of Transnational I.L.*, vol. 33 (1995), pp. 41-72; G. Arangio-Ruiz, “Notes on Non-Appearance before the International Court of Justice”, in *Essays in Honour of Roberto Ago*, Vol. III (1987), pp. 3-48; *ibid.* Non-Appearance before the International Court of Justice, Preliminary and Final Report, *Annuaire de l’IDI*, 64 (1991-1), pp. 193-250, 280-339; D.W. Bowett, “Contemporary Developments in Legal Techniques in the Settlement of Disputes”, *RCADI*, 180 (1983-11), pp. 169-235; R.M. Eisemann, “Les effets de la non-comparution devant la Cour internationale de Justice”, *AFDI*, 19 (1973), pp. 351-375; J. B. Elkind, “Non-Appearance before the International Court of Justice, Functional and Comparative Analysis”, (1984); *Id.* “The Duty to Appear before the International Court of Justice”, *ICLQ*, vol. 37 (1988), pp. 674-681; Sir G. Fitzmaurice, “The Problem of the “Non-appearing” Defendant Government”, *BYBIL*, vol. 51 (1980), pp. 89-122; G. Guyomar, *Le défaut des parties a un differend devant les juridictions internationales -etude de droit international public positif 1960*; Paris, LGDJ, 1960, p. 242; Sh. Rosenne, *The World Court, What it is and How it Works* (Brill, 1989); *Id.*, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, Fourth Edition, Volume III Procedure (Martinus Nijhoff Publishers, Chap. 23), pp. 1359-1374; H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice, Fifty Years of Jurisprudence*, Volume I, pp. 994-1007; A. Zimmermann, K. Oellers Frahm, C. Tomuschat and C. Tams, *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, Second edn., (OUP, 2012), pp. 1324-1354. I. Sinclair, “Some Procedural Aspects of Recent International Litigation”, *ICLQ*, vol. 30 (1981), pp. 338-357, spec.p.340

dence or simply national prestige, which explains the defiant attitude of governments towards international courts and tribunals.

This phenomenon could seriously undermine the international legal system by affecting the confidence of potential litigants, due to the non-enforcement of rulings handed down. It would appear that the reluctance of States to accept court rulings is an integral part of the structure of an international society that is wracked with political processes, and where the individualistic interests of States are omnipresent. This is why international jurisdictions are under-utilised and have lost ground.

There is much talk today about the fragmentation of international law and the alleged risks arising out of a proliferation of jurisdictions². It is not surprising therefore that States' statement of acceptance of compulsory jurisdictions often come with so many reserves that they are devoid of all meaning. There is also the issue of the consent of States that are parties to the dispute.

States consider that the right to refuse to be brought before a third party is a fundamental part of their sovereignty. When an applicant brings a case by way of a compulsory jurisdiction, the defendant very often attempts to avoid the authority of the latter, leading to a plethora of international cases on the conditions in which the courts carry out their activities³. Indeed, the International Court of Justice often restates what it calls "one of the fundamental principles of its Statute", which stipulates that a dispute between States may not be settled by the Court unless the former have accepted its jurisdiction.

Nevertheless, international judges have a rule to play when the defendant State fails to appear in court because it questions the jurisdiction of the court. This phenomenon, known as default, has developed rapidly

2. V. G. Guillaume, "The Future of International Judicial Institutions", ICLQ, vol. 44 (1995).

3. See T.M. Ndiaye, "La recevabilité devant les juridictions internationales", in Ndiaye and Wolfram (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes* (Martinus Nijhoff Publishers, London, Boston 2007), pp. 249-295.

in the past few decades. The numerous cases of non-appearance before the International Court of Justice⁴ constitute solid experience in this area

Article 53 of the Statute of the Court speaks about failure to appear and failure to defend a case, as well as the way in which the Court must carry out its judicial functions. “Default before international courts is similar to a situation in domestic law where one party voluntarily or involuntarily remains outside regularly established proceedings or a specific point of such proceedings”⁵.

We shall be looking at the way in which ITLOS sought to deal with the only case of non-appearance before it. It drew inspiration from the established practice at the International Court of Justice and as indicated by Shabtai Rosenne :

4. In the following cases, judgments and orders were handed down in the absence of one of the parties: Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), Assessment of the amount of compensation due, Order, ICJ Rep. 1949, p. 244; Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), provisional measures, Order, 5 July 1951, ICJ Rep. 1951, p. 89; Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), preliminary objection, Order, ICJ Rep. 1953, p. III; Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), provisional measures, Order of 17 August 1972, ICJ Rep. 1972, p. 12; Jurisdiction of the Court, Order, ICJ Rep. 1973, p. 3; Merits, Judgment, ICJ Rep. 1974, p. 3; Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), provisional measures, Order of 17 August 1972, ICJ Rep. 1972, p. 30; Jurisdiction of the Court, Order, Rep. 1973, p. 49; Merits, Judgment, ICJ Rep. 1974, p. 175; Nuclear Tests (Australia v. France), provisional measures, Order of 22 June 1973, ICJ Rep. 1973, p. 99; Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, ICJ Rep. 1974, p. 235; Nuclear Tests (New Zealand v. France) Judgment, ICJ Rep. 1974, p. 457; Trial of Pakistani prisoners of war (Pakistan v. India), provisional measures, Order of 13 July 1973, ICJ Rep. 1973, p. 328; Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), provisional measures, Order 11 September 1976, ICJ Rep. 1976, p. 3; Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), Judgment, ICJ Rep. 1978, p. 3; United States Diplomatic and Consular Staff (United States v. Iran), provisional measures, Order of 15 December 1979, ICJ Rep. 1979, p. 7; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), merits, judgement, ICJ Rep. 1986, p. 554; Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Rep. 1994, p. 112.

5. G. Guyomar, op. cit., (note 1), p. 21.

“Since Annex VI, Article 28 of the Law of the Sea Convention follows Article 53 of the Statute of the ICI, it may be assumed that ITLOS will follow the same practice”⁶.

It would appear that non-appearance is a way for the defendant State to exercise its discretionary power (II). We will consider at what juncture the Tribunal is required to apply the provisions of Article 28; how it dealt with the request to prescribe provisional (III), and when it is required to hand down a ruling by default (IV).

II. USE OF DISCRETIONARY POWERS

Non-appearance is synonymous with a lack of an obligation to appear. It may also be seen as the defaulting State exercising its discretionary powers. Nevertheless, a State that has accepted the jurisdiction of the Tribunal is entitled to have its cause heard to its conclusion, even when the other party fails to appear. That State may ask the Tribunal to continue the proceedings and hand down its decision⁷.

6. Sh. Rosenne, *Provisional Measures in International Law: The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea* (Oxford University Press, Int'l courts and Tribunal Series, 2005), p. 165.

7. Following the request for prescription of provisional measures under article 290, paragraph 5 of the United Nations Convention on the Law of the Sea in the “Arctic Sunrise” (Kingdom of Netherlands v. Russian Federation) case, the Embassy of the Russian Federation to the Federal Republic of Germany made the following statement in a note verbale: “Upon ratification of the Convention on 26 February 1997 the Russian Federation made a declaration according to which, inter alia, “it does not accept the procedures, provided for in section 2 of Part XV of the Convention, entailing binding decisions with respect to disputes ... concerning law enforcement activities in regard to the exercise of sovereign rights or jurisdiction”. The Russian side accordingly notified the Kingdom of Netherlands by note verbale (attached) that it does not accept the arbitration procedure under Annex VII to the Convention initiated by the Netherlands in regard to the case concerning the vessel “Arctic Sunrise” and does not intend to participate in the proceedings of the International Tribunal for the Law of the Sea in respect of the request of the Kingdom of the Netherlands for the prescription of provisional measures under article 290, paragraph 5, of the Convention. While so acting, the Russian Federation stresses its readiness to continue to seek a mutually acceptable solution to this situation. In a letter dated 24 October 2013, the agent of the Netherlands declared: “In accordance with article 28 of the Statute of the Tribunal, the Kingdom of the Netherlands respectfully requests the Tribunal to continue the proceedings and make its decision on the request for provisional measures, even if regrettably, these proceedings would be in default of appearance by the Russian Federations.” See the Order of 22 November 2013 and the declaration of Judge ad hoc Anderson, the joint separate opinion of Judges Wolfram and Kelly, the separate opinions of Judges Jesus and Paik, and the dissenting opinions of Judges Golitsyn and Kulyk.

In other words, the absence of the State shall not constitute an obstacle to the proceedings. Article 28 of the Statute thus enables the Tribunal to make its decision.

To this end the Tribunal must ensure that it has jurisdiction over the dispute and that the application is founded in fact and in law⁸. Article 28 thus does not sanction the violation of an obligation. Indeed, this obligation is not found anywhere. It reaffirms the right of the party that appears to request that the Tribunal continue the proceedings and make a decision. Such proceedings are not limited simply to a default ruling in favour of the appearing State. On the contrary, the Tribunal must ensure that they have jurisdiction and that the request is founded in fact and law. Non-appearance of one party therefore does not automatically lead to favourable treatment for the requesting party. Indeed, the proceedings must be carried out as normal⁹. In the *Military and Paramilitary Activities in Nicaragua case*, the ICJ indicates that “there is however no question of a judgment in favour of the party appearing” since the Court is required to “satisfy itself” that the party’s claim is well founded in fact and law¹⁰. Non-appearance must neither be to the advantage nor the detriment of the parties¹¹. The Court in The Hague underscores what it considers a fundamental principle; equality of parties. The intention of Article 53 was that neither party should be placed at a disadvantage in case of non-appearance; therefore, the party that declines to appear cannot be permitted to benefit from its absence since this would amount to placing the appearing party at a disadvantage. The provisions of the Statute and Rules concerning the presentation of pleadings and evidence are designed to ensure a good administration of justice and a fair and equal opportunity for each party to comment on its opponent’s contentions. The treatment to be given by the Court to communications or ma-

8. For the preparatory work under article 53 of the ICJ Statute, which is the forebear of article 28 of Statute of the Tribunal, cf. G. Guyomar, *op.cit.*, note 1, chap. 1.

9. See Elkind, *op. cit.*, note 1, pp. 100-102.

10. *Military and Paramilitary Activities in and against (Nicaragua v. United States of America)*, merits, Judgement, ICJ Report 1986, p. 24, para. 28.

11. See Alexandrov, *op. cit.*, (note 1), p. 44 where the author explains: “Under Article 53 the Applicant State is entitled to seek justice and the absent party is protected from injustice. The combination of the two aims constitutes the dual *raison d’être* of Article 53 of the Court’s Statute

terial emanating from the absent party must be determined by the weight to be given to these different considerations and is not susceptible to rigid definition in the form of a precise general rule¹².

For this reason, Article 28 does not sanction the party that declines to appear, but rather instructs the Tribunal to satisfy itself that it has jurisdiction over the dispute and that the claim is well founded in fact and in law. Indeed the absence of a party is seen “simply as non-appearance and there is no law other than sheer courtesy regarding the Court that obliges a party to appear before the former”¹³. This is an illustration of the very nature of the international legal system, which is based on consent and thus the choice of the compulsory jurisdiction. The result is unilateral application to the court, which affects the obligation of States to cooperate. It is common knowledge that in such cases, States are quick to contest the jurisdiction of the court and to question the admissibility of the request, especially when these are related to issues of their sovereignty or their economic independence¹⁴.

Whenever a State summoned before the Court declines to appear or to defend its cause, the Court generally expresses its regrets at this decision, which negatively affects the proper administration of justice¹⁵. Subsequently, the Court may hand down a ruling by default, once they are satisfied as to their jurisdiction over the dispute and have established that the claim is well founded in fact and law.

12. *Military and Paramilitary Activities Case*, op. cit., p. 26, para. 31.

13. See P.M. Eisemann, op. cit., (note 1), p. 358.

14. See D. Bowett, op. cit., (note 1), p. 205 where the author explains “It would seem, therefore, that by its terms Article 53 does not impose a duty to appear and, correspondingly, it would not be proper to regard Article 53 as containing any penalty for breach of duty”. See also, the opinion of Judge Gros in the *Nuclear Tests case*, ICJ Report, 1973, pp. 116-118.

15. The ICJ expresses regrets in clauses found in various cases. They reflect the impact on good administration of justice, as well as the attitude of the Court with respect to non-appearance. See, for example, *Fisheries Jurisdiction Case*, op. cit., Judgment of 2 February 1973, para. 12; *Nuclear Tests Case*, Judgment of 20 December 1974, op. cit., para. 15; *Aegean Sea Continental Shelf Case*, Judgment of 19 December 1978, op. cit., para. 15; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, op. cit., para. 13; and *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua Judgment of 1986*, op. cit., paras. 26 and 27.

III. PROVISIONAL MEASURES AND NON-APPEARANCE

In the “Arctic Sunrise” case, the Kingdom of the Netherlands on 4 October 2013, submitted the dispute to arbitration in accordance with annexe VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea. This dispute settlement procedure is applied under the terms of Article 287, paragraph 5 of the Convention because the two parties did not accept the same compulsory dispute settlement procedure. The Netherlands chose the International Court of Justice, while the Russian Federation opted for annexe VII arbitration. The parties were unable to reach agreement on a different dispute settlement method.

As a result, the Netherlands made a request to the Tribunal on 21 October 2013, for the prescription of provisional measures, due to the fact that the arbitral tribunal had not yet been established and that the two parties had not reached agreement on applying to another court or tribunal within the two weeks from the date at which a request was made for provisional measures.

The Russian Federation indicated that it did not intend to participate in the proceedings before the International Tribunal on the Law of the Sea in respect of the request of the Kingdom of the Netherlands for the prescription of provisional measures under Article 290, paragraph 5 of the Convention¹⁶. In their response, the Netherlands, in accordance with Article 28 of the Statute of the Tribunal, respectfully requested the Tribunal to continue with the proceedings and to make its decision concerning the request for provisional measures¹⁷. This was the first time that a party had declined to appear before the International Tribunal on the Law of the Sea.

It may be recalled that Article 290 on provisional measures describes two possibilities under paragraph one and under paragraph 5. The first

16. See Note verbale dated 22 October 2013 from the Embassy of the Russian Federation in Berlin to the Tribunal, p. 2.

17. See Letter dated 24 October 2013 from the Agent of the Netherlands, addressed to the Registrar, p. 1.

is considered the normal procedure for provisional measures. It reflects and codifies the general practice established by the International Court of Justice to preserve the respective rights of litigants, pending consideration of the merits of their case. There is however an additional criterion: pending the final decision, the Tribunal may prescribe any such provisional measures as it deems fit under the circumstances, to prevent serious damage to the maritime environment.

Where this second option is concerned, Shabtai Rosenne indicates:

“Paragraph 5 of Article 290 is a major innovation. It is believed to be the first occasion on which a standing international tribunal is given a compulsory residual jurisdiction to prescribe binding provisional measures of protection when the principal dispute is submitted to another tribunal which, when the provisional measures are requested, has not yet been constituted although the procedure leading to the constitution of the arbitral tribunal, which includes the definition of the dispute that is being asked to settle, has been set in motion”¹⁸.

The Netherlands submitted the request for prescription of provisional measures in accordance with Article 290, paragraph 5, which stipulates that :

“Pending the constitution of an arbitral tribunal [...], the International Tribunal on the Law of the Sea [...] may prescribe, modify or revoke provisional measures in accordance with the present article if it considers that prima facie, the tribunal that is to be constituted would have jurisdiction and that the urgency of the situation so requires [...]”.

Since the Russian Federation declined to participate in this process before the Tribunal, the provisions of Article 28 of the Statute, on default, apply.

18. Shabtai Rosenne, note 6, p. 241- 49.

They state :

Article 28 Default

When one of the parties does not appear before the Tribunal or fails to defend its case, the other party may request the Tribunal to continue the proceedings and make its decision. Absence of a party or failure of a party to defend its case shall not constitute a bar to the proceedings. Before making its decision, the Tribunal must satisfy itself not only that it has jurisdiction over the dispute, but also that the claim is well founded in fact and in law.”

The question of the moment when such provisions become applicable is of course essential. It became of particular importance in the various phases of the *Nuclear Test cases* brought before the International Court of Justice, in which France declined to appear¹⁹. The Court indicated the following:

“Whereas on a request for provisional measures the Court need not, before indicating them, finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case, yet it ought not to act under Article 41 of the Statute if the absence of jurisdiction on the merits is manifest”²⁰.

Indeed, due to the urgency, such requests, as well as matters of prompt release (Article 292 of the Convention), are given absolute priority because they are respectively part of the proper powers of the Tribunal or the Court on the one hand and the exclusive jurisdiction on the other.

19. See Sinclair, *op. cit.*, (note 1), p. 340; also Eisemann, *op. cit.*, (note 1), pp. 358-359. As indicated by the first: “There has been keen controversy over the years as to the extent to which the Court must satisfy itself, before indicating interim measures of the likelihood that it will be entitled to exercise jurisdiction over the merit of the dispute. The problem of course arises precisely because interim measures are sought as a matter of urgency, and at a stage before the parties or the Court have had time to address themselves fully to the jurisdictional issue”. *Ibid.*, p. 341.

20. Fisheries Jurisdiction Case (Federal Republic of Germany v. Iceland), Provisional measures, order of 17 August 1972, paragraph 16, ICJRep. 1972, p. 33.

Furthermore, it is generally acknowledged that the power to prescribe or to indicate provisional measures arises out of the inherent powers conferred upon the Court by its Statute, and is different from its jurisdiction over the merits of a case. Judge Fitzmaurice makes some decisive remarks on the matter:

“In the jurisdictional field, there is the substantive or basic jurisdiction of the Court (i.e. to hear and determine the “ultimate” merits), and there is the possibility of (preliminary) objections to the exercise of that jurisdiction. But also, there is the Court’s preliminary or “incidental” jurisdiction (e.g. to decree interim measures of protection, admit counterclaims or third-party interventions, etc.), which it can exercise even in advance of any determination of its basic jurisdiction as to the ultimate merits; even though the latter is challenged; and even though it may ultimately turn out that the Court lacks jurisdiction as to the ultimate merits. Although much (though not all) of this incidental jurisdiction is specifically provided for in the Court’s Statute, or in Rules of Court which the Statute empowers the Court to make, it is really an inherent jurisdiction, the power to exercise which is a necessary condition of the Court - or of any court of law - being able to function at all²¹.

In dealing with the request of the Netherlands, the International Tribunal on the Law of the Sea drew on its settled jurisprudence. It therefore considered that absence of a party or failure of a party to defend itself should not bar the proceedings or preclude the Tribunal from prescribing provisional measures, provided the parties have been given an opportunity of presenting their observations on the subject²². The Tribunal recalled that all communications pertaining to the case were transmitted by the Tribunal to the Russian Federation and that the Russian Federation was informed that the Tribunal was ready to take into account any observations that might be presented to it by a party before the closure

21. See Separate Opinion of Sir Gerald Fitzmaurice in the Northern Cameroons case, order of 2 July 1963, ICJ Rep. 1963, p. 103. The author notes that “according to its settled jurisprudence, the Court will not insist on its jurisdiction in respect of the “ultimate” merits being affirmatively established before it grants a request for interim measures”, *ibid.*, p. 104; note 1.

22. Arctic Sunrise (Kingdom of Netherlands v. The Russian Federation), Order of 22 November 2013, para. 48.

of the hearing. It noted “that the Russian Federation was thus given ample opportunity to present its observations, but declined to do so” and recalled that “the non-appearing State is nevertheless a party to the proceeding, with the ensuing rights and obligations”²³. The Tribunal could therefore proceed to hear the facts in the request for the prescription of provisional measures.

The Tribunal took note of the non-appearance of the defendant and endeavoured to seek the relevant facts to enable it carry out its task of prescribing provisional measures.

It explained that the prescription of provisional measures requested must also take into account the procedural rights of both parties and ensure full implementation of the principle of equality of the parties in a situation where the absence of a party may hinder the regular conduct of the proceedings and affect the good administration of justice. It observed that the Russian Federation could have facilitated the task of the Tribunal by furnishing it with fuller information on questions of fact and of law and that consequently it was difficult for the Tribunal, in the circumstances of this case, to evaluate the nature and scope of the respective rights of the parties to be preserved by provisional measures. Nevertheless, it had to identify and assess the respective rights of the parties involved on the best available evidence²⁴.

Before prescribing provisional measures under Article 290, paragraph 5, of the Convention, the Tribunal must satisfy itself that *prima facie*, the Annex VII arbitral tribunal would have jurisdiction. The question is whether the dispute submitted to the arbitral tribunal is indeed related to the interpretation or application of the Convention, in accordance with Article 288 of the Convention. The Tribunal reviewed the

23. *Ibid.*, paras. 50 and 51. The Tribunal recalls the words of the ICJ in the abovementioned *Military and Paramilitary Activities Case*, para. 28: “The State which decides not to appear must accept the consequences of its decision, the first of which is that the case will continue without its participation, the State which has chosen not to appear remains a party to the case and is bound by the eventual judgment in accordance with Article 59 of the Statute”.

24. *Ibid.*, paragraphs 53-57.

arguments of the parties, prior to deciding on the prima facie jurisdiction of the arbitral tribunal.

The Netherlands maintains that, on 19 September 2013, in the exclusive economic zone of the Russian Federation, the vessel “Arctic Sunrise”, flying the flag of the Netherlands, was boarded by Russian authorities who detained the vessel and arrested the 30 persons on board and that the vessel was subsequently towed to the port of Murmansk. The Netherlands argues that :

“The Russian Federation [...] in boarding, investigating, inspecting, arresting and detaining the ‘Arctic Sunrise’ without the prior consent of the Kingdom of the Netherlands, as described in this Statement, breached its obligations to the Kingdom of the Netherlands, in its own right and in the exercise of its right to protect a vessel flying its flag, in regard to the freedom of navigation as provided by Articles 58, paragraph 1, and 87, paragraph 1(a), of UNCLOS, and under customary international law”.

They state that :

“The sovereign rights of a coastal State in maritime areas beyond its territorial sea are resource-oriented and limited in scope. The exercise of jurisdiction to protect these sovereign rights is functional. The law of the sea restricts the right of a coastal State to exercise jurisdiction in these areas. A coastal State cannot unilaterally extend such a right.”The Netherlands further states that “jurisdiction over the establishment and use of installations and structures is limited to the rules contained in Article 56, paragraph 1, and is subject to the obligations contained in Article 56, paragraph 2, Article 58 and Article 60 of the Convention”²⁵.

The Netherlands further contends that :

“The Convention prohibits the boarding of foreign vessels on the high seas: Article 110. This prohibition applies to the boarding of foreign

25. See, Statement of Conclusions, paragraph 37; PV.13/C22/1, p. 21, II. 19-23 and II 27-30; p. II 9-16 and II 20-28.

vessels in the exclusive economic zone: Article 58, paragraph 2. The right of visit and search is an exception to the freedom of navigation and flag State jurisdiction, and thus needs a specific justification in every instance. Indeed, in the case concerning the S.S. Lotus, the Permanent Court of International Justice held that :

“It is certainly true that - apart from certain special cases which are defined by international law - vessels on the high seas are subject to no authority except that of the State whose flag they fly”.

Any exceptions to the general prohibitive rule to exercise enforcement jurisdiction over foreign vessels are explicit and cannot be implied. The interpretation and application of any such exceptions must be narrowly construed.”²⁶

For its part, the Russian Federation states that:

“On 19 September [...] within the exclusive economic zone of the Russian Federation, on the basis of Articles 56, 60 and 80 of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, and in accordance with Article 36.1.1 of the Federal Law “On the Exclusive Economic Zone of the Russian Federation” a visit to the vessel “Arctic Sunrise” was carried out.

[...]

In view of the authority that a coastal State possesses in accordance with the aforementioned rules of international law, in the situation in question requesting consent of the flag State to the visit by the inspection team on board the vessel was not required”²⁷.

26. See PV.13/C22/1, p.22, II 1-3 and II 3-16.

27. Note verbale dated 1 October 2013 addressed to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands by the Embassy of the Russian Federation in the Netherlands.

The Russian Federation further states that :

“The actions of the Russian authorities in respect of the vessel “Arctic Sunrise” and its crew have been and continue to be carried out as the exercise of its jurisdiction, including criminal jurisdiction, in order to enforce laws and regulations of the Russian Federation as a coastal State in accordance with the relevant provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea”²⁸.

In the light of the positions of the Netherlands and the Russian Federation, a difference of opinions exists as to the applicability of the provisions of the Convention in regard to the rights and obligations of a flag State and a coastal State, notably, its Articles 56, 58, 60, 87 and 110, and thus the Tribunal is of the view that a dispute appears to exist between these two States concerning the interpretation or application of the Convention²⁹.

In the view of the Tribunal, the provisions of the Convention invoked by the Netherlands appear to afford a basis on which the jurisdiction of the arbitral tribunal might be founded and that the latter would *prima facie* have jurisdiction over the dispute. These reasons enabled the Tribunal to prescribe provisional measures.

It must be noted that the Tribunal referred to arguments on the merits in seeking to determine the *prima facie* jurisdiction of the annexe VII arbitral tribunal. This is because Article 290 paragraph 5 establishes a two-fold jurisdiction, since the body that rules on the *prima facie* jurisdiction and may prescribe provisional measures is not the one that rules on the merits of the dispute. This is what makes the Convention innovative.

When called upon to decide on a request for provisional measures in case of non-appearance of the defendant, the International Court of

28. Note verbale from the Embassy of the Russian Federation in the Federal Republic of Germany, dated 22 October 2013, addressed to the Tribunal

29. Arctic Sunrise, Order of 22 November 2013, op. cit., para. 68.

Justice applies its settled jurisprudence in this area. It satisfies itself that it does have *prima facie* jurisdiction. It states that :

Whereas on a request for provisional measures the Court need not, before indicating them, finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case, yet it ought not to act under Article 41 of the Statute if the absence of jurisdiction on the merits is manifest.”³⁰

After taking note of the non-appearance of the defendant, the Court seeks to find facts that are relevant to the proceedings on provisional measures. For example, in the *Anglo-Iranian Oil Co. case*, the Court refers to a communique from the defender dated 29 June 1951 and notes the following :

The Iranian government stated that it rejected the request for indication of provisional measures submitted by the United Kingdom government on the grounds principally of the absence of competence on the part of the United Kingdom government to refer to the court a dispute which had arisen between the Iranian government and the Anglo-Iranian Oil Company, Limited, and the fact that this dispute pertaining to the sovereign rights of Iran was exclusively within the national jurisdiction of that State and thus not subject to the methods of settlement specified in the [United Nations] Charter”.³¹

The Court further states:

“Whereas the complaint made in the application is one of an alleged violation of international law by the breach [of an agreement] and by a

30. See Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v. Iceland), *op. cit.*, para. 15. See also, Nuclear Tests Case (Australia v. France), *op. cit.*, para. 13: “Whereas on a request for provisional measures the Court need not, before indicating them, finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case, and yet ought not to indicate such measures unless the provisions invoked by the Applicant appear, *prima facie*, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded”. In the United States diplomatic and consular staff in Tehran case the Court states in paragraph 15: “Whereas on the request for provisional measures in the present case the Court ought to indicate such measures only if the provisions invoked by the Applicant appear, *prima facie*, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded”.

31. ICJ Rep. 1951, p. 92.

denial of justice which would follow from the refusal of the Iranian Government to accept arbitration in accordance with that agreement, and whereas it cannot be accepted a priori that a claim based on such a complaint falls completely outside the scope of international jurisdiction; Whereas the considerations stated in the preceding paragraph suffice to empower the Court to entertain the request for interim measures of protection".³²

In the *Nuclear Tests case*, the Court refers to a letter dated 16 May 1973 from the ambassador of France to the Netherlands and handed to the registrar of the Court, as well as a diplomatic note dated 7 February 1973, addressed to the Australian government. The Court notes that :

[...] the French Government called attention to reports published between 1967 and 1972 by the Australian National Radiation Advisory Committee, which reached the conclusion that the fall-out from the French tests did not involve any danger to the health of the Australian; [...] population; in this note, the French Government stated its conviction that in the absence of any ascertained damage due to its nuclear experiments, the latter have not violated any rule of international law, and observed that if the alleged infraction of law consisted of a violation of a legal norm concerning the threshold of atomic pollution which should not be crossed, it finds it hard to see what precise rule Australia is relying on ;

[...] For the purpose of the present proceedings it suffices to observe that the information submitted to the Court, including reports of the United Nations Scientific Committee on the Effects of Atomic Radiation between 1958 and 1972, does not exclude the possibility that damage to Australia might be shown to be caused by the deposit on Australian territory of radioactive fall-out resulting from such tests, and to be irreparable".³³

32. ICJ Rep. 1973, p. 99, paras 6 and 15.

33. Ibid., pp. 92-93.

In the *Aegean Sea Continental Shelf Case*³⁴, the Court cites the observations of the Government of Turkey, communicated to the Court on 26 April and 26 August 1976³⁵ and statements on Radio Ankara on 24 July 1974³⁶, as well as “information before the Court” concerning the seismic exploration undertaken by Turkey of which Greece complains³⁷ and which “might raise a question of infringement of the exclusive rights of exploration of this State³⁸”. The Court was of the view that “the possibility of such a prejudice to rights in issue before the Court does not, by itself, suffice to justify recourse to its exceptional power under Article 41 of the Statute to indicate interim measures of protection”.³⁹

Finally, in the *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran case*⁴⁰, the Court mentions a letter from the Government of Iran dated 9 December 1979 in which it expresses its opinion and questions the jurisdiction of the Court. The letter recalls⁴¹ the importance of diplomatic privileges and immunities, which are inherent in the representative character of diplomats. It states :

“Whereas continuance of the situation that is the subject of the present request exposes the human beings concerned to privation, hardship, anguish and even danger to life and health and thus to a serious possibility of irreparable harm”.

It may be noted that just as Article 28 of the Statute did not apply in the “Arctic Sunrise” case, Article 53 was not always applicable in matters relating to provisional measures. This is because in such cases, the Court only considered the prima facie jurisdiction, while the Tribunal did the same with regard to the annexe VII arbitral tribunal of the Convention. If the latter were to recognize jurisdiction over the merits

34. Provisional measures, Order of 11 September 1976, op. cit.

35. Ibid., paras. 18 and 29.

36. Ibid., para. 29.

37. Ibid., para. 30.

38. Ibid., para. 31.

39. Ibid., para.32.

40. Order of 15 December 1979 op.cit., ICJ, Rep. 1979, p. 7, paras 8, 27, 30, and 31.

41. Ibid., paras 38 to 41.

of the dispute, then the “Arctic Sunrise” case would be ready for judgment in default⁴².

IV. JUDGMENT IN DEFAULT

Judgment in default⁴³ normally occurs when the court has arrived at a decision with regard to its jurisdiction⁴⁴, as illustrated by the established practice of the International Court of Justice. The procedure in default can then be applied.

The Court thus decided in favour of the United Kingdom in the third phase of the Corfu Channel, regarding assessment of the amount of compensation due from the Peoples’ Republic of Albania to the United Kingdom⁴⁵. Prior to that, the Court considered the objection to its jurisdiction, the procedure by default, and the application and interpretation of Article 53 of the Statute. It states :

42. It must be recalled that “[...] Neither the PCIJ nor the ICJ has ever made explicit reference to Article 53 in the provisional measures phase of a case even where the respondent failed to participate in proceedings, although individual judges have done so in their separate and dissenting opinions. In this regards, it has been argued that the requirements set out in Article 53, namely that the Court must satisfy itself that it has jurisdiction and that the claim was well founded in fact and in law, were not drafted to apply in provisiona 1 measures phase, but they are rather and solely aimed at safeguarding as far as possible the substantive and procedural rights of the defaulting party” in von Mangoldt and Zimmermann, *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, op. cit., (note 1), p. 1340.43.

43. To the question: “When is there a “default” of appearance for the purpose of Article 53”, D. Bowett answers: “theoretically, there are a number of answers possible to this question. 1) Default only occurs at the stage where no counter-memorial is filed on the merits. 2) Default occurs only when the Court has affirmed its jurisdiction on the merits (since the non-appearing State is not a party prior to that stage). 3) Default can occur at the jurisdictional or merits stages, but not at the stage of an application for interim measures of protection. 4) Default can occur at any stage at which a decision is required of the Court, in response to a “claim by an appearing Party”. D. Bowett, op. cit., (note 1), pp. 207-208.

44The International Court of Justice did hand down judgments in default in the following cases cited above: the Corfu Channel Case, Fisheries Jurisdiction Case, Aegean Sea Continental Shelf Case, United States Diplomatic and Consular Staff Case, and the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua Case. For the jurisprudence of the ad hoc arbitral tribunals, see Sinclair, op. cit., (note I), pp. 353-356.

45. Order of 15 December 1949, ICJ Rep. 1949, p. 244.

As has been said above, the Albanian Government disputed the jurisdiction of the Court with regard to the assessment of damages. The Court may confine itself to stating that this jurisdiction was established by its Judgment of April 9th, 1949; that, in accordance with the Statute (Article 60), which, for the settlement of the present dispute, is binding upon the Albanian Government, that Judgment is final and without appeal, and that therefore the matter is *res judicata*. The position adopted by the Albanian Government brings into operation Article 53 of the Statute, which applies to procedure in default of appearance. This article entitles the United Kingdom Government to call upon the Court to decide in favour of its claim, and, on the other hand, obliges the Court to satisfy itself that the claim is well founded in fact and law. While Article 53 thus obliges the Court to consider the submissions of the party which appears, it does not compel the Court to examine their accuracy in all their details; for this might in certain unopposed cases prove impossible in practice.

It is sufficient for the Court to convince itself by such methods as it considers suitable that the submissions are well founded. It was in view of these considerations and on account of the technical nature of the questions involved in the assessment of compensation in the present case that the Court ordered the expert enquiry mentioned above. The claim of the United Kingdom Government is under three separate heads which will be considered in succession⁴⁶.

The procedure in default was also applied in the Fisheries jurisdiction cases after the Court acknowledged its jurisdiction over the merits of the case. In its order dated 2 February 1973, it stated :13. It is to be regretted that the Government of Iceland has failed to appear in order to plead the objections to the Court's jurisdiction which it is understood to entertain. Nevertheless the Court, in accordance with its Statute and its settled jurisprudence, must examine *proprio motu* the question of its own jurisdiction to consider the application of the Federal Republic of Germany. Furthermore, in the present case the duty of the Court to make this examination on its own initiative is reinforced by the terms of Article

46. *Ibid.*, p. 248.

53 of the Statute of the Court. According to this provision whenever one of the parties does not appear before the Court, or fails to defend its case, the Court, before finding upon the merits, must satisfy itself that it has jurisdiction. It follows from the failure of Iceland to appear in this phase of the case that it has not observed the terms of Article 62, paragraph 2, of the Rules of Court, which requires *inter alia* that a State objecting to the jurisdiction should “set out the facts and the law on which the objection is based”, its submissions on the matter, and any evidence which it may wish to adduce. Nevertheless the Court, in examining its own jurisdiction, will consider those objections which might, in its view, be raised against its jurisdiction⁴⁷.

On considering the merits of the case, it felt that :

There is no doubt in the present case as to the fulfilment by the Federal Republic of Germany of its part of the agreement embodied in the 1961 Exchange of Notes concerning the recognition of a 12-mile fishery zone around Iceland, and the phasing-out during a period of less than three years of fishing within that zone by vessels registered in the Federal Republic. There is no doubt either that a dispute has arisen between the Parties and that it has persisted despite the negotiations which took place in 1971 and 1972. This dispute clearly relates to the extension by Iceland of its fisheries jurisdiction beyond the 12-mile limit in the waters above its continental shelf, as contemplated in the Althing resolution of 5 May 1959.

Equally, there is no question but that Iceland gave the Federal Republic of Germany the required notice of extension. In consequence, the Federal Republic having disputed the validity, not of the notice but of the extension, the only question now before the Court is whether the resulting dispute falls within the compromissory clause of the 1961 Exchange of Notes as being one for determination by the Court. Since, on the face of it, the dispute thus brought to the Court upon the Application of the Federal Republic of Germany falls exactly within the terms of

47. Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), *op. cit.*, p. 54, para. 13.

48. Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), *op. cit.*, merits, Judgment, ICJ Rep. 1974, pp. 9 and 10, paras 17 and 18.

this clause, the Court would normally apply the principle it reaffirmed in its 1950 Advisory Opinion concerning the Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, according to which there is no occasion to resort to preparatory work if the text of a convention is sufficiently clear in itself. However, having regard to the peculiar circumstances of the present proceedings, as set forth in paragraph 13 above, and in order fully to ascertain the scope and purpose of the 1961 Exchange of Notes, the Court will undertake a brief review of the negotiations that led up to that exchange. [*Fisheries jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, merits, order, ICJ, Rep. 1974, pages 9 and 10, paragraphs 17 and 18]

In the Aegean Sea Continental Shelf case, the Court ruled on 10 August 1976 that it did not have jurisdiction to entertain the request submitted by the Government of Greece. In its judgment dated 19 December 1978, the Court indicates as follows:

No pleadings were filed by the Government of Turkey and it was not represented at the oral proceedings; no formal submissions were therefore made by this government. The attitude of the Government of Turkey with regard to the question of the Court's jurisdiction has however been defined in its communications to the Court of 25 April 1976, 24 April 1978, and 10 October 1978. The last-mentioned communication was in the Registry on the morning of the second day of the public hearings and transmitted to the Agent of Greece by the Registrar later the same day. In these circumstances, account can be taken of its contents only to the extent that the Court finds appropriate in discharging its duty, under article 53 of the Statute, to satisfy itself of its jurisdiction to entertain the application.

It is to be regretted that the Government of Turkey has failed to appear to put forward its arguments on the issues arising in the present phase of the proceedings and the Court has thus not had the assistance it might have derived from such arguments and any evidence adduced in support of them. In accordance with its Statute and its settled jurisprudence, must examine proprio motu the question of its own jurisdiction to consider the application of the Government of Greece. Furthermore, in

this case, the duty of the Court to make this examination on its own initiative is reinforced by the terms of Article 53 of the Statute of the Court. According to this provision whenever one of the parties does not appear before the Court, or fails to defend its case, the Court, before finding upon the merits, must satisfy itself that it has jurisdiction. Before proceeding further, however, the evolution of the main events leading to the bringing of the case before the Court must be outlined⁴⁹.

Procedure in default was also applied in *the United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran case*⁵⁰. In dealing with the allegations made by the United States, the Court felt:

The result is that the Court has available to it a massive body of information from various sources concerning the facts and circumstances of the present case, including numerous official statements of both Iranian and United States authorities. So far as newspaper, radio and television reports emanating from Iran are concerned, the Court has necessarily in some cases relied on translations into English supplied by the applicant. The information available, however, is wholly consistent and concordant as to the main facts and circumstances of the case. This information, as well as the United States memorial and the records of the oral proceedings, has all been communicated by the Court to the Iranian Government without having evoked from the government any denial or questioning of the facts alleged before the Court by the United States. Accordingly, the Court is satisfied that, within the meaning of Article 53 of the Statute, the allegations of fact on which the United States bases its claims in the present case are well founded.

The Court states the following, with regard to the legal foundation of the American application:

Article 53 of the Statute requires the Court, before deciding in favour of an applicant's claim, to satisfy itself that it has jurisdiction, in

49. Aegean Sea Continental Shelf Case, op. cit., pp. 7-8, paras. 14 and 15.

50. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran case, Judgment, 1CJ Rep. 1980, p. 10, para. 13.

accordance with Articles 36 and 37, empowering it to do so. In the present case the principal claims of the United States relate essentially to alleged violations by Iran of its obligations to the United States under the Vienna Conventions of 1961 on Diplomatic Relations and of 1963 on Consular Relations. With regard to these claims the United States has invoked as the basis for the Court's jurisdiction, Article 1 of the Optional Protocols concerning the Compulsory Settlement of Disputes which accompany these Conventions. The United Nations publication *Multilateral Treaties in respect of which the Secretary-General Performs Depository Functions* lists both Iran and the United States as parties to the Vienna Conventions of 1961 and 1963, as also to their accompanying Protocols concerning the Compulsory Settlement of Disputes, and in each case without any reservation to the instrument in question. The Vienna Conventions, which codify the law of diplomatic and consular relations, state principles and rules essential for the maintenance of peaceful relations between States and accepted throughout the world by nations of all creeds, cultures and political complexions. Moreover, the Iranian Government has not maintained in its communications to the Court that the two Vienna Conventions and Protocols are not in force between Iran and the United States. Accordingly, as indicated in the Court's order of 15 December 1979, the optional protocols manifestly provide a possible basis for the Court's jurisdiction with respect to the United States' claims under the Vienna Conventions of 1961 and 1963. It only remains, therefore, to consider whether the present dispute in fact falls within the scope of their provisions⁵¹.

Finally, in the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* case, the Court laid down the guiding principles of judgment by default. It explains:

The use of the term "satisfy itself" in the English text of the Statute (and in the French text the term "s'assurer") implies that the Court must attain the same degree of certainty as in any other case that the claim of the party appearing is sound in law, and, so far as the nature of the case

51. *United States Diplomatic and Consular staff in Tehran Case*, Judgment, ICJ Rep. 1980, p. 10, para. 13.

permits, that the facts on which it is based are supported by convincing evidence. For the purpose of deciding whether the claim is well founded in law, the principle *jura novit curia* signifies that the Court is not solely dependent on the argument of the parties before it with respect to the applicable law (cf. “Lotus”, P.C.I.J., Series A, No. 10, p. 31), so that the absence of one party has less impact. As the Court observed in the *Fisheries Jurisdiction cases*:

“The Court..as an international judicial organ, is deemed to take judicial notice of international law, and is therefore required in a case falling under Article 53 of the Statute, as in any other case, to consider on its own initiative all rules of international law which may be relevant to the settlement of the dispute.

It being the duty of the Court itself to ascertain and apply the relevant law in the given circumstances of the case, the burden of establishing or proving rules of international law cannot be imposed upon any of the parties, for the law lies within the judicial knowledge of the Court.” (I.C.J. Reports 1974, p. 9, par. 17; p. 181, par. 18.) Nevertheless the views of the parties to a case as to the law applicable to their dispute are very material, particularly, as will be explained below (paragraphs 184 and 185), when those views are concordant. In the present case, the burden laid upon the Court is therefore somewhat lightened by the fact that the United States participated in the earlier phases of the case, when it submitted certain arguments on the law which have a bearing also on the merits. As to the facts of the case, in principle the Court is not bound to confine its consideration to the material formally submitted to it by the parties (cf. *Brazilian Loans*, P.C.I.J., Series A, No. 20/21, p. 124; *Nuclear Tests*, I.C.J. Reports 1974, pp. 263-264, paras. 31, 32). Nevertheless, the Court cannot by its own enquiries entirely make up for the absence of one of the Parties; that absence, in a case of this kind involving extensive questions of fact, must necessarily limit the extent to which the Court is informed of the facts. It would furthermore be an over-simplification to conclude that the only detrimental consequence of the absence of a party is the lack of opportunity to submit argument and evidence in support of its own case. Proceedings before the Court call for vigilance by all. The absent party also forfeits the opportunity

to counter the factual allegations of its opponent. It is of course for the party appearing to prove the allegations it makes, yet as the Court has held: “While Article 53 thus obliges the Court to consider the submissions of the Party which appears, it does not compel the Court to examine their accuracy in all their details; for this might in certain unopposed cases prove impossible in practice.” (Corfu Channel, I.C.J. Reports 1949, p. 248.)⁵²

In case of non-appearance for whatever reasons, the proceedings must go forward and the judge must carry out the judicial function.

52. Military and Paramilitary Activities Case, *op. cit.*, Judgment of 27 June 1986, paras. 29 and 30, pp. 24 and 25.

DES TRANSITIONS DEMOCRATIQUES

EN AFRIQUE

par

Tafsir Malick NDLAYE
Faculté des Sciences Juridiques
et Economiques de l'Université
Cheikh Anta Diop de Dakar

Extrait de

Alternative Démocratique dans
le Tiers Monde

n° 6, Juillet-Décembre 1992, pp.13-29

CERDET

AVENUE BOURGUIBA VERS CASTORS

VILLA N° 2565,

BP 12092 DAKAR (COLOBANE)

REPUBLIQUE DU SENEGAL

DES TRANSITIONS DEMOCRATIQUES EN AFRIQUE

Tafsir Malick NDIAYE

Faculté des Sciences Juridiques et
Economiques de l'Université
Cheikh Anta Diop de Dakar

Les Etats apparaissent parfois comme des êtres humains, c'est-à-dire qu'ils arrivent novices à chaque âge de la vie pour parodier CHAMFORD. L'on connaissait jusque-là les religions du rameau abrahamique mais une nouvelle se révèle à nous: la démocratie. L'on pourrait dire que la planète est aujourd'hui toute entière hérissée de démocraties parce que la sacralité du concept en fait un mythe saurélien c'est-à-dire un faisceau d'images motrices animant une action politique. Cependant, les équivoques du langage politique et constitutionnel font que des Etats à régime très différent excitent suivant leur entendement des conceptions particulières de la démocratie ; d'où la liste des principes¹. Toutefois la démocratie en question dans les transitions démocratiques telles qu'on peut les observer dans les différents pays africains semble être la démocratie libérale depuis la fin de la guerre froide avec le passage de l'Est à l'Ouest... Ce n'est pas à dire que ce que l'on a nommé le vent d'Est en soit la cause ; le ver était dans le fruit, mais il a été un catalyseur d'un processus alors en balbutiement mais qui semblait inéluctable en 1989. Il est vrai que Berlin étant le symbole par excellence du conflit Est-Ouest, nombre d'analystes ont été très prompts à établir un lien intime entre le puissant mouvement en faveur de la démocratie en Afrique et la chute du mur de Berlin. Cette analyse est cependant insuffisante dans la mesure où elle suppose que la plupart des Etats africains étaient impliqués dans la guerre froide. A partir de 1989, des faits significatifs sont intervenus en Afrique qui n'ont pas manqué d'influer sur le continent une quête d'une démocratie plus grande. D'abord le referendum constitu-

1. La problématique des droits de l'homme est un terrain fertile d'illustration de ce propos. Voir T.M. NDIAYE, "Introduction aux droits de l'homme", Revue Pax Africa, Dakar, 1988, pp. 6 et ss ; M. GLELE, "Introduction à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples (QUA)", Mélanges Colliard, Paris, Pédone, 1984, pp. 511-538

tionnel algérien qui ouvrait la voie au multipartisme dans ce pays. Ensuite, la libération de Nelson MANDELA après vingt-sept années passées dans les prisons sud-africaines. Cette légende vivante est très vite apparue comme le symbole de la liberté et du refus en Afrique. Enfin l'adoption par le 26e Sommet de l'OUA de la résolution relative aux "changements fondamentaux en Afrique" en 1990 et par la Commission Economique des Nations- Unies pour l'Afrique de la "charte africaine pour la participation populaire au développement et au changement"². La tonalité de ces événements largement commentés à travers les media a achevé de rendre plus exigeantes les élites africaines, lesquelles ont joué un grand rôle dans le processus actuel³, avec la génération progressive d'une "société civile" qui plonge l'Etat dans une négociation politique continue⁴.

2. U.N. Economic Commission for Africa, African Charter for Popular Participation in Development. E/ECA/CM.16/11, March 1990.

3. R.L. SKLAR and C.S. WHITAKER, African Politics and Problems in Development, Boulder, Col: Lynne Rienner Publishers, 1991; J.F. MEDARD (ed.), Etats d'Afrique: Formations, mécanismes et crise, Paris, Edition Karthala, 1991; Emeka NWOKEDI, "Democratic Transition and Democratization in Francophone Africa", Research paper, 1992, CODESRIA (Dakar); Pearl T. ROBINSON, "The National Conference phenomenon in Francophone Africa", Research Paper, 1992, CODESRIA ; Momar Coumba DIOP and Mamadou DIOUF "Statutory Political Successions : An Afterword", CODESRIA Bulletin (Dakar), n° 3 (1991), pp. 1-40 ; E. TERRAY (dir.), L'Etat contemporain en Afrique, Paris, L'Harmattan, 1987, 418 p.;

A. MBEMBE, "Traditions de l'autoritarisme et problèmes de gouvernement en Afrique subsaharienne", Afrique et Développement (CODESRIA), Vol. XVII, n° 1, -

1992, pp. 37-64. Comme le fait remarquer cet auteur «Contrairement à ce que Ton feint de croire, l'avortement du projet autoritaire en Afrique sub-saharienne doit très peu aux événements survenus en Europe Central et de l'Est en 1989-1990, même si, à l'évidence, il participe d'un temps mondial fort favorable au modèle libéral. De surcroit, cet avortement est en train de suivre un cours propre. Ce cours diffère sérieusement de ce que l'on a observé en Amérique du Sud et dans les anciennes démocraties populaires, que ce soit sur le plan interne ou du point de vue de ses impacts probables sur les rapports de force internationaux". (Italiques de l'auteur. p.

39); J.M. NZOUANKEU, "L'Afrique devant l'idée de démocratie», Alternative démocratique, n° 2, 1990, pp. 31-46.

4. V. E. NWOKEDI op. cit. note 3, pp. 2-5.

L'étude des transitions démocratiques en cours sur ce continent, infère l'absence de démocratie⁵. Il paraît dès lors indiquer de rechercher les éléments explicatifs ainsi que les circonstances ayant présidé à cette revendication pressante d'une démocratisation en Afrique.

Si l'on observe le pouvoir politique en Afrique c'est-à-dire en rechercher les paradigmes, mettre en perspective ses continuités et discontinuités dans les formes qu'il s'invente, on est frappé par certains phénomènes. Les Etats africains d'aujourd'hui, qui varient dans leur idéologie, leur développement économique ou dans le style de leur leadership, développent tous une gangrène dont la métastase risque d'avoir raison de l'ensemble. Cette gangrène, que l'on va subsumer en peu de mots, est ce que les webériens nomment le "néo-patrimonialisme". L'Etat néo-patrimonial⁶ se présente comme une excroissance de la prothèse posée par l'Etat colonial et que l'Etat africain s'est réappropriée en la consolidant depuis son retour à l'indépendance. Il faut rappeler que l'Etat colonial est un Etat "acéphale" car sa tête se trouvait à des

5. Sur le concept de "Transition", V. P.T. ROBINSON, op. cit., note 3, pp. 3 et ss.; F. WODIE "Problématique de la transition démocratique en Afrique", communication présentée à la 7e Assemblée générale du CODESRIA, Dakar, 10-14 février 1992, *Alternative Démocratique*, n° 6, juillet-décembre 1992, pp. 5-12. Selon l'auteur "la transition désigne le passage-graduel d'un état (situation) à un autre; elle décrit ce stade intermédiaire (interrègne) qui sépare autant qu'il unit les deux moments d'un temps, d'un même temps. La transition démocratique, en l'espèce, doit (devrait) relier deux moments d'une évolution démocratique, donnant à supposer que la situation actuelle, en Afrique, d'où part la transition, est démocratique; or, tel n'est pas le spectacle qui s'offre au regard de la généralité. La transition démocratique, et c'est ce qui en fait la difficulté, désigne, ici, la passage - continu d'un système posé ou supposé non-démocratique à un système proposé comme devant l'être. Le changement démocratique, qui est autant un changement par la démocratie que pour la démocratie, reçu comme nécessaire et inéluctable, nous est, par un tel énoncé, donné comme devant se réaliser sans solution de continuité, sans rupture de la situation ancienne (actuelle) à la situation nouvelle - voila la quadrature du cercle. La question devient celle de savoir comment un système non démocratique peut donner, naturellement, naissance à un système démocratique ? Comment le même peut-il engendrer l'autre ?" (p. 5).

6. V. Zaki ERGAS (ed.), *The African State in Transition*, London, Mac Millan Press, 1987 ; Richard JOSEPH, *Democracy and Prebendal Politics in Nigeria, The Rise and Fall of The Second Republic*, Cambridge University Press, 1987 ; Jean F. MEDARD (ed.), *Etats d'Afrique...* op. cit. note 3 ; J.F. MEDARD, "L'Etat post colonial en Afrique Noire: l'interprétation neo-patrimoniale de l'Etat", *Studia Africana*, Publicacio del centre d'estudis africans', Barcelona, février 1992, n° 3, pp. 125-133.

lieux d'Afrique. Il se présente comme un appareil purement autoritaire. Comme on a pu le faire remarquer, "les pratiques autoritaires, l'échec de la greffe de la démocratie libérale en Afrique noire ne renvoient pas à la persistance d'une culture traditionnelle dont la définition est au demeurant impossible, mais bel et bien au moment colonial et à la reproduction de son héritage au lendemain de l'indépendance. Les Africains en ont une conscience aigüe, qui citent volontiers les abus du travail forcé, le style de commandement de l'administration française, ou ses manipulations électorales. Mais les enseignements de l'histoire et de la science politique corroborent d'une certaine manière leur perception⁷.

Cet appareil autoritaire exerçait les deux compétences concurrentes sur le territoire de ses colonies: compétence sur le territoire ou le territoire comme chose et compétence à raison du territoire ou le territoire comme espace ; la maîtrise du territoire signifiant le contrôle des populations qui y résident et la "mise en valeur coloniale⁸.

L'Etat africain d'aujourd'hui, qui n'est ni traditionnel ni moderne, développe des pratiques patrimoniales qui alimentent certaines logiques dont les conséquences sont néfastes.

Ces pratiques dont la caractéristique essentielle est la confusion du domaine public et du domaine privé recouvrent le clientélisme, le patronage politique, la corruption, bref l'achat d'allégeance. Tandis que le clientélisme politique se donne pour objet l'échange de faveurs de nature politique au plan interpersonnel, le patronage vise un échange de soutiens ou des services politiques contre des faveurs d'un Etat ou d'une administration⁹. Le clientélisme est à la base de la création de factions politiques et à tendance à en faire un mode normal d'exercice de la compétition politique quel que soit le système partisan institué : parti unique, multipartisme ou régime militaire. Le patronage politique engendre quant à lui des fusibles sociaux ou de grands électeurs. Cette pratique

7. J.F. BAYART, "La problématique de la démocratie en Afrique noire. La Baule et puis après 8, *Revue Politique Africaine*, n° 43, octobre 1991, pp. 5-20 ; voir p. 6.

*Ibid. p. 8.

9. J.F. MEDARD, "L'Etat postcolonial...", *op.cit.*, note 6, p. 127-128.

permet au pouvoir politique de se créer des soutiens en tout genre. Elle se double le plus souvent de la corruption. Les logiques qui s'attachent à ces pratiques opérant une confusion consciente - c'est-à-dire le non respect de la distinction - entre le domaine public et le domaine privé sont la personnalisation du pouvoir et l'accumulation des ressources.

Le pouvoir n'est plus institutionnalisé, il est personnalisé dans la mesure où l'on ne distingue plus une personne de sa fonction. La position publique est l'objet d'une appropriation privée par son titulaire et ce, à tous les échelons du pouvoir. Le dirigeant politique peut ainsi se constituer un réseau personnel de pouvoir lui permettant de contrôler l'Etat. De même, chaque dépositaire ou attributaire de la moindre parcelle d'autorité publique la monaye à son profit. De la sorte, le pouvoir se concrétise dans l'attitude du commis ou de l'huissier pour ne pas aller loin. Ainsi, la recherche du pouvoir engendre-t-elle la logique de l'accumulation des ressources qui finit par avoir raison de l'éthique des hommes.

C'est ainsi que le pouvoir, la richesse et le prestige entretiennent une relation synchrone parce que l'accès au pouvoir devient un mode privilégié d'accès à la richesse. C'est pourquoi l'enjeu de la compétition politique en Afrique dépasse le cadre simplement politique. Les conséquences du néo-patrimonialisme sur notre continent sont franchement néfastes. L'Afrique n'a connu jusqu'ici que la modernisation de la pauvreté à la place du développement et une opacité dans la gestion des affaires publiques. Cette situation conduit inexorablement à ce qu'il est convenu d'appeler la "democrature"¹⁰ c'est-à-dire une dictature camouflée et une démocratie truquée. Autrement dit, un système où tous les contre-pouvoirs sont purgés de leur sens, où la participation des citoyens au processus de décision politique, social et surtout économique reste fictive.

10. V. LINIEZ-GOUMAZ, *La Democrature, Dictature camouflée el Démocratie truquée*, Paris, L'Harmattan, 1992.

L'autre phénomène est la faillite retentissante des Etats africains écrasés par les programmes d'ajustement structurel¹¹.

Si l'on ajoute à ces phénomènes le sort longtemps réservé aux droits de l'homme objet de "travaux pratiques..." et le renouvellement des élites de plus en plus informées donc de plus en plus exigeantes, on a quelques ingrédients des revendications en faveur de la démocratie. La question se pose alors de savoir pourquoi maintenant et pas avant ?

L'on peut remarquer que pendant la guerre froide, les puissances rivales étaient plutôt mues par le souci d'élargir le cercle de leurs alliances respectives sans tenir véritablement compte de la nature du régime de leurs alliés ou clients. La perspective s'est quelque peu déplacée de nos jours et l'occident veut des alliés ou clients plus présentables. Le "benign neglect" observé depuis quelques années a exacerbé la crise de légitimité manifeste ou latente de nombre de régimes africains en y installant un climat protestataire. Il faut rappeler qu'entre 1960 et 1990 l'Afrique a connu 67 coups d'Etat et qu'un régime qui s'installe par ce procédé a moins de préoccupation de légitimité que d'ordre. Et la perdurance de la contestation a obligé nombre de pays africains à entreprendre des réformes institutionnelles tendant à libéraliser la vie politique.

Avant d'examiner les formes de la transition (II), nous nous arrêtons sur les facteurs éclairants la transition démocratique en Afrique (I).

11. V. A. MBEMBE, *op. cit.*, note 3. L'auteur relève deux causes du dépérissement de l'Etat en Afrique "... d'une part, les dynamiques de la conditionnalité. Sous ce couvert, la tutelle exercée sur les Etats africains par les créanciers internationaux ne se limite plus à imposer le respect des grands principes et équilibrés macro-économiques. Dans la pratique, les régimes au pouvoir ont été peu à peu dépossédés d'une grande partie des attributs normaux de la souveraineté... d'autre part, les dynamiques de la violence. Ces dynamiques sont, elles mêmes, accentuées par l'aggravation de l'austérité économique, la montée des revendications politiques et des formes de répression utilisées par les régimes au pouvoir dans le but de contenir la vague protestataire" pp. 40-41. Voir également J.F. BAYART, A. MBEMBE, C. TOULABOR, *Le politique par le bas en Afrique noire : contribution à une problématique de la démocratie*, Paris, Karthala, 1992.

I. FACTEURS EXTERIEURS DE LA TRANSITION DEMOCRATIQUE EN AFRIQUE

Il faut distinguer ici les facteurs externes et ceux d'ordre interne.

A. FACTEURS EXTERNES

Avec la déliquescence du système communiste international, le discours a changé. Le monde entreprend la quête d'un nouvel ordre dont les principes sont en vérité introuvables. On semble s'orienter vers la démocratie libérale et la rationalité marchande. C'est ce qui ressort de la perception qu'offre l'environnement politique international, de l'attitude des puissances occidentales qui ne pouvant continuer à assumer la perfusion permanente des économies africaines ont préféré se dégager héroïquement en transférant la charge aux institutions de Bretton Woods, lesquelles développent une logique de conditionnalités dans le but de se voir rembourser les prêts qu'elles consentent aux Etats africains.

L'environnement politique international

Un phénomène nouveau est apparu en Afrique dans les années 1980, c'est la création progressive de sociétés civiles résultant d'initiatives concertées, à l'insu des Etats, des bailleurs de fonds intervenant sur notre continent. Le résultat est la prolifération des organisations non gouvernementales lesquelles camouflent admirablement leur jeu et qui peuvent se révéler comme une source redoutable de déstabilisation. Un autre élément réside dans la formation des leaders syndicaux. Il suffit pour s'en convaincre de voir le nombre de séminaires de formation financés par les bailleurs de fonds entre 1980 -1986.

En outre, les media internationaux ont amplifié leur couverture de l'Afrique et ne cessent d'"arroser" le continent d'informations qui le plus souvent sont défavorables aux régimes en place. De ce point de vue, on peut dire que les années 80 ont été marquées par l'irruption et le règne des "ondes courtes" en attendant les antennes paraboliques.

Au milieu des années 80, la libérisation politique en Afrique apparaît inéluctable. La mise en œuvre des programmes d'ajustement structurel¹² inaugure une ère d'instabilité politique avec les émeutes de la faim. La pression des militants des droits de l'homme s'accroît sur les bailleurs de fonds afin que ces derniers établissent des conditionnalités politiques dans le cadre de l'aide internationale. On observe en URSS la mise en place de la "perestroïka" et de la "glasnost" tendant à libéraliser le système, qui ne se préoccupe plus des alliés africains. A partir de 1988, les syndicats autonomes commencent à fleurir en Afrique et la marche de la libéralisation politique se précise avec la presse indépendante, le multipartisme, les organisations de droits de l'homme, les prises de position de l'église etc... La célébration du bicentenaire de la révolution française en juillet et la chute du mur de Berlin en novembre 1989 et surtout leur couverture médiatique semblent avoir un effet psychologique. Toujours est-il qu'à la fin de l'année 1990, vingt et un gouvernements africains avaient initié des réformes politiques tendant à libéraliser la vie politique¹³.

L'attitude des puissances occidentales

Les changements fondamentaux intervenus dans l'ordre politique international ont certainement contribué à une intensification de la quête d'une plus grande démocratie en Afrique. Il s'y ajoute que les principales puissances occidentales lesquelles ont des intérêts stratégiques en Afrique et qui sont étroitement associées aux choix économiques et politiques de nombre de pays africains ont fait des déclarations publiques en faveur de la libéralisation de la vie politique en Afrique. La France, la Grande-Bretagne, les Etats-Unis et la Belgique en ont même fait une conditionnalité pour leur aide bilatérale à l'avenir. On peut rappeler à ce propos le fameux discours de la Baule du Président français en juin 1990 à l'occasion du sommet des chefs d'Etat africains et français. Il

12. V. Momar Coumba DIOP, "The Politics of Structural Adjustment Programmes in Africa", CODESRIA Bulletin, n° 3 (1991) pp. 2-7.

13. Voir G. HYDEN and M. BRATTON (eds.), *Governance and Politics in Africa*, Boulder and London, Lynne Rienner Press, 1991, pp. 27-56.

faut dire que "les mutations de l'Union Soviétique et de l'Europe de l'Est, les émeutes, les manifestations et les grèves survenues dans un certain nombre de pays d'Afrique francophone, les déclarations contradictoires de MM. François MITTERRAND, Jacques PELLETIER et Michel ROCARD, d'une part, et de M. Jacques CHIRAC, de l'autre, durant l'année dernière (1989), ont rappelé la nécessité pour la France, de se donner une "doctrine" sur la démocratisation des systèmes politiques subsahariens. En réalité, cette prise de conscience est tardive. La crise des régimes de parti unique, la montée de la revendication démocratique libérale dans les nouvelles générations de cadres africains étaient sensibles dès la fin des années soixante¹⁴. Rappelons qu'à l'approche du sommet de la Baule, Amnesty International-France avait préparé un dossier sur les détentions et arrestations arbitraires, les exécutions sommaires et autres tortures dans des pays francophones d'Afrique. Une initiative comparable sera le fait de "Reporters sans frontières" une association de journalistes qui faisait état des mauvais traitements subis par leurs confrères africains. Les deux documents seront publiés au moment du sommet et se présentaient comme des pressions indirectes sur M. MITTERRAND lequel devrait saisir l'occasion du sommet pour annoncer que la France va lier son aide au progrès de la démocratisation¹⁵. Une attitude similaire sera observée au niveau des institutions financières multilatérales.

Les institutions de Bretton Woods

Le rapport de la Banque mondiale de 1989 intitulé. L'Afrique subsaharienne : de la crise au développement durable ajoute la conditionnalité de la libéralisation politique aux autres conditionnalités économiques: privatisation des entreprises publiques, économie libérale, gestion financière plus prudente, diminution du train de vie de l'Etat

14. J.F BAYART, "La Problématique...", op. cit., note 3, p. 5. Il faut rappeler ici la déclaration burlesque de M. CHIRAC faite au moment où se tenait la conférence nationale du Bénin et qui était sans doute destinée à soutenir le Président HOUPHOUET-BOIGNY par laquelle l'auteur caractérisait le multipartisme d'"erreur politique" pour les pays en développement et de "luxe" que des pays qui doivent "concentrer leurs efforts sur la croissance économique" ne peuvent se payer.

15. Voir le journal français Le Monde du 20 juin 1990, p. 5.

etc., dans le but de casser la patrimonialisation des Etats africains. La Banque espère ainsi faire de la démocratie un instrument privilégié de transformation économique. Il ne faut toutefois pas se méprendre sur le fait qu'elle a essentiellement en vue de se faire rembourser les prêts qu'elle est appelée à consentir ce faisant, elle est dans son rôle. Le problème est qu'"en s'acharnant à démanteler toutes les interventions étatiques dans l'économie (que celles-ci prennent la forme des contrôles, des subventions ou des protections) sans pour autant rendre l'Etat lui-même plus efficace et sans parvenir à lui assigner, positivement, de nouvelles fonctions, on l'a placé dans l'incapacité d'effectuer les arbitrages stratégiques et de définir la nature des compromis sociaux indispensables à tout passage conséquent à l'économie de marché en Afrique. En déplaçant le lieu des choix politiques, réglementaires et techniques, on n'a pas seulement transféré à des tuteurs internationaux (les bailleurs de fonds publics et parapublics notamment) les sources mêmes du pouvoir, de l'influence et de la légitimité. On a mis en place les conditions d'une déstabilisation interne¹⁶.

B. FACTEURS INTERNES

On peut les regrouper autour de la contestation en général, du rôle joué par les media et de la violence.

La contestation

La nature patrimoniale des Etats africains (dont la conséquence est la gabegie, la corruption etc) a conduit à la faillite économique retentissante de nos Etats avec son cortège de privations et l'instauration des programmes d'ajustement structurel. Cette situation a durci l'attitude des différentes forces sociales en proie à des frustrations de tous ordres. On assiste à partir de 1989 à une contestation en règle des régimes africains, et la détermination des oppositions politiques. La violence est observée au Kenya, au Gabon, en Cote d'Ivoire, au Togo, au Zaïre, au Zimbabwe, au Congo et connaît une intensité variable. Il apparaît que

16. A. MBEMBE, "Autoritarisme et gouvernement...", op. cit., p. 40.

c'est le mode de gouvernement lui même qui est contesté. Le clientélisme politique, la négociation et l'achat d'allégeance ne sont plus la panacée. On peut l'observer dans les différentes catégories sociales ou les corporations.

La colère des jeunes qui traditionnellement s'apparentait à une révolte de la faim que l'on gérait avec la baisse du prix des denrées de première nécessité s'exprime désormais par des revendications politiques très claires. Il suffit de se rappeler l'attitude de la jeunesse sénégalaise en 1988 qui s'est démarquée de tous les partis politiques et qui avait ses revendications propres.

L'attitude des jeunes au Gabon a nécessité l'intervention des troupes françaises. C'est également la colère des jeunes qui a eu raison du régime du Président Moussa TRAORE du Mali.

Le rôle des étudiants a été très important dans les mutations en cours au Bénin, en Cote d'Ivoire et au Zimbabwe.

On doit mentionner la fronde des barreaux qui ont joué un rôle important dans le domaine des droits de l'homme au Cameroun, au Togo et au Mali.

Un autre facteur important et nouveau en Afrique est l'attitude de l'église laquelle a fait preuve d'une indépendance inhabituelle face aux régimes africains allant parfois jusqu'à les dénoncer. Cela a été le cas en Cote d'Ivoire, au Cameroun, au Zaïre, à Madagascar, au Kenya, au Congo et au Benin. C'est ainsi que des évêques ont été nommés à la présidence des conférences nationales du Bénin, du Congo, du Zaïre et du Togo. Le phénomène des syndicats autonomes est également un facteur éclairant les mutations en cours. En effet l'offensive des syndicats, lesquels se sont montrés intransigeants sur la question des licenciements consécutifs à la mise en œuvre des programmes d'ajustement structurel, a révélé une volonté de mettre fin aux régimes autoritaires. Ce processus inattendu a engendré l'exigence du pluralisme démocratique dans nombre de pays africains. La profondeur et l'intensité de ces mouvements sociaux ont obligé les gouvernements africains à initier des réformes tendant à la démocratisation.

Le rôle de la presse

On a observé l'émergence d'une presse privée en Afrique qui est de plus en plus critique face aux gouvernements et dont les informations parfois très osées ont rendu les populations plus exigeantes. Des organisations régionales telles que l'Union des Journalistes de l'Afrique de l'Ouest (UJAO), créée en 1986 et dont le siège est à Dakar et qui regroupe des journalistes venant de seize pays d'Afrique de l'Ouest, se sont constituées dans le but de promouvoir une presse pluraliste et indépendante.

Il faut également relever l'influence des media étrangers (RFI, BBC, CNN, VOA etc...) dont l'attitude apparait parfois comme une forme de déstabilisation.

3. La violence

Nombre de pays africains ont connu des guerres civiles d'une violence inqualifiable. Certaines guerres perdurent. D'autres ont pu trouver une issue dans le processus démocratique sur une base conventionnelle. Il en est ainsi de l'Angola, du Mozambique, du Liberia, du Rwanda, du Tchad, de l'Ethiopie et de la Somalie.

Ces différents facteurs ont contribué au déclenchement du processus de transition démocratique en Afrique. Il nous faut maintenant examiner les formes de réalisation de celle-ci.

II. LES FORMES DE LA TRANSITION

La revendication tenace pour une démocratie plus grande en Afrique à la fin des années 80 a révélé la crise de légitimité de nombre de régimes avec la déliquescence de la structure du pouvoir et le dysfonctionnement des modes traditionnels de gouvernement. Le problème auquel les dirigeants africains avaient à faire face était d'instituer le pluralisme politique sans pour autant mettre en danger leur pouvoir. Certains pays ont choisi la voie de la conférence nationale pour instituer la transition démocratique tandis que d'autres ont fait valoir le système constitutionnel

existant pour y parvenir. Il est une dernière catégorie de pays africains qui ont choisi la voie de la création d'un ordre nouveau à la suite d'un processus violent¹⁷.

1. La Conférence nationale

La conférence nationale comme forme de transition démocratique peut s'analyser comme une rupture de la continuité dans un ordre constitutionnel donné et comme la volonté d'expression d'un pouvoir constitutionnel originaire. La similitude de cette forme de transition avec les états généraux français ayant engendré la révolution de 1789 est frappante. Ceci explique sans doute la réticence des pays africains qui ne sont pas influencés par la France à choisir cette voie. Le concept de conférence nationale souveraine comme moyen de transformation d'un régime politique est redevable aux thèses de Jean-Jacques ROUSSEAU relatives à la théorie de la souveraineté populaire et au droit à la résistance à l'oppression laquelle a été mise en œuvre par la révolution française. La réception en Afrique de la conférence nationale souveraine par les seuls pays francophones au moment de la célébration du bicentenaire de la révolution de 1789 est plus qu'un symbole¹⁸, et le rôle des intel-

17. Voir en outre S.P HUNTINGTON, *how Countries Democratize*, Political Science quarterly, vol (4) Winter 1991 pp. 568-610. L'auteur établit trois modes de transition démocratique: Transformation, replacement and Transplacement. Selon lui «Transformation occurs when the elites in power take the initiative to bring about democracy while replacement takes place after the opposition has initiated the collapse or the overthrow of a non-démocratic regime. Transplacement, on the other hand is the result of a joint active, through negotiation, between the government and the opposition groups».

18. Le Président Mathieu KEREKOU prit la décision de convoquer une conférence nationale au Bénin en décembre 1989. Celle-ci devait se tenir du 19 au 28 février 1990. Les délégués devaient déclarer la conférence souveraine. Ils ont dissous l'Assemblée nationale et enlevé au Président KEREKOU l'essentiel de ses pouvoirs. La conférence devait élire Nicéphore SOGLO Premier Ministre lequel devait organiser les premières élections pluralistes du pays qui le porteront à la Présidence du Bénin. La conférence nationale du Gabon s'est ouverte le 19 mars 1990 et s'est poursuivie pendant le mois d'avril 1990. Le Président BONGO accepta d'instituer le multipartisme et décida la tenue des élections législatives pour le mois d'octobre 1990. Cependant le pouvoir ne lui échappera pas à l'issue de la conférence nationale contrairement au Bénin.

lectuels a été déterminant¹⁹.

La conférence nationale comme forme de transition démocratique laisse quelque peu perplexe. Elle s'arroge d'emblée un pouvoir constituant originaire - sans que sa légitimité propre ne soit prouvée- en se proclamant souveraine. Cette attitude résulte sans doute de la compo-

La conférence nationale congolaise s'est ouverte le 25 février 1991 et se poursuivra jusqu'en juin de la même année. Les délégués déclarèrent la conférence souveraine et enlevèrent au Président D. Sassou NGUESSO son pouvoir. André MILONGO sera choisi comme Premier Ministre de la transition pour préparer les élections pluralistes qui porteront M. LISSOUBA à la Présidence de la République du Congo. La conférence nationale du Mali sera convoquée au mois d'aout 1991 c'est-à-dire quelques mois après la chute du Président Moussa TRAORE et son remplacement par M. Amadou Toumani TOURE. Les délégués devaient déclarer la conférence souveraine et nommer M. Soumana SACKO, Premier Ministre. La conférence décidait de tenir les élections présidentielles en février 1992. Celles-ci seront remportées par M. Alpha Oumar KONARE.

La conférence nationale Togolaise s'est tenue en juillet et aout 1991. Le Président EYADEMA devait accepter la mise sur pied d'une nouvelle constitution et la convocation d'élections pluralistes pour juin 1992. Nombre d'attributions du Président seront transférées au Premier Ministre Joseph Kokou KOFFIGO. Le Togo n'a cependant pas pu tenir les élections fixées par la conférence. Le pays est l'objet de violences politiques singulières et le processus de transition est encore fragile. La conférence nationale du Niger s'est tenue du 29 juillet au 3 novembre 1991. Elle sera déclarée souveraine. La constitution est suspendue, et l'Assemblée nationale dissoute. La conférence a enlevé au Président Ali SAIBOU ses pouvoirs et nomme M. Amadou CHEIF-FOU Premier Ministre. Les élections présidentielles et législatives sont prévues en 1993.

La conférence nationale du Zaïre s'est tenue en aout-décembre 1991. Elle sera suspendue. Les travaux reprendront le 12 décembre 1991 et connaîtront une nouvelle impasse. Le pays devait faire face à une crise politique. La conférence nommera à sa Présidence Mgr. Pasinya MON-SENGNC) et reprendra ses travaux en 1992. Elle nommera en novembre 1992 M. Etienne TCHISEKEDI au poste de Premier Ministre. Toutefois, le pays connaît encore une tension politique qui peut avoir raison du processus démocratique.

19. Voir dans le cas du Benin le rôle de M. Albert TEVOEDJRE, dont le centre (Centre Panafricain de Prospective sociale) devait organiser du 21 au 24 novembre 1989 un colloque international sur "L'Afrique et la Révolution française : Leçons pour le 21e siècle", et M. Paulin HOUNTONDJI. Commentant ces activités, l'auteur Pearl T. ROBINSON, "The National Conference...1", op. cit., note 3, observe p. 12 "By staging events such as these, transnational political activists mined the historical legacy of the 1789 Estates-General and began to incorporate its well-known schematic structure into their own struggles for political reform. During a brief interlude, the salience of the revolutionary narrative made the link between a national conference and popular sovereignty at once conceptually compelling and politically viable- especially in francophone cultures. On the strength of this history, popular sovereignty became the legitimizing rationale for stripping a ruler of his power and dismantling the institutions of his rule". Voir en outre pp. 13-14.

tion des délégations à la conférence nationale et qui traduit une certaine représentativité à un moment où le régime contesté doit faire face à une crise de légitimité. Si l'on examine le mode de désignation des délégués lesquels sont nommés soit par le pouvoir en place ou par les "forces vives", on s'aperçoit qu'ils ne sont pas élus au suffrage universel. Et malgré ce fait important, ils déclarent exercer le pouvoir souverain c'est-à-dire irréprouvable au nom du peuple. L'exemple assez troublant du Niger doit faire réfléchir. Sur 1204 délégués à la conférence nationale, la population rurale qui représente près de 90 % de la population nationale n'avait guère que 64 représentants dotés du simple statut d'observateurs.²⁰

Toujours est-il que le système de la conférence nationale a eu la faveur du plus grand nombre avec le précédent béninois qui a fait école. Il procède quoi qu'on en dise d'une logique de subsidiarité s'adressant à des élites fondamentalement minoritaires. Il n'est pas sûr que dans des pays où le néo-patrimonialisme est solidement ancré, avec son cortège de corruptions et de clientélismes en tout genre, la conférence nationale puisse générer l'alternance.

La conférence nationale n'est pas la panacée universelle même si elle permet là où elle a réussi une certaine stabilité politique et une dévolution pacifique du pouvoir. Déjà moins d'une année après son accession à la Présidence de la République par cette voie, le Président Nicéphore SOGLO du Bénin est accusé de népotisme et de corruption et l'attitude de son épouse est dénoncée. Son gouvernement menacerait les libertés fondamentales y compris la liberté de la presse et le droit de grève²¹.

20. Voir E. NWOKEDI, *op. cit.*, note 3, p. 13. L'auteur note "IF politics is the vocation of the elites, the correct interpretation of active forces is then that all the groups politically significant in society by virtue of their capacity to provide alternation have assumed sovereignty. This act enjoys wide support among the population outside the patrimonial constituency of the leadership because they are the victims of the excesses of his authority".

21. Voir *Jeune Afrique* n° 1629 du 26 mars-1er avril 1992 pp. 22-24, l'article intitulé "Nicéphore SOGLO : L'an I dans la douleur"

Au Mali comme au Niger, les conférences nationales se sont employées à dénoncer les violations des droits de l'homme commises par les régimes précédents à l'encontre des touaregs. Les gouvernements de transition issus des conférences nationales dans ces deux pays se sont pourtant retrouvés impliqués dans les affrontements armés avec la rébellion touareg²².

C'est sans doute les militaires qui remettent le plus en cause la légitimité du processus de transition démocratique dans nombre de pays africains. Le Général EYADEMA du Togo n'a en fait jamais accepté le résultat des délibérations de la conférence nationale dans son pays. Et en décembre 1991 déjà il le faisait comprendre en exigeant un arrangement de partage du pouvoir avec le gouvernement de la transition en suscitant une série d'interventions militaires tendant à déstabiliser le pays²³. Il faut dire que son ethnie, les Kabyé, est la plus représentée, la mieux entraînée et bénéficie de plus de moyens au sein des Forces Armées Togolaises (FAT).

Au Niger, une mutinerie militaire au mois de février 1992 devait obliger le Premier Ministre CHEIFFOU à se résoudre à trouver des financements destinés à payer les arriérés de salaires dus à l'armée et à libérer deux officiers emprisonnés sur ordre de la conférence nationale pour leurs rôles dans les massacres de Tchintabaraden²⁴. Dans le même temps au Congo²⁵, une tentative de déstabilisation est observée aboutissant au limogeage du Ministre de la Défense après que celui-ci eut essayé de changer le Chef de l'Etat-major des armées. L'armée défiait ouvertement les autorités issues de la conférence nationale et leur interdisait toute immixtion dans ses affaires. Elle devrait tenir ses propres Etats-généraux en mars 1992.

22. Au mois d'avril 1992, les autorités de la transition au Mali ont signé un accord de paix avec les représentants des touaregs. Cependant des attaques sporadiques des touaregs se poursuivent dans la région de Tombouctou. En ce qui concerne le Niger, la situation est plus tendue. On observe des attaques plus soutenues du Front de l'Air et de l'Azawad dans la région de Tchintabaraden.

23. Voir Francis KPATINDE, "Tension persistante au Togo", *Jeune Afrique*, n° 1621 du 30 janvier - 4 février 1992.

24. Voir F. KPATINDE, "Paix des braves à Niamey", *Jeune Afrique*, n° 1632, 16-22 avril 1992, pp. 24-25.

25. Jean Bruno THIAM, "Congo : après les états-généraux de l'armée", *Jeune Afrique*, n° 1629, 26 mars - 1er avril 1992, pp. 26-27.

La conférence nationale comme forme de transition démocratique, si elle a suscité beaucoup d'espairs avec le précédent béninois, elle doit être aujourd'hui regardée avec circonspection. Ce parce que nombre de dirigeants africains s'y opposent d'une façon ou d'une autre et que surtout les gouvernements de transition qui en sont issus rencontrent toutes les difficultés du monde - en particulier matérielles - pour mettre en œuvre les décisions issues des conférences nationales.

Nombre de dirigeants s'y sont opposés et ont fait valoir le système constitutionnel existant comme forme de transition démocratique dans leur pays²⁶.

2. La voie constitutionnelle

L'idée que la transition démocratique peut être instituée sans recourir à la conférence nationale est fondée et a été démontrée en Afrique dans des pays comme le Cap-Vert, la Zambie et Sao Tome et Principe. En parvenant à l'alternance démocratique ces pays ont mis en œuvre la forme la plus satisfaisante de la transition démocratique, on devrait dire la démocratie tout court²⁷.

Il en va autrement des autres pays africains ayant choisi la voie constitutionnelle pour arriver à la transition démocratique. Leurs dirigeants ont été effrayé par certains aspects des conférences nationales. D'abord le fait que dès leur ouverture ces conférences se déclarent souveraines et remettent, par cette attitude, en cause la légitimité des Présidents en fonction en leur enlevant l'essentiel de leurs pouvoirs. Ensuite, la mise en procès du régime de façon véhémement à l'instar du Benin et du Congo. Enfin et surtout, le fait d'accepter par avance la défaite ou la

26. C'est le cas du Burkina Faso, de la Cote d'Ivoire et du Cameroun.

27. Il est à remarquer qu'aucun pays francophone d'Afrique n'a connu l'alternance par la voie constitutionnelle à ce jour.

retraite politique ou encore la cohabitation avec un Premier Ministre ayant plus de pouvoirs et une ambition politique non dissimulée.

Les deux exemples de refus de la conférence nationale les plus significatifs sont ceux de la Côte d'Ivoire et du Cameroun. Les Présidents HOUPHOUET-BOIGNY et BIYA sont connus pour leur opposition au système multipartite. Ils ont cependant dû s'y résoudre à cause des pressions à la fois internes et externes. C'est alors qu'ils ont fait valoir que le pluralisme politique pouvait être recherché à travers leur constitution respective et que les dirigeants politiques étaient dûment élus et respectaient l'Etat de droit. Et que dans ces conditions la transition démocratique devait simplement signifier le passage d'un Etat de parti unique de fait à un système multipartisan. Ces dirigeants ont mis en exergue le fait qu'ils ont commencé l'ouverture politique dans leur pays des années 80 et ne pouvaient donc être regardés comme des régimes autoritaires, à soumettre à la conférence nationale.

L'on peut relever qu'en Côte d'Ivoire, le principal parti de l'opposition (le FPI de M. GBAGBO) n'était pas pour la convocation d'une conférence nationale contrairement à d'autres formations de l'opposition ivoirienne. M. GBAGBO pensait pouvoir remporter les élections. La démocratisation par la voie constitutionnelle apparaît en Côte d'Ivoire comme la résultante du refus de la conférence nationale par le Président HOUPHOUET-BOIGNY et l'attitude de l'opposition peu intransigente en ce sens. Toujours est-il que les élections pluralistes tenues par la suite verront la victoire du Président HOUPHOUET-BOIGNY et de son parti, le PDCI, et l'arrivée de l'opposition (FPI; PIT) à l'Assemblée nationale. Celle-ci devait dénoncer les fraudes massives perpétrées par le PDCI et demandera par la suite la convocation d'une conférence nationale pour asseoir les bases d'une transition démocratique digne de ce nom²⁸.

La situation au Cameroun révèle une division de l'opposition sur la question de la conférence nationale. Le front social démocrate et les partis non représentés à l'Assemblée nationale appelaient à la conférence

28. L'on a pu observer une attitude similaire de l'opposition gabonaise après les Elections dans ce pays. Ce genre d'attitude ressemble à un combat d'arrière garde et laisse l'amère impression que l'opposition est mauvaise perdante; même si les fraudes en question sont réelles et prouvées.

nationale tandis que l'Union Nationale pour la Démocratie et le Progrès (UNDP) qui est l'opposition officielle à l'Assemblée préférerait se concentrer sur les élections d'octobre 1992. L'opposition devrait mener une campagne - à travers les "villes mortes" - pour obtenir la démocratisation du régime du Président BIYA, obligeant ce dernier à convoquer une réunion tripartite en novembre 1991 pour venir à bout de la crise politique. Il ne s'agissait pas d'une conférence nationale souveraine mais le gouvernement, les 40 partis politiques et des personnalités indépendantes (chefs traditionnels, industriels, représentants de l'église) devaient rechercher les solutions pour arriver à un processus démocratique au Cameroun. Un accord sera trouvé sur des questions très importantes qui agitaient le pays: suppression du commandement militaire dans les provinces ; révision de la constitution ; révision du Code électoral, amnistie pour les détenus politiques etc. Cette situation devait permettre plus tard la tenue d'élections présidentielles anticipées dans le pays en octobre 1992 lesquelles ont été remportées par le Président BIYA. Cependant, cette victoire a été singulièrement contestée par l'opposition camerounaise et par les observateurs étrangers notamment ceux mandatés par le "National Democratic Institute" (NDI) américain. Le principal adversaire du Président BIYA, M. John Fru NDI est assigné à résidence et le pays est en état d'urgence²⁹. Cet exemple camerounais donne à penser que le processus démocratique n'est jamais acquis et que la transition démocratique d'un jour peut bien se muer en transition autoritaire.

Il est une autre forme de transition plus récente en Afrique. Elle consiste à créer un ordre nouveau à la suite d'un processus de violence.

Création d'un ordre politique nouveau

C'est une forme de transition démocratique que l'on observe depuis quelque temps en Afrique dans des pays qui étaient déchirés il y a peu encore par la guerre civile et des violences en tout genre. L'économie de cette forme de transition consiste en la négociation d'accords de paix et en la mise sur pied de constitutions destinées à faciliter le partage du pouvoir ou à traduire la victoire militaire sur le terrain.

29. Face à cette situation, le gouvernement américain a rappelé son Ambassadeur au Cameroun et suspendu son aide à ce pays.

Cela a été le cas en Angola ou après seize années de guerre civile, les principales factions belligérantes, le MPLA et l'UNITA ont pu conclure un accord de paix au terme duquel des Elections seraient organisées dans le pays et un processus démocratique institué. Les élections ont eu lieu et ont été remportées par le Président sortant DOS SANTOS. Son rival M. SAVIMBI a contesté le résultat; ce qui a engendré une nouvelle crise politique. Mais avec la médiation des Nations Unies en novembre 1991, la situation semble s'améliorer et l'on s'achemine vers une solution avec l'entrée des partisans de M. SAVIMBI au gouvernement.

Le Mozambique a connu un processus similaire. Le gouvernement de ce pays a pu signer un accord avec la RENAMO, qui est un mouvement rebelle soutenu par l'Afrique du Sud, à Rome en octobre 1991 par lequel les parties conviennent de mettre sur pied une constitution prévoyant le multipartisme. Cet accord a permis au pays de connaître une certaine stabilité depuis un an mais le processus est encore fragile et le pays attend de tenir ses premières élections pluralistes. En outre, il existe des bandes armées incontrôlées dans le pays.

En Ethiopie, la rébellion a fini par avoir raison du régime du Président Mengistu Hailé MARIAM. Le pays s'est doté d'une constitution qui structure le pouvoir autour des ethnies. Cette approche originale a été quelque peu affaiblie par l'entrée en dissidence de l'URIMO qui est l'une des principales forces politiques du pays.

Au Liberia et en Somalie, la violence n'a pu être gérée de l'intérieur et sa perdurance et les atrocités qui en découlent ont décidé les institutions internationales à intervenir. Dans le cas du Libéria, un mécanisme de sécurité collective a été déclenché dans le cadre de la CE-DEAO avec l'envoi de l'"Ecomog Monitoring Group (ECOMOG)". Le mécanisme s'est transformé en une opération de maintien de la paix avec le processus dit de Yamoussoukro. Le système prévoit le désarmement des factions belligérantes et la tenue d'élections pluralistes. Il faut dire que les résultats jusqu'ici obtenus sont très peu probants et la violence continue.

En ce qui concerne la Somalie, la situation était devenue préoccupante au point que le Conseil de Sécurité de l'ONU a décidé d'une intervention³⁰ destinée à ramener le calme et à permettre aux populations de bénéficier de l'assistance humanitaire. Le but est d'arriver à terme à instituer un processus de transition démocratique. Sans être hypothétique, cet objectif sera réalisé avec beaucoup de difficultés vu l'état de déchirement de ce pays.

Le processus de transition démocratique que l'on tente d'instaurer un peu partout en Afrique est une œuvre de longue haleine. Il va nécessiter la participation loyale de tous les auteurs à la définition et à la conformation à des règles et à des attitudes qui ne sont pas innées. C'est dire que la démocratie est une quête continue qui devra s'employer à surmonter des obstacles et à relever des défis.

L'obstacle important se trouve être la culture démocratique dont l'apprentissage est fondamental. Un dirigeant autoritaire aura toutes les peines du monde à accepter la contradiction, à devenir véritablement démocrate. Ce problème justifie la nécessité de contre-pouvoirs pour contenir les dérives toujours possibles et la participation de tous les citoyens. De ce point de vue, la démocratie doit s'inventer des formes et des moyens d'actions qui soient en adéquation avec les structures mentales et sociales dans chaque pays. L'Afrique a besoin de lieu propre ("Standpoint") à partir duquel se pense la démocratie. Les institutions classiques doivent être reçues utilement et non plaquées.

Le défi majeur à relever touche à l'objet même de la démocratisation c'est-à-dire le bien être des populations. Celui-ci passe en Afrique par le démarrage économique véritable sans lequel les tentatives en cours peuvent se révéler illusions couteuses.

La démocratie entretient avec le développement et la paix des relations synchrones. La paix sans laquelle le développement est impossible ; le développement sans lequel la démocratie est illusoire et la démocratie sans laquelle la paix devient violence.

30. Voir Résolution 794 du Conseil de Sécurité sur la Somalie (décembre 1992).

Law of the Sea, From Grotius
to the International Tribunal
for the Law of the Sea

Liber Amicorum Judge Hugo Caminos

Edited, by
Lilian del Castillo
Honorary Board of Editors
Marcelo G. Kohen
Francisco Orrego Vicuna
Bernard H. Oxman
Tullio Treves
Rudiger Wolfrum

BRILL
NIJHOFF

LEIDEN | BOSTON
pp. 622 - 653

**LES AVIS CONSULTATIFS DU TRIBUNAL INTERNATIO-
NAL DU DROIT DE LA MER**

C'est avec un plaisir tout particulier que nous rendons hommage à notre Cher Collègue Hugo Caminos que j'ai appris à connaître après quinze années passées au Tribunal international du droit de la mer : Travailleur infatigable à la courtoisie exquise.

La fonction consultative apparaît aujourd'hui comme une pièce de musée à restaurer exigeant du juriste qu'il joue le rôle de l'archéologue à une période où l'on note une désertion du prétoire international. L'on peut y voir une procédure de repli, de règlement pacifique des différends, moins contraignante que la procédure contentieuse devant les juridictions internationales. Pourtant, le recours au règlement judiciaire international - CPJI/CIJ - et à l'arbitrage a été considéré, il y a plus d'un siècle, comme une étape décisive du droit international. Cependant, si l'on observe l'attitude des Etats face au règlement judiciaire international des différends, on s'aperçoit que les aspérités sont tenaces¹.

C'est à croire que la répugnance des Etats à l'égard du règlement juridictionnel est inhérente à la structure même de la société internationale travaillée par des processus politiques et où les intérêts individualistes des Etats sont omniprésents. Ceci explique le sous-emploi des juridictions internationales. L'on a souvent débattu des causes de cette posture des Etats en accusant la composition des juridictions permanentes, la lourdeur et le coût de la procédure ainsi que sa lenteur, les incertitudes ou les divisions relatives au contenu du droit applicable etc.

De nos jours, on parle beaucoup de la fragmentation du droit international et des soi-disant risques qu'entraînerait la prolifération observée des juridictions². On peut dès lors comprendre les nombreuses réserves que les Etats assortissent, par exemple, à leur déclaration d'acceptation

1.. Virally, « Le champ opératoire du règlement judiciaire international », RGDIP, Tome LXXXVII, (1993): 281-314.

v. "The Future of International Judicial Institutions", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol 44 (1995).

de la juridiction obligatoire lesquelles finissent par les purger de leur sens. L'on note ainsi la place qu'occupe le consentement des Etats parties au différend. En effet, les Etats considèrent comme un attribut fondamental de leur souveraineté le droit de refuser d'être attrait devant un tiers. Lorsqu'un demandeur fait valoir un mécanisme de juridiction obligatoire, il est rare que le défendeur ne tente de s'y soustraire et c'est pourquoi les procès relatifs aux conditions d'exercice de la juridiction sont prolifiques dans l'ordre international³. Et la Cour internationale rappelle souvent ce qu'elle nomme « l'un des principes fondamentaux de son statut » d'après lequel « elle ne peut trancher un différend entre les Etats sans que ceux-ci aient consenti à sa juridiction² » .

La règle d'or de la politique juridique des Chancelleries a toujours été que le juge international ne doit être saisi que de différends 'exclusivement juridiques' c'est-à-dire insusceptibles de générer une crise interne et qui ne causent pas de soucis majeurs aux décisions politiques. La juridiction internationale peut même permettre de surmonter l'impasse de négociations difficiles ou faire admettre à l'opinion publique une décision impopulaire. Autrement dit, les différends portés devant le juge international apparaissent le plus souvent comme mineurs.

Un autre problème important est celui dit du risque judiciaire inhérent au règlement des différends par les procédures juridictionnelles. Ce risque est égal³ pour toutes les parties et les Etats ne le supportent pas car s'il est un fait que les décisions des juridictions internationales sont

3. Comme l'écrit le Juge M. Bedjaoui, « dans le cas d'une introduction d'instance par voie de requête, le défendeur commence presque toujours par contester la compétence de la Cour, exception souvent assortie d'une mise en cause de la recevabilité de la requête » in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, ed. Mélanges Michel Virally (Paris ■ Pedone, 1991), 87-107, sp4c. 89. Voir en outre, T. M. Ndiaye, « La recevabilité devant les juridictions internationales » in *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of disputes*, ed. Ndiaye & Wolfram (Leiden/Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2007), 249-295.

4. Aff. Du Timor Oriental, CIJ, Rec 1995, p, 101, para. 26; voir aussi Aff. Qatar/Bahrein, CIJ, Rec. 1995, p. 23, para. 43.

5. Comme le remarque le Pr. Reuter, « c'est la libre acceptation de ce risque judiciaire qui est la source la plus profonde de l'autorité des sentences... [et]... quoi que l'on fasse, quelle que soit la qualité du recrutement des arbitres ou des juges, quelle que soit la multiplication des degrés de juridiction et de recours, le risque subsiste ». Pr. Reuter, *La motivation et la révision des sentences arbitrales à la Conférence de la Paix de 1899 et le conflit frontalier entre le Royaume Uni et le Venezuela* (La Haye: M. Nijhoff, 1968), 245.

revêtues de l'autorité de la chose jugée⁶, elles peuvent différer dans la détermination du droit applicable ou l'appréciation des faits. Il est vrai que, pour certains types de différends - en matière de délimitation maritime, par exemple - la prévisibilité du résultat de l'instance est pratiquement impossible⁷. Cette prévisibilité constitue pourtant l'une des vertus majeures du processus judiciaire⁸.

Deux décennies après ce qu'on a appelé la 'fin de la guerre froide', on aurait pu penser à l'avènement d'une véritable justice internationale. Le monde est aujourd'hui privé des clivages qui lui servaient de points de repères - Est/ Ouest, Nord/Sud. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer apparaît elle-même, par certains de ses aspects, comme un produit de la guerre froide en abritant les intérêts des différentes catégories d'Etats⁹. La faiblesse de l'activité du Tribunal international du droit de la mer doit être examinée à la lumière des différents facteurs relevés plus haut et à celle du nombre ainsi qu'à la diversité des engagements de recourir au Tribunal par les Etats¹⁰. Le nombre est assez insatisfaisant même s'il n'est pas négligeable. Il est vrai que d'autres instruments multilatéraux prévoient le recours au Tribunal et couvrent les domaines les plus divers¹¹. A la date du 16 décembre 2009, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer compte 160 Etats

6. Sentence arbitrale du 11 mars 1941 rendue en l'Affaire du Trail Smelter, N.U. Recueil Des Sentences Arbitrales, Vol. III, 1950 ou on peut lire "That the sanctity of res judicata attached to a final decision of an international tribunal is an essential and settled rule of international law".

7. Il suffit de penser à deux notions voisines : la 'zone pertinente' et les 'cotes pertinentes' pour la délimitation et les problèmes liés à sa détermination et à son utilité. Pour la détermination, le juge se réfère à la volonté des Parties telle qu'exprimée dans le compromis ou telle qu'elle ressort de leurs plaidoiries [Aff. Golfe du Maine, Paragraphe 5 ; Aff. Franco-canadienne, 1992, paragraphe 35]. Quant à l'utilité, elle se pose en raison de l'existence de la notion de 'cotes pertinentes'. Celles-ci se définissent comme étant les seules cotes par le biais desquelles un chevauchement de titres existe. Seulement, dans la réalité, les choses sont autrement plus complexes. [Voir l'Aff. Libye/Malte, paragraphe 74] ou la Cour dit : « Le contexte géographique rend la marge de détermination des cotes pertinentes et des zones pertinentes si large que pratiquement n'importe quelle variante pourrait être retenue ». Voir aussi, E. Zoller, « Commentaire de l'Affaire de la délimitation des espaces maritimes de Saint-Pierre-et-Miquelon », AFDI (1992) : 484 qui parle de « d'anarchie qui prévaut depuis 1982 dans le droit des délimitations maritimes ».

8. Voir Derek Bowett, sur la "Predictability in the legal process", RCADI, 1983-11, tome 180, 191-203.

9. Symbolisée par la chute du mur de Berlin le 9 Novembre 1989.

10. Voir Part 287; partie XI et l'Accord relatif à l'application de la partie XI, adopté le 28 juillet 1994.

11. Id. Traités multilatéraux : Guide des traités multilatéraux et autres instruments internationaux relatifs à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

Parties. Une trentaine d'Etats ont fait la déclaration relative au choix de la procédure en faveur du Tribunal. Ce qui signifie que 130 Etats ont choisi l'arbitrage par leur silence, par le jeu de la procédure obligatoire par défaut¹². L'on comprend, dès lors, l'engouement observé au sein des organes politiques traitant du droit de la mer pour la fonction consultative¹³ du Tribunal.

Sur l'origine du concept, il faut rappeler qu'aux termes de l'article 14 du Pacte de la Société des Nations, la Cour permanente de justice internationale n'était pas seulement appelée à rendre des arrêts. Elles s'était vu reconnaître la possibilité de donner des avis consultatifs sur tout différend ou tout point dont elle était saisie par le Conseil ou par l'Assemblée.

Les premières rédactions du Pacte, en particulier, le fameux projet du 14 février 1919, ne contenaient aucune disposition à ce sujet. C'est la délégation française, désireuse de prévoir un moyen de trancher les difficultés susceptibles de s'élever en ce qui concernait l'interprétation du Pacte, qui avait proposé de confier à la future Cour permanente la mission de connaître de toute question soumise par le Conseil ou l'Assemblée relativement à « toute question soulevée par l'interprétation du Pacte ». Appuyée par Lord Cecil, cette proposition se heurta aux objections de la délégation italienne ; laquelle préférait laisser l'interprétation du Pacte aux organes chargés de l'appliquer, c'est-à-dire essentiellement au Conseil et à l'Assemblée¹⁴.

En définitive, la disposition fut insérée dans le Pacte avec l'appui de la délégation américaine. Cependant, aucune disposition spéciale du statut ne lui fut consacrée¹⁵; l'Assemblée ayant rejeté la suggestion du Comité de juristes tendant à différencier la composition de la Cour suivant que celle-ci était appelée à donner son avis sur un point de droit in-

12. En effet, l'art. 287 de la convention dispose en son § 3: « Un Etat Partie qui est partie à un différend non couvert par une déclaration en vigueur est réputé avoir accepté la procédure d'arbitrage prévue h l'annexe VII ».

13. Voir infra, le Tribunal plénier.

14. V. Ch. Rousseau, *Droit international public*, Tome V (Paris: Sirey, 1983), 421.

15. Voir Statut de la CPIJ du 16 décembre 1920, SERIE D, n° 1.

ternational ou sur un différend né et actuel. L'Assemblée était d'avis qu'il était impossible d'asseoir une démarcation précise entre les différends et les points de droit dans la mesure où la question théorique d'aujourd'hui peut devenir le différend de demain.

Dans le système de la SDN, la demande d'avis consultatif ne peut émaner que du Conseil ou de l'Assemblée. L'institution de la procédure consultative a été maintenue par les rédacteurs de la Charte des Nations Unies lesquels ont étendu le nombre des organes admis à demander des avis à la Cour internationale et ont ramené la procédure à une consultation dépourvue d'effet obligatoire. Il faut distinguer les organes directement habilités par la Charte des Nations Unies et les institutions spécialisées habilitées par l'assemblée générale. En effet, selon l'article 96 de la Charte, non seulement l'assemblée générale et le Conseil de sécurité des Nations Unies peuvent demander un avis à la cour internationale de justice, mais encore tous les autres organes de l'ONU et toute institution spécialisée qui y aurait été autorisée par l'assemblée générale¹⁶.

L'Assemblée générale et le Conseil de sécurité peuvent interroger la Cour sur « toute question juridique », tandis que les autres organes habilités ne peuvent la saisir que de « questions juridiques qui se poseraient dans le cadre de leurs activités ». La Cour internationale de justice est ainsi investie d'une fonction consultative comme sa devancière.

Les Etats ayant seuls qualité pour se présenter devant la CIJ, les organisations internationales publiques ne peuvent être en tant que telles parties à aucune affaire contentieuse devant le Cour. En revanche, la procédure consultative est ouverte à ces organisations et à elles seules devant le Cour. Il en va différemment du Tribunal international du droit de la mer en raison de l'attelage institutionnel qui résulte de la Convention de Montego Bay.

La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer institue différents organes : l'autorité internationale des fonds marins, la Commission sur les limites du plateau continental et le Tribunal international du droit de la mer.

16. Organes de l'ONU : Assemblée générale ; Conseil de sécurité ; Conseil économique et social ; Conseil de tutelle ; Commission intérimaire de l'assemblée générale. Institutions spécialisées : OIT, FAO, UNESCO, OMS, BIRD, SFI, AID, FMI, OACI, UIT, OMM, OMI, OMPI, FIDA, ONUDI, organisation apparentée : AIEA. r8 Art. 287 de la CNUDM.

Le Tribunal est institué comme une organisation internationale autonome au sein du système des Nations Unies. Il y a une différence fondamentale par rapport à la CIJ, qui réside dans la place qu'occupe le Tribunal parmi les organes traitant du droit de la mer, comparée à celle qui revient à la CIJ dans le système des Nations Unies. En effet, la CIJ est un organe principal de l'ONU aux termes de l'article 7 de la Charte des Nations Unies et l'article 92 dispose qu'elle « constitue l'organe judiciaire principal des Nations Unies...».

Le Tribunal, quant à lui, bien qu'institué par la Convention de Montego Bay¹⁷, n'est intégré à aucun des organes établis par celle-ci. Il bénéficie d'un statut d'organe indépendant. Et ce, en dépit du fait que la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins, instituée par l'article 186 de la Convention, soit elle-même intimement liée à l'autorité internationale des fonds marins sans être un organe de celle-ci.

Il faut rappeler que la question de la mise sur pied du Tribunal du droit de la mer a été à l'ordre du jour depuis 1969. A dire vrai, l'on a pensé longtemps que parmi les organes de ce qui deviendra plus tard l'autorité internationale des fonds marins, il y aurait un Tribunal. L'idée ne sera abandonnée qu'en 1977¹⁷. Le problème qui se posait était celui de savoir s'il fallait créer un organe judiciaire indépendant pour traiter des questions du droit de la mer en général ou se limiter aux différends relatifs à l'exploitation de la zone internationale des fonds marins devenue la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. La Conférence décida de créer un nouvel organe judiciaire, le Tribunal international du droit de la mer, indépendant avec un statut annexé à la Convention. Parce qu'elle est autonome, la nouvelle juridiction avait besoin d'un certain nombre d'arrangements administratifs pour voir le jour. Le Tribunal a son propre budget et ses organes : l'organe judiciaire composé des membres du Tribunal, le Greffe et la réunion des Etats Parties laquelle est convoquée en vertu de l'article 319 de la Convention.

La fonction consultative du Tribunal est exercée par la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins en vertu de la

17. Art. 159, paragraphe 10 de la Convention.

Convention (I). La Chambre a rendu, le 1^{er} février 2011, son premier avis consultatif sur «les Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone » (II). Mais le Tribunal en formation plénière peut donner des avis fondés sur d'autres accords internationaux (III).

La Chambre des Fonds marins

Normalement, la procédure consultative est ouverte aux organisations Internationales et à elles seules. Le mécanisme ne comporte ni réclamation, ni parties. C'est pourquoi la voie de la requête est le seul mode de saisine de la Chambre par les organes habilités à demander des avis, (A) dans des matières spécifiées (B).

Organes directement habilités par la Convention

L'assemblée

La Convention prévoit¹⁸ que lorsque le Président est saisi par un quart au moins des membres de l'Autorité d'une requête écrite tendant à ce que l'assemblée demande un avis consultatif sur la conformité avec la convention d'une proposition qui lui est soumise au sujet d'une question quelconque, l'Assemblée demande un avis consultatif à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer. Le vote est reporté jusqu'à ce que la Chambre ait rendu son avis. La Chambre des fonds marins donne également des avis consultatifs, à la demande de l'Assemblée sur les questions juridiques qui se posent dans le cadre de ses activités¹⁹.

Le Conseil

L'autre organe habilité à demander un avis consultatif à la Chambre des fonds marins est le Conseil de l'Autorité internationale des fonds marins. Il peut le faire sur les questions juridiques qui se posent dans le cadre de ses activités²⁰.

18. Art. 191 de la Convention.

19. Id.

20. Art. 160, paragraphe 1 de la Convention.

Les Matières éligibles pour les avis

Pour déterminer si elle est compétente pour donner un avis sur la demande dont elle est saisie, la Chambre des fonds marins doit s'assurer que ladite demande entre bien dans le cadre de l'activité - sa compétence - de l'organe qualifié dont elle émane.

Compétences de l'Assemblée générale de l'Autorité

Nature:

Seul organe composé de tous les membres de l'Autorité, l'Assemblée est l'organe suprême de celle-ci devant lequel les autres organes principaux sont responsables. Elle arrête la politique générale de l'Autorité, qui est l'organisation par l'intermédiaire de laquelle les Etats Parties organisent et contrôlent les activités menées dans la Zone, aux fins de l'administration des ressources de celle-ci²¹.

Etendue :

En tant qu'assemblée plénière de l'Autorité, l'Assemblée bénéficie des pouvoirs et fonctions les plus étendus. C'est elle qui connaît des problèmes essentiels touchant à l'organisation et au fonctionnement de l'Autorité internationale des fonds marins.

Ces problèmes sont d'ordre politique, juridique ou simplement technique. Au plan politique, l'Assemblée élit les membres du Conseil, le Secrétaire général parmi les candidats proposés par le Conseil et les membres du conseil d'administration de l'Entreprise ainsi que le Directeur général de celle-ci; sur recommandation du conseil²². L'Assemblée crée les organes subsidiaires qu'elle juge nécessaires pour exercer ses fonctions. En ce qui concerne la composition de tels organes, il est dûment tenu compte du principe de la répartition géographique équitable des sièges, des intérêts particuliers et de la nécessité d'assurer à ces or-

21. Art. 157, paragraphe 1 de la Convention.

22. Art. 160, paragraphe 2 a) b) c).

ganes le concours de membres qualifiés et compétents dans les domaines techniques dont ils s'occupent²³. Avec la création des organes subsidiaires, la recherche de l'efficacité dans des domaines très techniques semble primer la réalisation de l'égalité des Etats membres malgré les précautions normatives. En général, ce sont des personnalités dont la compétence est notoire dans les domaines techniques retenus qui sont élus au sein des organes subsidiaires créés à cet effet.

Sur le plan technique, l'Assemblée fixe les contributions des membres au budget de fonctionnement de l'Autorité. Elle examine et approuve, sur recommandation du conseil, les règles, règlements et procédures relatifs au partage équitable des avantages financiers et autres avantages économiques tirés des activités menées dans la Zone. Elle en fait de même pour les règles et procédures relatives à la prospection, à l'exploration, à l'exploitation de la Zone, la gestion financière de l'Autorité et son administration interne ainsi que, sur recommandation du Conseil d'Administration de l'Entreprise, les virements de fonds de l'Entreprise à l'Autorité²⁴.

Au plan juridique, l'Assemblée fait procéder à des études et formuler des recommandations tendant à promouvoir la coopération internationale concernant les activités menées dans la Zone et à encourager le développement progressif du droit international et sa codification²⁵. L'Assemblée prononce en outre la suspension de l'exercice des droits et privilèges inhérents à la qualité de membre. La suspension est toutefois assujettie à la constatation, par la Chambre des fonds marins, d'une violation grave et persistante de la partie XI²⁵. L'Assemblée délibère enfin sur toute question ou tout sujet relevant de la compétence de l'Autorité et décide, d'une manière compatible avec la répartition des pou-

23. id

24. Id. e) f). C'est aussi l'Assemblée qui décide du partage équitable des avantages financiers et autres avantages économiques tirés des activités menées dans la Zone, d'une manière compatible avec la Convention et les règles, règlements et procédures de l'Autorité.

25. Id. j).

2) Aucune décision ne peut être prise en vertu du paragraphe 1 tant que la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins n'a pas constaté que l'Etat Partie en cause a enfreint gravement et de façon persistante la présente partie.»

voirs et fonctions entre les organes de l'Autorité, lequel de ces organes traitera d'une question ou d'un sujet dont l'examen n'a pas été expressément attribué à l'un d'eux.²⁶

Compétence du Conseil de l'Autorité

Nature:

Aux termes de l'article 162 de la Convention, le Conseil est l'organe exécutif de l'Autorité. Il a le pouvoir d'arrêter, en conformité avec la Convention et avec la politique générale définie par l'Assemblée, les politiques spécifiques à suivre par l'Autorité sur toute question ou tout sujet relevant de sa compétence.

Etendue:

Le Conseil a des pouvoirs et fonctions très étendus lui permettant, en tant qu'organe exécutif de l'Autorité, de mettre en œuvre la politique générale définie par l'Assemblée²⁷. Ces pouvoirs ont été singulièrement renforcés par l'Accord relatif à l'application de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer adopté le 28 juillet 1994, en faveur des Etats du Nord. Ainsi, les décisions de l'Assemblée sur toute question qui relève également de la compétence du Conseil ou sur toute question administrative, budgétaire ou financière sont fondées sur les recommandations du Conseil. Si l'Assemblée n'accepte pas la recommandation du Conseil sur une question quelconque, elle renvoie celle-ci au Conseil pour un nouvel examen²⁸. De même, chacune des « chambres » détient un pouvoir de veto au sein du Conseil. De la sorte, la section 3 de l'Accord limite les pouvoirs dont dispose l'Assemblée au bénéfice du Conseil²⁹.

26. Art. 160, paragraphe 2 n).

27. Voir art. 162, paragraphe 2 a) a z).

28. Accord du 28 juillet 1994, Section 3, paragraphe 4.

29. Sur les quatre groupes d'Etats 'chambres' distingués par l'Accord, voir Section 3, paragraphes 5 et 9.

La compétence de la Chambre des Fonds marins

Détermination et exercice:

La Convention prévoit que l'Assemblée de l'Autorité peut demander à la Chambre des fonds marins un avis consultatif sur la conformité avec la Convention d'une proposition qui lui est soumise au sujet d'une question quelconque³⁰. De même, la Chambre pour le règlement des différends relatifs au fond marins donne des avis consultatifs, à la demande de l'Assemblée ou du Conseil, sur les questions juridiques qui se posent dans le cadre de leur activité³¹. Dans l'exercice de ses attributions consultatives, la Chambre des fonds marins s'inspire, dans la mesure où elle les reconnaît applicables, des dispositions du Statut et du Règlement qui s'appliquent en matière contentieuse³².

Le Règlement prévoit que la Chambre recherche si la demande d'avis consultatif à trait à une question juridique pendante entre deux ou plusieurs parties. Si la Chambre en décide ainsi, l'article 17 du Statut s'applique ainsi que les dispositions qui pourvoient à l'application de cet article³³. Ces dispositions donnent à penser que l'avis peut être demandé sur un différend puisque le Règlement autorise les parties à désigner des juges ad hoc lorsqu'elles n'ont pas à la Chambre un Membre ayant leur nationalité. La Chambre devra donc rechercher, en tant que de besoin, si la conformité avec la Convention d'une proposition à elle soumise au sujet d'une question quelconque ou les questions juridiques qui se posent dans le cadre des activités du Conseil ou de l'Assemblée de l'Autorité portent sur un différend entre deux ou plusieurs parties.

On note une sorte de glissement qui risque à terme de dénaturer le mécanisme des avis consultatifs dans son principe qui est une consultation de la juridiction dépourvue d'effet obligatoire. Comme le remarque Charles de Visscher « Toute révolution des avis consultatifs et, tout particulièrement, l'assimilation graduelle de la procédure d'avis à la pro-

30. Art. 159, paragraphe 10

31. Art. 191 de la Convention.

32. Art. 130, paragraphe 1 du Règlement.

33. art. 132 paragraphe 2 du Règlement. L'article 7 du a trait au Juge ad hoc.

procédu re contentieuse dénotent la préoccupation d'exclure toute possibilité d'introduire, de façon en quelque sorte subreptice, la juridiction obligatoire par la voie détournée de l'avis consultatif, d'éviter qu'un différend entre les Etats soit, en fait, tranché par la réponse donnée à une question qui s'y rapporte³⁴ « et qui peut constituer une question- clef du différend»³⁶. La pratique n'a pas toujours confirmé cette préoccupation d'autant plus que les textes prévoient que les juridictions s'inspirent des dispositions qui s'appliquent en matière contentieuse dans la mesure où elles les reconnaissent applicables. C'est pourquoi, en raison de son caractère d'organe judiciaire, la Chambre des fonds marins devra appliquer les dispositions de la Convention lui donnant compétence pour décider de sa propre compétence³⁷.

En ce qui concerne l'exercice de celle-ci, la Chambre est en droit de refuser de donner un avis consultatif à un organe n'ayant pas la qualité pour introduire une demande d'avis dont l'objet porte sur une question considérée comme non juridique. La Chambre peut enfin refuser de répondre à une demande d'avis lorsque la question juridique ne se pose pas dans le cadre des activités de l'Assemblée ou du Conseil de l'Autorité internationale des fonds marins.

Conformité avec la Convention et question juridique :

a) Conformité avec la Convention d'une proposition au sujet d'une question quelconque

La Convention prévoit que lorsque le Président est saisi par un quart au moins des membres de l'Autorité d'une requête écrite tendant à ce que l'Assemblée demande un avis consultatif sur la conformité avec la Convention d'une proposition qui lui est soumise au sujet d'une question quelconque, l'Assemblée demande un avis consultatif à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer³⁸.

34 Charles de Visscher, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de justice* (Paris: Pedone, 1966), 197.

35. Opinion dissidente du juge Winiarski dans l'affaire de l'interprétation des Traités de paix, *Recueil* 1950, p. 92.

36; Art. 288, paragraphes 3 et 4 de la Convention

37. Art. 159, paragraphe 10 de la Convention.

38. Par exemple le Règlement relatif aux nodules ou celui relatif aux sulfures.

La Chambre des fonds marins se voit ainsi reconnaître un statut d'organe régulateur de l'activité de l'Assemblée et du Conseil de l'Autorité. Outre le contentieux relatif aux activités menées dans la Zone, il statue donc sur la conformité à la Convention de propositions soumises au sujet d'une question quelconque au sein de l'Assemblée ou du Conseil. Elle devra par conséquent asseoir une procédure à cet effet, par laquelle elle fait prévaloir l'autorité supérieure de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer par rapport aux règles et règlements susceptibles d'émaner desdites propositions ; en somme une sorte de contrôle de conventionalité avant de rendre son avis.

b) Question juridique

Aux termes de la Convention, le Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins donne des avis consultatifs, à la demande de l'Assemblée ou du Conseil, sur les questions juridiques qui se posent dans le cadre de leur activité. Ces avis sont donnés dans les plus brefs délais³⁹.

La Chambre pourrait utilement s'inspirer ici de la démarche adoptée par la Cour de La Haye laquelle a donné de la notion de la question juridique une interprétation libérale en isolant celle-ci des éléments antérieurs et ultérieurs et en s'attachant à l'objet même de la question posée pour déterminer sa nature juridique ; évitant ainsi ses implications politiques qui auraient pu l'amener à refuser de se prononcer. Elle s'emploie le plus souvent à ramener la question à elle posée à un problème abstrait. Elle évite de tenir compte des mobiles qui ont inspiré la demande d'avis et des arguments échangés au sein des organes politiques ainsi que de l'existence d'un différend entre deux ou plusieurs parties sur la question faisant l'objet de la demande d'avis. Cette attitude est plus conforme à la nature d'une juridiction et à sa véritable mission⁴⁰.

39. Art. 191 de la Convention

40. Voir M. Dubisson, *La Cour internationale de Justice* (Paris : LGD), 1964; 295-308

Il faut relever cependant que la compétence de la Chambre connaît des limites. Aux termes de la Convention⁴¹, en effet, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins n'a pas de compétence pour se prononcer sur l'exercice par l'Autorité conformément à la partie XI, de ses pouvoirs discrétionnaires ; elle ne peut en aucun cas se substituer à l'Autorité dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires de celle-ci. Sans préjudice de l'article 191, lorsqu'elle exerce la compétence qui lui est reconnue en vertu de l'article 187, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins ne se prononce pas sur la question de savoir si une règle, un règlement ou une procédure de l'Autorité est conforme à la Convention et ne peut déclarer nul cette règle, ce règlement ou cette procédure⁴².

La Chambre des fonds marins devra au plus vite définir le champ d'application des pouvoirs discrétionnaires de l'Autorité de façon à faire le départ avec les propositions pouvant être faites, à l'Assemblée ou au Conseil de l'Autorité et susceptibles de faire l'objet d'une demande d'avis consultatifs.

La procédure en matière consultative

La demande d'avis consultatif est soumise à la Chambre des fonds marins par l'organe qualifié à cet effet; l'Assemblée ou le Conseil de l'Autorité. Elle précise la question à soumettre à la Chambre ou la proposition dont la conformité à la Convention est demandée. La demande d'avis est signée par le représentant dûment habilité de l'Autorité. Elle indique en outre le nom de la personne qui représentera l'Autorité au cours de la procédure consultative.

41. art 189 de la Convention Sur les règles procédurales applicables au contentieux des fonds marins et en particulier la compétence de la chambre des fonds marins pour contrôler les actes de l'autorité, voir Mbenda Diagne, «L'apport du Tribunal international de droit de la mer», thèse pour le Doctorat en Droit (Université de Nice 2010) 146-167.

42. L'article 189 précise que sa compétence se limite à établir si l'application de règles, règlements ou procédures de l'Autorité dans des cas particuliers serait en conflit avec les obligations contractuelles des parties au différend ou les obligations qui leur incombent en vertu de la Convention et à connaître des recours pour incompétence ou détournement de pouvoir, ainsi que des demandes de dommages-intérêts et autres demandes de réparation introduites par l'une des parties contre l'autre pour manquement de celle-ci à ses obligations contractuelles ou aux obligations qui lui incombent en vertu de la Convention.

Une demande d'avis consultatif sur les questions juridiques qui se posent dans le cadre de l'activité de l'Assemblée ou du Conseil de l'Autorité contient l'énoncé précis de la question. Il y est joint tous documents pouvant servir à élucider la question. Ces documents sont transmis à la Chambre en même temps que la demande ou le plus tôt possible après celle-ci, dans le nombre d'exemplaires requis par le Greffe⁴³.

La procédure de rédaction de la demande d'avis n'est pas détaillée dans la Convention, le Statut ou le Règlement. Nous avons la proposition devant faire l'objet de contrôle de conventionalité et la question juridique à soumettre. Il faut peut être se référer à la pratique des Nations unies et au système établi à l'intérieur des organes habilités à demander des avis à la Cour internationale de justice.

43. Art. 131 du Règlement du Tribunal. Le dossier doit comporter 125 exemplaires des pièces de procédure. Voir les « Lignes directrices concernant la préparation et la présentation des affaires dont le Tribunal est saisi»; paragraphes 9 et 19

44. Art. 130, paragraphe...

5. Lorsque plusieurs parties font cause commune, elles ne comptent, pour l'application des dispositions qui précèdent, que pour une seule. En cas de doute, le Tribunal décide.

6. Les membres désignés conformément aux paragraphes 2,3 et 4, doivent satisfaire aux prescriptions des articles 2,8 et 11, de la présente annexe. Ils participent à la décision dans des conditions de complète égalité avec leurs collègues.»

L'article 22 du Règlement du Tribunal qui régit la nomination d'un juge ad hoc par une « entité autre qu'un Etat » se lit:

« Article 22

1. Une entité autre qu'un Etat ne peut désigner un juge ad hoc que si:

a) l'une des parties adverses est un Etat Partie et que le Tribunal compte sur le siège un juge de la nationalité de cet Etat ou, lorsque cette partie est une organisation internationale, si le Tribunal compte sur le siège un juge de la nationalité de l'un de ses Etats membres ou si l'Etat Partie a lui-même désigné un juge ad hoc; ou

b) le Tribunal compte sur le siège un juge de la nationalité de l'Etat qui patronne l'une des parties adverses.

2. Toutefois, une organisation internationale ou une personne physique ou morale ou une entreprise d'Etat ne peut désigner un juge ad hoc si le Tribunal compte sur le siège un juge de la nationalité de l'un des Etats membres de cette organisation internationale ou un juge de la nationalité de l'Etat qui patronne cette personne physique ou morale ou entreprise d'Etat.

3. Si une organisation internationale est partie à une affaire et que le Tribunal compte sur le siège un juge de la nationalité d'un Etat membre de cette organisation, la partie adverse peut désigner un juge ad hoc.

4. Si le Tribunal compte sur le siège deux ou plusieurs juges de la nationalité des Etats membres de l'organisation internationale concernée ou des Etats qui patronnent une partie, le Président peut, après avoir consulté les parties, demander à un ou plusieurs de ces juges de se retirer.»

48 L'article 189 précise que sa compétence se limite à établir si l'application de règles, règlements ou procédures de l'Autorité dans des cas particuliers serait en conflit avec les obligations contractuelles des parties au différend ou les obligations qui leur incombent en vertu de la Convention et à connaître des recours pour incompétence ou détournement de pouvoir, ainsi que des demandes de dommages-intérêts et autres demandes de réparation introduites par l'une des parties contre l'autre pour manquement de celle-ci à ses obligations contractuelles ou aux obligations qui lui incombent en vertu de la Convention.

Dans ces différentes enceintes, la décision de demander un avis est prise lors de débats. L'on peut présumer qu'il en sera de même à l'Assemblée et au Conseil de l'Autorité lorsque ces organes sont saisis de propositions de demandes d'avis. Formellement, la demande d'avis est transmise à la Chambre des fonds marins par le Secrétaire général de l'Autorité dont l'Assemblée et le Conseil constituent les organes.

L'examen de la demande d'avis par la Chambre

Mesures d'instruction

L'article 130 paragraphe 1 prévoit que, dans l'exercice de ses attributions consultatives, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins applique les dispositions de la présente section et s'inspire, dans la mesure où elle les reconnaît applicables, des dispositions du Statut et du présent Règlement qui s'appliquent en matière contentieuse⁴⁵.

La procédure consultative se conforme aux règles applicables en matière contentieuse chaque fois que cela sera possible. La Chambre appliquera les règles de la procédure contentieuse après avoir recherché si la demande d'avis consultatif a trait ou non à une question juridique ac-

45. De même l'article 40, paragraphe 2 du statut du Tribunal dispose : «Dans l'exercice de ses attributions consultatives, la Chambre s'inspire des dispositions de la présente annexe [VI] relatives à la procédure suivie devant le Tribunal dans la mesure où elle les reconnaît applicables».

tuellement pendante entre deux ou plusieurs parties. Si la Chambre en décide ainsi, l'article 17 du Statut s'applique ainsi que les dispositions du Règlement qui pourvoient à l'application de l'article 51. Il s'agit de la nomination de juges ad hoc. On glisse ainsi résolument vers le différend. Il est vrai que l'existence d'un différend entre deux ou plusieurs parties ne fait guère obstacle à ce que la Chambre puisse être saisie, par la voie consultative, d'une question juridique se rapportant à l'objet du différend.

Normalement, cette procédure garde ses caractéristiques propres qui auraient du la soustraire à la nomination de juges ad hoc. On peut relever l'absence de parties. Les débats sont circonscrits, non par des conclusions, mais plutôt par les termes de la demande d'avis. La réponse de la Chambre est faite non pas à des Etats mais à l'organe international habilité à demander l'avis consultatif. On retrouve le dilemme récurrent de la conciliation de la fonction consultative avec le caractère essentiellement judiciaire des juridictions internationales.

Qui plus est, les parties en question sont soit des Etats, soit des entités non étatiques ; organisations internationales, personnes physiques ou morales,

En principe⁴⁶, les avis de la Chambre des fonds marins n'ont pas d'effet obligatoire. Leur autorité est morale. Ils n'ont pas non plus, en droit, l'autorité de la chose jugée. Pourront-ils s'imposer, en fait, au Tribunal ? Que se passerait-il si la Chambre ou le Tribunal étaient saisis d'un différend portant sur une question juridique à laquelle ils auraient déjà apporté une réponse sous la forme d'un avis consultatif ? Pourront-

46. Charles de Visscher op. cit., 195, explique que : «l'autorité qui s'attache aux énoncés de droit contenus dans les avis consultatifs de la Cour est étrangère aux dispositions statutaires relatives à la chose jugée. C'est une autorité morale qui s'exerce, nonobstant l'absence de force obligatoire au sens formel ou procédural du terme. Elle précède dans une large mesure du prestige de la Cour... et dépend de la valeur intrinsèque des opinions émises. Dans le plan de leur autorité doctrinale, il n'y a guère de distinction à faire entre les arrêts et avis. Tout comme les arrêts, les avis consultatifs contribuent à la formation d'un corps de jurisprudence homogène,...».

ils se dégager des principes et solutions adoptés dans l'avis consultatif? L'idéal serait de pouvoir adopter le type d'avis qui peuvent être rendus sans prendre position au sujet d'une question pendante entre deux ou plusieurs parties.

Notification, phase écrite et phase orale :

Le Greffier notifie immédiatement la demande d'avis consultatif à tous les Etats Parties. La Chambre ou, si elle ne siège pas, son Président, identifie les organisations intergouvernementales susceptibles de fournir des informations sur la question. Le Greffier notifie cette demande à ces organisations. Les Etats Parties et les organisations sont invités à présenter des exposés écrits sur la question dans les délais fixes par la Chambre. Ces exposés sont communiqués aux Etats Parties et aux organisations ayant présenté des exposés écrits. La Chambre peut fixer de nouveaux délais dans lesquels ces Etats Parties et organisations peuvent présenter des exposés écrits sur les exposés présentés. La Chambre décide aussi si une procédure orale aura lieu et en fixe, le cas échéant, la date d'ouverture. Les Etats Parties et les organisations sont invités à présenter des exposés oraux au cours de ladite procédure⁴⁷. Les exposés écrits et les documents annexes sont rendus accessibles au public le plus rapidement possible après avoir été présentés à la Chambre⁴⁸.

Le prononcé des avis :

Lorsque la Chambre a achevé son délibéré et adopté son avis consultatif, celui-ci est lu en audience publique de la Chambre⁴⁷. En la forme, l'avis comprend : a) l'indication de la date à laquelle il est prononcé; b) les noms des juges qui y ont pris part ; c) la question ou les questions sur lesquelles l'avis consultatif de la Chambre a été demandé; d) l'exposé sommaire de la procédure ; e) les circonstances de fait; f) les motifs de droit sur lesquels il est fondé; g) la réponse à la question ou aux questions posées à la Chambre ;

47..Article 135, paragraphe 1 du Règlement du Tribunal

48.. Article 135 paragraphe 2 du Règlement du Tribunal

h) l'indication du nombre et des noms des juges ayant constitué la majorité et de ceux ayant constitué la minorité sur chaque question posée à la Chambre ;

i) l'indication du texte faisant foi⁴⁹.

L'avis peut être accompagné d'opinions individuelles ou dissidentes ou encore de déclarations. Au terme de l'article 136 du Règlement, le Greffier avertit le Secrétaire général de l'Autorité des dates et heures fixées pour l'audience publique à laquelle il sera donné lecture de l'avis consultatif. Il avertit également les Etats Parties et les organisations intergouvernementales directement intéressés.

Un exemplaire de l'avis est déposé aux archives du Tribunal, un autre est remis au Secrétaire général de l'Autorité et au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Des copies sont adressées aux Etats Parties ainsi qu'aux organisations intergouvernementales directement intéressées. Nous allons rappeler les éléments essentiels du premier avis consultatif rendu par la Chambre des fonds marins.

Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent
des personnes et entités dans le cadre d'activités menées
dans la Zone.

Le 25 février 2010, l'Autorité internationale des fonds marins a publié un projet d'ordre du jour révisé de la 16^{ème} le Session du Conseil⁴⁹ pour y inclure une communication du Gouvernement de la République de NAURU, membre de l'Autorité. Le point 7 du nouvel ordre du jour est intitulé « Proposition tendant à demander un avis consultatif à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer conformément à l'article 191 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer sur des questions relatives à la responsabilité des Etats qui patronnent [des entreprises d'Etat, ou des personnes physiques ou morales] ». Une note

49. ISBA/16/C/LI/Rev. 1 du 25 février 2010

verbale a aussi été envoyée aux Etats membres et aux observateurs de l'Autorité pour leur notifier le changement⁵⁰. Par sa décision du 6 mai 2010, l'Autorité internationale des fonds marins a saisi la Chambre des fonds marins de ladite demande. C'est la toute première instance introduite auprès de la Chambre.

La décision du Conseil se lit:

Le Conseil de l'Autorité internationale des fonds marins,

Considérant que les activités de développement dans la Zone ont déjà commencé,

Ayant à l'esprit l'échange de vues sur les points de droit entrant dans le cadre de ses activités,

Décide, conformément à l'article 191 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (« La Convention »),

De demander à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer, en application de l'article 131 du Règlement dudit Tribunal, de rendre un avis consultatif sur les questions suivantes:

1) Quelles sont les responsabilités et obligations juridiques des Etats parties à la Convention qui patronnent des activités menées dans la Zone en application de la Convention, en particulier de la partie XI et de l'Accord de 1994 relatif à l'application de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 ?

2) Dans quelle mesure la responsabilité d'un Etat Partie est-elle engagée à raison de tout manquement aux dispositions de la Convention, en particulier de la partie XI et de l'Accord de 1994, de la part d'une entité qu'il a patronnée en vertu de l'article 153, paragraphe 2, lettre b), de la Convention ?

⁵⁰ La proposition soumise par la délégation de NAURU fait l'objet du document ISBA/16/C/6 du 1er mars 2010, 1 à 12. Voir la décision ISBA/16/C/3 du 6 mai 2010; aussi le Communiqué de presse du Tribunal du 14 mai 2010

3) Quelles sont les mesures nécessaires et appropriées qu'un Etat qui patronne la demande doit prendre pour s'acquitter de la responsabilité qui lui incombe en application de la Convention, en particulier de l'article 139 et de l'annexe III ainsi que de l'Accord de 1994 ?⁵¹

La Chambre rappelle que les dispositions de l'article 293, paragraphe 1, de la Convention et l'article 38 du Statut du Tribunal définissent le droit applicable par elle. Il convient de relever que les dispositions de l'Accord du 28 juillet 1994 et de la partie XI, doivent, conformément à l'article 2, paragraphe 1, dudit Accord « être interprétées et appliquées ensemble comme un seul et même instrument. En cas d'incompatibilité entre l'Accord et la partie XI, les dispositions du présent Accord l'emportent ». Les règles de procédure applicables à la procédure consultative devant la Chambre sont énoncées à l'article 40, paragraphe 2 du Statut du Tribunal et à la section H du Règlement de celui-ci, en particulier en son article 130, paragraphe premier⁵².

L'avis est rendu à l'unanimité des membres de la Chambre; ce qui lui confère une autorité singulière d'autant qu'il s'agit de la première instance consultative. A la première question soumise par le Conseil, la Chambre répond que les Etats qui patronnent ont deux types d'obligations aux termes de la Convention et des instruments qui s'y rapportent.

D'une part, l'obligation de veiller au respect par le contractant patronne des termes du contrat et des obligations énoncées dans la Convention et les instruments qui s'y rapportent, s'agit d'une obligation de « diligence requise ». L'Etat qui patronne est tenu de faire de son mieux pour que les contractants patronnés s'acquittent des obligations qui leur incombent. La norme relative à la diligence requise peut varier dans le temps et dépendre du niveau de risque des activités concernées. Cette

51. La demande d'avis consultatif a été inscrite au rôle des affaires sous le numéro 17 et le conseiller juridique, Mr. Lodge, a été nommé représentant de l'autorité internationale des fonds marins de la procédure. Pour la chronologie de celle-ci, voir les paragraphes 5 à 24 de l'avis consultatif du 1er février 2011. En ce qui concerne les questions relatives à la compétence de la Chambre et celles de la recevabilité de la demande voir les paragraphes 31 à 49 de l'avis

52. Voir les paragraphes 50 à 56 de l'avis. Sur les questions d'interprétation, voir les paragraphes 57 à 71 dudit avis.

obligation de 'diligence requise' nécessite que l'Etat qui patronne prenne des mesures au sein de son système juridique. Ces mesures doivent être des lois et règlements et des mesures administratives. Ces mesures doivent répondre à une norme, être 'raisonnablement appropriées'.

D'autre part, des obligations directes auxquelles les Etats qui patronnent doivent se conformer indépendamment de leur obligation de veiller à ce que les contractants patronnés adoptent une certaine conduite. Le respect de ces obligations peut aussi être considéré comme un facteur pertinent pour que l'Etat qui patronne s'acquitte de son obligation de « diligence requise ». Les obligations directes les plus importantes incombant à l'Etat qui patronne sont les suivantes : a) l'obligation d'aider l'Autorité, énoncée à l'article 153, paragraphe 4 de la Convention ; b) l'obligation d'appliquer une approche de précaution, reflétée dans le principe 15 de la Déclaration de Rio et énoncée dans le Règlement relatif aux nodules et le Règlement relatif aux sulfures. Il convient aussi de considérer que cette obligation fait partie intégrante de l'obligation de 'diligence requise' de l'Etat qui patronne et est applicable au-delà du cadre du Règlement relatif aux nodules et du Règlement relatif aux sulfures ;

c) l'obligation d'appliquer les meilleures pratiques écologiques, énoncées dans le Règlement relatif aux sulfures, mais également applicable dans le contexte du Règlement relatif aux nodules ; d) l'obligation d'adopter des mesures afin que le contractant fournisse des garanties dans l'éventualité d'ordres en cas d'urgence pour assurer la protection du milieu marin; et e) l'obligation d'offrir des voies de recours pour obtenir réparation.

L'Etat qui patronne à l'obligation de diligence requise de veiller à ce que le contractant patronné respecte l'obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement qui lui est faite au paragraphe 7, de la section 1 de l'annexe à l'Accord de 1994. Cette dernière obligation est regardée par la chambre comme une obligation générale en droit coutumier⁵⁸.

58. Elle est énoncée en tant qu'obligation directe de tous les Etats à l'article 206 de la Convention et en tant qu'un des aspects de l'obligation faite à l'Etat qui patronne d'aider l'Autorité en vertu de l'article 153, paragraphe 4, de la Convention.

Ces obligations s'appliquent également aux Etats développés et aux Etats en développement, sauf dispositions contraires dans les textes applicables, tel que le principe 15 de la Déclaration de Rio, dont il est fait mention dans le Règlement relatif aux nodules et dans celui relatif aux sulfures, selon lequel les Etats doivent appliquer l'approche de précaution 'selon leurs capacités'. Les dispositions de la Convention qui prennent en compte des intérêts et des besoins spécifiques des pays en développement devraient être appliquées effectivement afin que les Etats en développement soient en mesure de participer aux activités minières relatives aux grands fonds marins sur un pied d'égalité avec les Etats développés.

En ce qui concerne la seconde question, la Chambre est d'avis que la responsabilité de l'Etat qui patronne est engagée lorsqu'il y a manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de la Convention et des instruments qui s'y rapportent. Le manquement du contractant patronne à ses obligations n'engage pas automatiquement la responsabilité de l'Etat qui patronne. Les conditions auxquelles la responsabilité de l'Etat qui patronne⁵⁹ est engagée sont les suivantes : a) Manquement de l'Etat qui patronne aux obligations qui lui incombent aux termes de la Convention ; b) Existence d'un dommage.

La responsabilité de l'Etat qui patronne en cas de manquement à ses obligations de diligence requise nécessite qu'un lien de causalité soit établi entre ce manquement et le dommage. Cette responsabilité est déclenchée par un dommage résultant d'un manquement du contractant patronné à ses obligations. L'existence d'un lien de causalité entre le manquement de l'Etat qui patronne et le dommage est requise et ne peut être présumée. L'Etat qui patronne est exonéré de toute responsabilité s'il a pris «toutes les mesures nécessaires et appropriées pour assurer le respect effectif», par le contractant patronné, des obligations qui incombent à ce dernier. Cette exonération de responsabilité ne s'applique pas si l'Etat qui patronne a manqué à ses obligations directes.

59. L'examen de la question 2 fait l'objet des paragraphes 164 à 211 de l'avis.

La responsabilité de l'Etat qui patronne et celle du contractant patronne existent parallèlement et ne sont pas conjointes et solidaires. L'Etat qui patronne n'a pas de responsabilité résiduelle. En cas de patronage multiple, la responsabilité est conjointe et solidaire sauf si les Règlements de l'Autorité en disposent autrement. La responsabilité de l'Etat qui patronne doit correspondre au montant effectif du dommage.

Aux termes du Règlement relatif aux nodules et du Règlement relatif aux sulfures, le contractant reste responsable même après l'achèvement de la phase d'exploration. Ceci est également applicable à la responsabilité de l'Etat qui patronne. Les règles relatives à la responsabilité énoncées dans la Convention et les instruments qui s'y rapportent sont sans préjudice des règles du droit international. Dans le cas où l'Etat qui patronne a honoré ses obligations, le dommage causé par le contractant patronné n'engage pas la responsabilité de l'Etat qui patronne. Si celui-ci a manqué à ses obligations et qu'il n'en est pas résulté de dommages, les conséquences de cet acte illicite sont déterminées par le droit international coutumier. Il pourra être envisagé de créer un fonds d'affectation spéciale pour couvrir les dommages non couverts en vertu de la Convention.

S'agissant de la troisième et dernière question⁶⁰ relative aux mesures à prendre, la Chambre répond que la Convention demande que l'Etat qui patronne adopte, au sein de son système juridique, des lois et règlements et prenne des mesures administratives qui ont deux fonctions distinctes : d'une part, faire en sorte que le contractant honore les obligations qui lui incombent, et exonérer l'Etat qui patronne de sa responsabilité, de l'autre. La nature et la portée de ces lois et règlements et des mesures administratives sont fonction du système juridique de l'Etat qui patronne. Ces lois et règlements ainsi que les mesures administratives peuvent prévoir la mise en place de mécanismes de surveillance active des activités du contractant patronné et de coordination entre les activités de l'Etat qui patronne et celle de l'Autorité.

60. La troisième question est examinée aux paragraphes 212 à 241 de l'avis

Selon la Chambre, les lois et règlements et les mesures administratives devraient être en vigueur aussi longtemps que le contrat passé avec l'Autorité est applicable. L'existence de ces lois et règlements et de ces mesures administratives n'est pas une condition de la conclusion d'un contrat avec l'autorité ; toutefois, elle est nécessaire pour que l'Etat qui patronne s'acquitte de l'obligation de diligence requise et qu'il puisse être exonéré de sa responsabilité. Ces mesures nationales devraient aussi couvrir les obligations qui incombent au contractant après l'achèvement de la phase d'exploration⁶¹.

Compte tenu de l'exigence selon laquelle les mesures adoptées par l'Etat qui patronne doivent être des lois et règlements et des mesures administratives, on ne saurait considérer que cet Etat a satisfait à ses obligations s'il a seulement conclu un arrangement contractuel avec le contractant. L'Etat ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire absolu en ce qui concerne l'adoption de lois et règlements et la prise de mesures administratives. Il doit agir de bonne foi en prenant en considération les différentes obligations qui se présentent à celui d'une manière raisonnable, pertinente et favorable à l'intérêt de l'humanité toute entière.

En matière de protection du milieu marin, les lois et règlements ainsi que les mesures administratives de l'Etat ne peuvent pas être moins stricts que ceux adoptés par l'Autorité ou moins efficaces que les règles, règlements et procédures internationaux. Les dispositions que l'Etat peut juger nécessaire d'inclure dans sa législation nationale peuvent concerner, entre autres, la viabilité financière et les capacités techniques des contractants patronnés, les conditions régissant la délivrance d'un certificat de patronage et les sanctions encourues en cas de manquement desdites contractants. Au titre de son obligation de 'diligence requise', l'Etat qui patronne doit veiller à ce que les obligations du contractant patronné soient rendues exécutoires⁶². L'avis se présente comme une contribution intéressante à la fixation du régime des fonds marins fondé

61. Conformément à l'article 30 du Règlement relatif aux nodules et à l'article 32 du Règlement relatif aux sulfures.

62. Des indications précises quant au contenu des mesures nationales à prendre par l'Etat qui patronne sont données dans diverses dispositions de la Convention et des instruments qui s'y rapportent. Ceci s'applique, en particulier, aux dispositions de l'article 39 du Statut requérant que les décisions de la Chambre soient exécutoires sur le territoire des Etats Parties au même titre que les arrêts ou ordonnances de la plus haute instance judiciaire de l'Etat Partie sur le territoire duquel l'exécution est demandée, rappelle l'avis, 78.

sur le concept de patrimoine commun de l'humanité laquelle est exaucée au rang de sujet de droit avec comme agent juridique l'Autorité internationale des fonds marins. En traitant à la fois le régime minier des fonds marins et les problèmes liés à la préservation du milieu marin, l'avis consultatif initie un processus de complétude du régime juridique de la Zone dans ses différents aspects. Il faudra peut-être d'autres demandes d'avis - en fonction des activités menées dans la zone internationale des fonds marins - pour compléter le tableau.

A côté des avis consultatifs que l'Assemblée ou le Conseil de l'Autorité peuvent demander en vertu de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, il y a d'autres avis consultatifs fondés sur d'autres accords internationaux et qui intéressent plutôt le Tribunal plénier.

Le Tribunal plénier

Aux termes de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et du Statut du Tribunal, la fonction consultative est exercée par la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins. Ces deux instruments n'envisagent guère la compétence consultative du Tribunal en formation plénière. On n'en trouve pas trace non plus dans le projet de la Commission préparatoire. Il s'agit d'une création du Tribunal à l'occasion de l'élaboration de son Règlement en 1996 ; l'on a alors évoqué la possibilité pour le Tribunal plénier de donner des avis consultatifs.

C'est pourquoi, la clause attributive de compétence se trouve curieusement dans le Règlement. Elle fait l'objet de l'article 138 qui prévoit que le Tribunal peut donner un avis consultatif sur une question juridique dans la mesure où un accord international se rapportant aux buts de la Convention prévoit expressément qu'une demande d'un tel avis est soumise au Tribunal.

On a invoqué les dispositions de l'article 288 paragraphe 2 et celles de l'article 21 du Statut du Tribunal pour justifier la compétence consultative du Tribunal plénier⁶³. L'article 288 paragraphe 2 de la Convention

63. Pour une discussion des arguments présentés, voir Ki-Jon You « Advisory Opinions of the International Tribunal for the Law of the Sea: Article 138 of the Rules of the Tribunal Revisited »

apparaît plutôt comme un fondement de la juridiction consensuelle du Tribunal au même titre de la Cour internationale de justice et des autres moyens prévus à l'article 287 de la Convention. Qui plus est, il figure dans la section des procédures obligatoires aboutissant à des décisions obligatoires.

Or, l'avis consultatif est une consultation juridique dépourvue de force obligatoire et qui, comme énoncée individuellement, n'a même pas de force légale. L'article 288 ne peut donc être invoqué ou interprété comme fondement à la compétence consultative du tribunal. Il en va de même de l'article 21 du Statut du Tribunal qui a besoin d'être interprété et précisé par le Tribunal.

En revanche, il est possible qu'un organe chargé de fonctions juridictionnelles comme le Tribunal se voie priver, parce que son Statut ne l'interdit pas, de donner un avis de droit. Il faut rappeler qu'il arrive parfois qu'un tribunal arbitral soit amené à rendre un avis consultatif. La terminologie employée peut paraître inhabituelle et il semble étrange qu'un tribunal arbitral soit institué pour rendre un avis consultatif puisqu'il entre dans la mission d'un tribunal arbitral de rendre des sentences obligatoires. Il n'en demeure pas moins que les accords aériens franco-américains et italo-américains instituaient des tribunaux arbitraux chargés de rendre des avis consultatifs. L'article 10 de l'accord franco-américain dispose que tout différend doit être soumis « pour un avis consultatif à un tribunal de trois membres » ; et d'après l'article 13 de l'accord italo-américain « tout différend sera soumis aux fins de rapport consultatif à un tribunal composé de trois arbitres ».

Il vaut mieux passer par la voie de l'accord pour aboutir à une juridiction consultative du Tribunal plutôt que de rechercher un fondement

Ocean Development and International Law The Journal of Maritime Affairs. Vol.39 (2008) : 360-371. spec. 361-363. L'article 288, paragraphe 2 de la convention dispose : « Une cour ou un tribunal visé à l'article 287 a ainsi compétence pour reconnaître de tout différend qui est relatif à 'interprétation ou à l'application d'un accord international se rapportant aux buts de la Convention et qui lui est soumis conformément à cet accord ». Quand à l'article 21 du Statut, il se lit : «Le Tribunal est compétent pour tous les différends et toutes les demandes qui lui sont soumis conformément à la Convention et toute les fois que cela est expressément prévu dans tout autre accord conférant compétence au Tribunal.

juridique inexistant dans la Convention ou le Statut. La pratique observée depuis quelque temps peut aider à lever les incertitudes que recèle l'article 138. (A) Il faudra ensuite examiner la question des organes habilités, (B) les matières éligibles pour les avis et les conditions (C).

La pratique récente

Plusieurs fois dans le passé récent, le Tribunal s'est employé à réaffirmer sa compétence consultative, appuyé en cela par nombre d'Etats. A l'occasion des débats au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies portant sur les différends et toutes les demandes qui lui sont soumis conformément à la Convention et toutes les fois que cela est expressément prévu dans tout autre accord conférant compétence au Tribunal ». « Océans et le droit de la mer : Rapport du Secrétaire général⁶⁴ » comme dans les réunions des Etats Parties à la Convention⁶⁵, la question de la compétence consultative revient de façon presque rituelle⁶⁶.

Au premier atelier régional du Tribunal organisé à Dakar (Sénégal) du 30 septembre au 2 octobre 2006, les délégués sont amplement revenus sur la question. De même au second atelier régional de Libreville (Gabon) tenu du 23 au 27 mars 2007, le Directeur général du Comité régional des pêches (COREP) du Golfe de Guinée s'est également intéressé à la question de la compétence consultative du Tribunal. Lors du quatrième atelier du Tribunal tenu à Singapour, le Vice Premier Ministre de ce pays devait déclarer que « The ITLOS should be empowered to offer advisory opinion, like the [ICJ]⁶⁷ ».

A l'atelier régional, le Sixième, du Tribunal tenu au Cap (Afrique du Sud) du 7 au 9 octobre 2009 sur le thème « Le Règlement des différends relatifs au droit de la mer en Afrique australe », la question de la

64. Voir allocution de Rudiger Wolfram, du 26 novembre 2005, Un Doc A.60/PV55 (2005° 27

65. Voir Rapport du Président Dolliver Nelson à la 15^{ème} des Etats Parties, le 16 juin 2005, in Annuaire du Tribunal international du droit de la mer 2005, pp. 187 et suivantes.

66. Table ronde organisée à l'ONU le 29 novembre 2005. Doc ITLOS/Communiqué de Presse 101 (2005). 3.

67. Highilghts : Malasyan, Singapour Press 30 May 07

compétence consultative du Tribunal a encore été soulevée. Quatre délégués⁶⁸ se sont saisis de la question, en particulier celle de savoir si «des organisations régionales de gestion des pêches seraient [-elles] autorisées à demander un avis consultatif ?⁶⁹ ».

A l'occasion de la seizième session de la réunion des Etats Parties, le délégué argentin devait dire son enthousiasme pour «in particular paragraph 18 of the report, which referred to the competence of State Parties to call for advisory opinion from the Tribunal⁷⁰ ». De même le délégué islandais à l'Assemblée générale des Nations Unies s'est montré très favorable à la compétence consultative du Tribunal⁷¹. On note ainsi un mouvement d'ensemble en faveur de la compétence consultative du Tribunal, expression de soutien des Etats Parties à la Convention, lesquels semblent y voir une procédure de repli. L'on se rappelle que la Convention⁷² prévoit qu'aucune disposition de la présente partie [Partie XV] n'affecte le droit des Etats Parties de convenir à tout moment de régler par tout moyen pacifique de leur choix un différend surgissant entre eux à propos de l'interprétation ou de l'application de la Convention.

Dans cet esprit, on peut tout à fait concevoir que des parties à la Convention concluent un accord international se rapportant aux buts de celle-ci et prévoyant expressément une demande d'avis consultatif au Tribunal⁷³. Il faut ensuite déterminer la forme que prendra l'accord ; un traité institutif d'une organisation internationale ou une convention quelconque.

68. Il s'agit du Lesotho de la Namibie, de l'Afrique du Sud et du Mozambique. Voir Rapport du 23 février 2010, 3-4.

69. Questions du délégué namibien. Id. 4.

70. Référence à l'allucution de M. Rudiger Wolfrum du 19 juin 2006, portant «Rapport du Tribunal à la 16ème session de la Réunion des Etats Parties.

71.. Allocution du 28 novembre 2005, UN Doc. A 60/PV.54 (2004), 27.

72. Art. 280 de la Convention portant « Règlement des différends par tout moyen pacifique choisi par les parties ».

73. Pour se conformer aux conditions énoncées à l'article 138 du Règlement.

Les organes habilités à demander l'avis

Il n'y a pas, à proprement parler, un mécanisme d'habilitation institué⁷⁴. A priori, tout organe, désigné ou agissant conformément à un accord international dûment conclu, peut faire une demande d'avis consultatif. L'organe en question doit être celui d'une organisation internationale qui lui attribue la compétence de demander un avis consultatif au Tribunal car, jusqu'ici, la procédure consultative est ouverte aux organisations internationales et à elles seules⁷⁵. Ces organisations internationales devront remplir les conditions prévues à l'article 138 du Règlement. Ce n'est pas à dire que les Etats ne pourront jamais ouvrir la

74. Comme le prévoit l'art. 96 de la Charte des Nations Unies en ce qui concerne la Cour internationale de justice.

75. Certains auteurs pensent que la procédure consultative devant le Tribunal devrait être aussi ouverte aux Etats. V. José Luis Jesus, « Article 138 » in *The Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea : A Commentary*, pp. 394; Rao et Gautier eds. (2006). Le Juge Wolffum pense, quant à lui, que la fonction consultative du Tribunal pourrait potentiellement se révéler une « alternative to contentious proceedings ». Rapport op. cit. (note 63), paragraphe 18. Pour le Juge Rao, la réunion des Etats Parties devrait pouvoir demander des avis consultatifs au Tribunal sur des questions juridiques relevant de la Convention; voir P.C. Rao «ITLOS: The First Six Years », *MPYIL*, 183,2002, spec, pp. 211- 212. Le juge Rao écrit :

The question arises as to whether a Meeting of States Parties could seek advisory opinions of the Tribunal on legal questions arising under the Convention. It may be recalled that the Council of the League of Nations made requests for advisory opinions on behalf of other international agencies and States, though neither the League Covenant expressly authorized the Council or Assembly of the League to request such opinions, nor did the constitutions of others expressly authorize them to ask the League to request advisory opinions.¹⁴⁷ On the basis of this practice, it may be argued that even a 'treaty organ' like the Meeting of States Parties might, if it so decides, request advisory opinions of the Tribunal. How else could it (and through it the Commission on the Limits of the Continental Shelf set up under Annex II to the Convention) obtain independent advice on legal questions arising within the scope of their activities under the Convention, especially when they concern the interpretation or application of the Convention? When the need arose, the States Parties postponed in 1995 the election of judges to the Tribunal, clearly deviating from the mandatory provisions of article 4, paragraph 3, of the Statute.¹⁴⁸ Similarly, the eleventh Meeting of States Parties made a change in respect of the date of commencement of the ten-year period for making submissions to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, clearly deviating from the provisions of article 4 of Annex II to the Convention.¹⁴⁹ In the scheme of the Convention and the Statute, there is thus warrant for the Meeting of States Parties to seek advisory opinions of the Tribunal should the need arise.

procédure consultative devant le Tribunal, mais ils devront trouver la démarche appropriée⁷⁶.

Matières et conditions

Matières

La voie consultative est ouverte lorsqu'un accord international⁷⁷ se rapportant aux buts de la Convention le prévoit. Ces buts de la Convention sont prolifiques. On peut citer: les ressources biologiques de la mer; la conservation générale, environnement et écosystème ; la recherche scientifique marine ; la pollution ; la navigation maritime ; la criminalité en mer et la sécurité maritime ; les créances maritimes et responsabilités; les transports maritimes.

Dans ces matières, il y a de nombreux problèmes qui peuvent utilement faire l'objet de demande d'avis consultatifs comme le révèlent les différents ateliers du Tribunal. Une question récurrente à trait au rôle des organismes régionaux de gestion des pêches et à la pêche illicite.

Voir l'allocution prononcée devant la session plénière de l'Assemblée générale le 26 octobre 1999 par le juge Stephen M. Schwebel, qui était alors le Président de la CIJ.

Voir l'annuaire 1996-1997 du Tribunal, vol. 1,6.

Voir SPLOS/73, pp. 11-13.

Le Statut juridique de la réunion des Etats Parties est, pour le moins, incertain. L'article 319, paragraphe 2, lettre e) dispose : « Outre les fonctions de dépositaire, le Secrétaire général (des Nations Unies) convoque les réunions nécessaires des Etats Parties conformément à la Convention.

La réunion des Etats Parties se présente ainsi comme une conférence internationale périodique et pas comme un organe institué permanent. Qui plus est, « tous les Etats Parties sont ipso facto membres de l'Autorité » aux termes de l'article 156, paragraphe 2 de la Convention. La réunion des Etats Parties rappelle les conférences diplomatiques traditionnelles, du point de vue de son fonctionnement, les délégués doivent suivre les instructions de leur gouvernement respectif. Par leur truchement, les Etats Parties conservent l'initiative de l'action à l'Autorité internationale des fonds marins comme aux Nations Unies. Les Etats peuvent ainsi agir sur le Tribunal du droit de la mer, l'Assemblée ou le Conseil de l'Autorité

76. Voir Ki Jun You, *op. cit.* (note 58), 370, note 43.

77. Il s'agit donc d'un traité au sens de l'article 1 al. A) de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

Une autre question d'importance est celle relative à la recherche scientifique marine. On sait que tous les Etats ainsi que les organisations internationales compétentes ont le droit d'effectuer des recherches scientifiques marines⁷⁸. Ce droit est limité par des droits et obligations des autres Etats tels que définis dans la Convention. Le champ d'application des droits et obligations des uns et des autres n'est pas simple à déterminer. Les débats au sein des groupes d'experts du droit de la mer le montrent à souhait⁷⁹.

Un autre problème très sensible est celui dit de la piraterie et autres actes de violence en mer. Ces actes sont commis dans des zones sous juridiction nationale : à proximité des côtes, dans les eaux des détroits, dans les avant-ports. Ils sont, de nos jours, commis aussi en haute mer. La mutabilité des actes de piraterie et de violence en mer va plutôt dans le sens de leur multiplication. Le régime juridique qui leur est applicable n'est guère aisé à déterminer.

Il y a aussi la question de la pollution et la préservation du milieu marin. Aux termes de la Convention, il incombe aux Etats de veiller à l'accomplissement de leurs obligations internationales en ce qui concerne la protection et la préservation du milieu marin. Ils sont responsables conformément au droit international. Les Etats veillent à ce que leur droit interne offre des voies de recours permettant d'obtenir une indemnisation rapide et adéquate ou autre réparation des dommages résultant de la pollution du milieu marin par des personnes physiques ou morales relevant de leur juridiction. Pour ce faire, les Etats coopèrent pour assurer l'application et le développement du droit international de la responsabilité en ce qui concerne l'évaluation et l'indemnisation des dommages et le règlement des différends en la matière⁸⁰. Il y a là des problèmes très complexes qui peuvent nécessiter des demandes d'avis consultatifs lesquelles sont assujetties à un certain nombre de conditions à remplir.

78. Partie XIII de la Convention, voir article 238.

79. Voir les débats du groupe d'Experts de la Commission océanographique Internationale de l'UNESCO, le groupe ABELOS. www.unesco.org.

80. Voir article 235 de la Convention.

Conditions

L'article 138 du Règlement énonce un certain nombre de conditions à remplir pour que la demande d'avis consultatif sur une question juridique soit recevable. D'abord, il faut un accord international c'est-à-dire un traité au sens de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Ensuite, l'accord en question doit se rapporter aux buts de la Convention. On a évoqué plus haut quelques aspects saillants des buts de la Convention. Cette condition apparaît comme une nécessité logique.

Après, il faut que l'accord international prévoit expressément qu'une demande d'un tel avis est soumise au Tribunal. Cette condition est difficile à remplir dans la mesure où aucun accord international ne la prévoit; soit parce que les accords sont préexistants ou antérieurs au Règlement du Tribunal, soit encore parce que les Etats ne pouvaient pas s'imaginer que la clause attributive de compétence serait une création d'un organe qu'ils ont institués. Il suffit de se reporter aux clauses de règlement des différends, aux clauses de juridiction pour s'en rendre compte. Cette condition risque de rendre l'article 138 simplement inapplicable⁸¹.

Par ailleurs, l'avis consultatif doit porter sur une question juridique. L'esprit et les méthodes très politiques qui prévalent dans les organisations internationales posent le problème de la conciliation de la fonction consultative avec le caractère essentiellement judiciaire du Tribunal. Donc, formellement, lorsqu'une question n'est pas purement juridique, elle ne peut faire l'objet d'une demande d'avis. Il faudra s'employer à ne retenir que les aspects juridiques per se d'une question ; ce qui est une tâche peu aisée. Les circonstances qui entourent la question juridique devront - peut-être - être éludées. Ce qui pose le problème de la liberté de la juridiction à l'égard de la question à elle posée.

Il y a enfin une condition implicite liée au champ d'application de la compétence consultative. Elle a trait au régime international des fonds marins et aux activités menées dans la Zone. Dans ces domaines, la

81. Voir les dispositions relatives au règlement des différends dans les matières du droit de la mer. Voir le site www.un.org/DOALOS.

Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a une compétence exclusive⁸².

Les règles applicables aux procédures consultatives devant la Chambre des différends relatifs aux fonds marins⁸³ s'appliquent mutatis mutandis aux procédures consultatives devant le Tribunal plénier⁸⁴. Si le régime de la procédure consultative devant la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins est très clair, celui relatif au Tribunal plénier recèle des incertitudes qui seront sans doute levés à mesure que le Tribunal connaîtra des demandes d'avis consultatifs. A la première occasion, il faudra interpréter les textes dans le sens de leur toilettage, de façon à compétrer la clause attributive de compétence, constituée par le paragraphe 1 de l'article 138 du Règlement, sur un certain nombre de points.

D'abord, il faudra reconnaître un statut juridique à la Réunion des Etats Parties de façon à lui faire jouer un rôle. Ensuite, il faudra créer un mécanisme d'habilitation ou d'autorisation par la Réunion des Etats Parties et qui définisse ses relations avec les organes institués par la Convention : Commission des limites du Plateau continental, Tribunal international du droit de la mer; mais également d'autres organisations internationales agissant dans des domaines se rapportant aux buts de la Convention. Après, il faudra penser à identifier les dites organisations internationales et en particulier les Organisations régionales de gestion des pêches qui peuvent se révéler comme des clients potentiels de la procédure consultative devant le Tribunal. Enfin, il faudra progressivement préciser les matières sur lesquelles les avis de l'article 138 doivent porter, en indiquant les règles générales relatives au processus de décision et la méthode de traitement de la 'question juridique⁸⁵.

82. Voir articles 186 et 187 de la Convention, article 14 du Statut du Tribunal et article 130 du Règlement du Tribunal.

83. C'est-à-dire les articles 130 à 137 du Règlement du Tribunal.

84. Article 138, paragraphe 3, du règlement du Tribunal

85. La «question juridique» est formulée de façon très vague comparée à ce que l'on trouve à l'article 96, paragraphe 2. de la charte des Nations Unies.

La matière est manifestement demanderesse en règles. Le Tribunal a besoin de plusieurs demandes d'avis pour fixer progressivement le régime de sa fonction consultative en formation plénière. Celle-ci peut s'avérer comme un mécanisme très utile dans ce monde en mutation rapide. Comme le fait remarquer le Juge José Luis Jesus

as the international community faces new challenges in ocean activities, such as piracy and armed robbery, advisory proceedings before the Tribunal on legal questions concerning the application and interpretation of provisions of the Convention may prove to be a useful tool to States⁸⁶.

De nos jours, d'importantes et difficiles questions reviennent devant l'actualité et qui pouvaient justifier le recours à la procédure consultative. Il suffit de penser au statut juridique des îles et rochers, à la protection et à la préservation de l'environnement marin sans parler de la pêche INN, la pêche hauturière ou les problèmes relatifs à la responsabilité de l'Etat du Pavillon. Il y a la matière pour des avis du Tribunal.

Le 28 mars 2013, une demande d'avis consultatif a été soumise au Tribunal international du droit de la mer en formation plénière par la Commission sous-régionale des pêches (CSRP)⁸⁷. La CSRP, dont le siège est à Dakar (Sénégal), est composée de sept Etats membres : Cap-Vert, Gambie, Guinée, Guinée-Bissau, Mauritanie, Sénégal et Sierra Leone. Par une résolution⁸⁸ adoptée au cours de sa quatorzième session extraordinaire, la Conférence des Ministres de la CSRP a habilité le Secrétaire permanent de la CSRP à saisir le Tribunal international du droit de la mer [...] aux fins de rendre un avis consultatif sur les questions suivantes :

1. Quelles sont les obligations de l'Etat du pavillon en cas de pêche illicite, non déclarée, non réglementée (INN) exercée à l'intérieur de la Zone Economique Exclusive des Etats tiers ?

86. ITLOS. 12 YEARBOOK (Leiden/Boston : MartinusNijhoff, 2008, 258; para, 9

87.. Voir ITLOS/Press 190 du 28 mars 2013

88. Résolution du 27 mars 2013, No. 437CSRP/SP portant « demande d'avis consultatif », adoptée h la quatorzième session extraordinaire (25-29 mars 2013)..

2. Dans quelle mesure l'Etat du pavillon peut-il être tenu pour responsable de la pêche INN pratiquée par les navires battant son pavillon ?

3. Une organisation internationale détentrice de licences de pêche peut-elle être tenue pour responsable des violations de la législation en matière de pêche de l'Etat côtier par les bateaux de pêche bénéficiant desdites licences ?

4. Quels sont les droits et obligations de l'Etat côtier pour assurer la gestion durable des stocks partagés et des stocks d'intérêt commun, en particulier ceux des thonidés et des petits pélagiques ?

Cette résolution a été adoptée conformément à l'article 33 de la Convention du 8 juin 2012 relative à la détermination des conditions minimales d'accès et d'exploitation des ressources halieutiques à l'intérieur des zones maritimes sous juridiction des Etats membres de la Commission sous-régionale des pêches (CCMA), selon lequel la Conférence des Ministres peut habiliter le Secrétaire permanent de la CSRP à porter une question juridique spécifique devant le Tribunal pour avis consultatif⁸⁹. Par lettre du 27 mars 2013, le Secrétaire permanent de la CSRP, M. Kane Cire Amadou, a transmis la demande d'avis consultatif au Président du Tribunal. La demande d'avis consultatif a été inscrite au rôle des affaires du Tribunal international du droit de la mer en tant qu'affaire n° 21.

Par note verbale du 8 avril 2013, le Greffier a notifié la demande d'avis consultatif à tous les Etats Parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer conformément à l'article 133, paragraphe 1, du Règlement du Tribunal⁹⁰. Le Tribunal a décidé, conformément à l'article 133, paragraphe 2, de son Règlement, que la CSRP et les organisations intergouvernementales⁹¹ sont considérées susceptibles de fournir des informations sur les questions soumises au Tribunal pour avis

89. L'article 33 de la CCMA du 8 juin 2012 dispose : « La Conférence des Ministres de la CSRP peut habiliter le Secrétaire Permanent de la CSRP à porter une question juridique déterminée devant le Tribunal international du droit de la mer pour avis consultatif »

90. Voir l'ordonnance du Tribunal du 24 mai 2013 portant Demande d'Avis Consultatif soumise par la Commission Sous-régionale des Pêches..

91. Voir liste à l'annexe de l'Ordonnance précitée du 24 mai 2013.

consultatif. Le Tribunal a invité⁹² les Etats Parties à la Convention, la CSRP et les autres organisations intergouvernementales à présenter des exposés écrits sur les questions soumises au Tribunal pour avis consultatif, conformément à l'article 133, paragraphe 3, du Règlement.

Le Tribunal a fixé⁹² au 29 novembre 2013 la date d'expiration du délai pour la présentation au Tribunal des exposés écrits, conformément à l'article 133, paragraphe 3, de son Règlement et il a enfin décidé⁹³ qu'une procédure orale aura lieu conformément à l'article 133, paragraphe 4. Les questions posées au Tribunal sont l'objet de préoccupation dans toutes les parties du monde et en particulier en Afrique de l'Ouest⁹⁴ en plus des aspects juridiques très importants qu'elles soulèvent.

92. id

93. id

94. Voir Tafsir Malick Ndiaye, «Illégal, Unreported and Unregulated fishing : Responses in General in West Africa ; 10 Chinese Journal of International Law (2011) : 373-405, available at [http:// chinesejil.oxfordjournals.org](http://chinesejil.oxfordjournals.org).

LES DROITS DE L 'HOMME AUJOURD'HUI

IN

CONTEMPORARY DEVELOPMENTS IN INTERNATIONAL
LAW Essays in honour of Budislaw VUKAS

Brill/ NIJHOFF, 2015, 2015, pp . 574-582

Les droits de l'homme¹ apparaissent comme une pièce de musée à restaurer, exigeant du juriste qu'il joue le rôle de l'archéologue et parfois même celui de l'architecte car la matière est demanderesse en règles. L'on peut observer deux tendances dans l'ordre international des droits de l'homme ; des principes universalistes et l'existence de particularismes nationaux. Cette situation engendre la dialectique de la solidarité et de l'identité qui fait que, dans cette matière, les ordres interne et international sont synchrones.

* Juge au Tribunal International du Droit de la Mer, - C'est avec un plaisir tout particulier que nous rendons hommage à notre cher collègue et ami Budislav VUKAS que j'ai appris à connaître après neuf années passées au Tribunal International du Droit de la Mer : un homme la courtoisie exquise et à l'humour incomparable..

1. Les études relatives aux droits de l'homme ne se comptent plus. L'on retiendra: F. Ermacora, « Human Rights and Domestic Jurisdiction », Recueil des Cours de l'académie de Droit international de La Haye (RCADI), 1968-r, Yol.e4, pp.37L-452t K. Vasak, « Le droit international des droits de l'homme », RCARDI, 1974-IV, Yol. 140, pp. 333-416 ; P. Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1983, 569 p.; N. Valticos, « La notion de droits de l'homme en droit international », *Mélanges Virally*, 1991, pp. 483-49r ; Ph. I-iston (ed.), *The United Nations and Human Rights. A Critical Appraisal*, OUP, Oxford, 1992, 748 p.; sroI, *Colloque de Strasbourg. La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international* Pédone, Paris, 1998, 344 p. ; T.M. Ndiaye, « Introduction aux droits de l'homme », *Revue Pax Africa* Dakar, n1 r, juin-août 1989, p.8 et s. ; J.S. Watson, *Theory and Reality in the International Protection of Human Rights*, Transnational Publishers, New-York, 1999, 325 p. ; Ch. Tomuschat *Human Rights : Between Realism and Idealisation*, OUP, Oxford, 2003, 333 P. ; O. De Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Pédone, Paris, 2004, 561 p. ; E. Decaux (dir.), *Les Nations unies et les droits de l'homme*, Pédone, Paris, 2006, 348 P. ; SFDI, *Colloque de Nanterre, La responsabilité de protéger*, Pédone, Paris, 2008, 358 p. ; R. Cassin, « La Déclaration Universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme », RCADI, 1991-II, Vol' 79, pp 237-367 ; P.R Ghandhi, «The Universal Declaration of Human Rights at fifty years», *German Yearbook of International Law*, 1998, pp. 206-251 ; M. Nowak *UN Covenant on Civil and Political Rights*, ccpr Commentary, Engel, Kehl, 1974, 936 p. ; M. Sepulveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Antwerp, 2001, 446 p. ; J. Dhommeaux, « Les méthodes du Comité des droits de l'homme dans l'examen des rapports soumis par les Etats parties au Pacte sur les droits civils et politiques », *Annuaire français de Droit international*, 1988, pp. 331-364 ; R' Sodini, *le Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, Montchrestien, Paris, 2000, 220 p. ; K. Vasak, *La Contention européenne des droits de l'homme*, LGII, Paris, 1964, 327 p. ; H. Gros-Espiell, « La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme: Analyse comparative », RCADI, 1989-VII, vol. 218, op. 167-412 ; F. Ouguergouz, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*. puf. Paris, 1993, 477p. ; .K. Mbaye, *Les droits de l'homme en Afrique*. Pédone, Paris, 1992, 312 p.'

Il faut cependant remarquer que le caractère universel est aujourd'hui consacré. Un rapide coup d'œil sur les chartes fondamentales des Etats suffit à le prouver, sans parler de la consécration par les instruments juridiques de nature conventionnelle ou autre.

L'appareil instrumentaire est en effet impressionnant puisque l'on note plusieurs dizaines de textes.² Le fondement à cet édifice normatif est la dignité de l'homme.

La première affirmation universelle de l'ensemble des droits de l'homme est la Charte de l'Organisation des Nations Unies. C'est que, jusque-là, les droits de l'homme avaient un caractère purement national et les tentatives internationales étaient pour le moins partielles et obéissaient à une logique de subsidiarité dans un monde relationnel marqué par des souverainetés omniprésentes et rebelles à toute immixtion extérieure.

Il faudra attendre la deuxième guerre dite mondiale avec les atrocités commises par le régime hitlérien pour voir une communauté internationale meurtrie³ se décider à réglementer la matière des droits de l'homme. Et dès le départ, la Charte des Nations Unies établit un lien intime entre les droits de l'homme et la paix..

2. Voir I. Brounlie, *Basic Documents on Human rights*, Clarendon Press, Oxford, 1992, 603 p.; Haut-commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme, *Droits de l'Homme: recueil d'instruments internationaux*, Vol. 1: Instruments Universels, 2 tomes, New-York/Genève, 2002, 1990 p.; Vol. II t: Régional instruments, rrg7, 484 p.; P.R. Gandhi, *Blackstone's International Human Rights Documents*, oup, Oxford, 2004 ,507 p.; O. de Schutter et al, *Code de droit international des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, 85,r p'; P. Rolland et P. Tavernier, *La protection internationale des droits de l'homme*, « Que sais je ? », no 246i, PUF, Paris, 1994, 128 p.

3. l'on peut lire dans .le Préambule de la Charte des Nations Unies : « Nous, Peuples des Nations Unies, Résolus: à préserver les générations futures du fléau de la guerre qui, deux fois en l'espace d'une vie humaine, a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances, à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine: dans l'illégalité des droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites.

Les articles 1er paragraphes 3, 55 et 68 de la Charte sont ceux qui ont trait aux droits de l'homme⁴ et La Charte des Nations Unies apparaît ainsi comme un élément considérable dans l'ordre des droits de l'homme. Cependant, ces dispositions y relatives comportent une part d'incertitude conceptuelle.

En, effet, la notion de coopérations est moins restrictive de la souveraineté des Etats que celle d'action qui infère des initiatives internationales destinées à protéger les droits de l'homme. Ces initiatives peuvent émaner de chancelleries d'Etat ou être le fait d'organisations non gouvernementales.

Seulement, la sensibilité croissante de l'opinion publique dans le monde due, au développement prodigieux des moyens de l'information est apparue comme un facteur facilitant l'épanouissement de la cause des droits de l'homme. Il suffit de penser à l'internet et de ses réseaux sociaux Facebook; Twitter, etc ainsi qu'aux applications qu'ils sont susceptibles de générer dans l'ordre des droits de l'homme.

Nous vivons en effet à une époque où les hommes sont contemporains de l'événement; c'est-à-dire que ce qui se passe dans un Pays est connu et révélé ailleurs, de sorte qu'il s'est vite constitué ce que l'on pourrait qualifier de réseau international des droits de l'homme.

4. L'article premier paragraphe 3 dispose : « Réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ». Pour ce qui est de la coopération économique et sociale internationale, l'article 55 (c) énonce « le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion. L'article 56 se lit: « Les Membres s'engagent en vue d'atteindre les buts énoncés à l'article 55, à agir tant conjointement que séparément, en coopération avec l'organisation ». En ce qui concerne la Procédure, l'article 68 dispose: « Le conseil Economique et social institue des commissions pour les questions économiques et sociales et le progrès des droits de l'homme ainsi que toutes autres commissions nécessaires à l'exercice de ses fonctions ».

5. Article 1er, paragraphe 3, op. cit. (note 4)

6. Article 56. op. cit (note 4)

Pour autant, ce mouvement n'a pas la faveur des Etats qui y voient une atteinte à leur souveraineté. Ils savent qu'ils disposent du pouvoir exclusif d'action à l'égard de leurs administrés de par leur compétence personnelle et territoriale, et sont souvent les premiers à vanter les mérites de leur droit interne relatif aux droits de l'homme. C'est pourquoi, les Etats sont réticents - qu'ils l'avouent ou pas - face aux interventions extérieures dans le domaine des droits de l'homme, que celles-ci proviennent de « gestes significatifs » de chancelleries, de la communauté internationale ou encore d'Organisations non gouvernementales. En particulier, les Etats sont souvent rebelles au système de protection internationale indifférenciée ou tolèrent plus facilement les mécaniques distinguant les nationaux et les résidents étrangers.

Toujours est-il que le jeu des Conventions internationales a fini par asseoir un véritable système international des droits de l'homme même si les Etats le contrôlent. Paul Valéry ne nous avertissait-il pas à la fin de la deuxième guerre mondiale : « le temps du monde fini commence »?⁷

Cependant, les équivoques du langage politique et constitutionnel ont fait que des Etats à régime très différent entretiennent suivant leur option des conceptions particulières des droits de l'homme : d'où la liste des principes.

On a ainsi un ordre de l'équivalence dans lequel le droit des gens a évolué et la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 restait à faire puisque la Charte des Nations Unies ne définit pas les droits de l'homme.

La Déclaration universelles⁸ est sans conteste le plus connu des textes issus des Nations Unies et relatifs aux droits de l'homme. Le projet a trois illustres parrains: le Français René Cassin, l'Américaine Eléonore Roosevelt et le Libanais Charles Malek..

7. P.Valéry, Regards sur le monde actuel, Collection idées, Gallimard, Paris, 1979, 376 p., voir p. 19.

8. Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, A/RES.zrz (111) de l'Assemblée générale des Nations Unies.

Quels sont les droits que l'on trouve énoncés dans ce texte fondamental ?

L'on peut dire que quatre colonnes soutiennent le portique. D'abord, les droits personnels; ensuite les droits qui régissent les rapports de l'homme avec les autres hommes et qui renvoient à un critère de latéralité; après les facultés d'ordre spirituel et enfin les droits d'ordre matériel.

L'on peut les ramener, pour l'essentiel, à deux types de droits : les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels. Les droits de l'homme se présentent d'abord et avant tout comme des droits, c'est-à-dire un intérêt juridiquement protégé, pour parodier l'hering, inhérent à l'homme et destiné à lui assurer sa dignité d'homme face à l'Etat et aux autres hommes.

Quels sont les caractères des différents droits de l'homme ?

Les droits civils et politiques s'analysent en droit, comme opposables à l'Etat. Ils supposent pour être mis en œuvre une abstention de l'Etat. Ces droits ont connu leur consécration avec la Révolution française de 1789. On les qualifie parfois de droits-attributs ou de droits de la liberté ou encore de droits de l'homme de la première génération⁹. Ces droits apparaissent le plus souvent comme des droits individuels : droit d'aller et venir, liberté d'expression, etc.

En ce qui concerne les droits économiques, sociaux et culturels aussi appelés droits de la deuxième génération, ils naissent avec les révolutions mexicaine (1910) et bolchévique (1917) et peuvent s'apprécier comme des droits de l'homme non pas opposables à l'Etat mais exigibles de lui. Ils s'analysent ainsi en créances à la charge de l'Etat. Ce sont les droits de l'égalité dont la mise en œuvre suppose une prestation de l'Etat. Ces droits sont le plus souvent des droits collectifs : droit au travail, droit à la santé, à l'éducation, à l'information, etc.

9. Suivant la terminologie utilisée par le Pr. K Vasak dans son Cours à l'Académie de droit international de La Haye en 1974, voir note 1, supra

Mais les droits de l'homme ne sont pas des concepts statiques. Chaque jour peut apporter son nouveau droit de l'homme.

Claude Bernard ne disait-il pas que « la fonction crée l'organe » ? Aussi, parle-t-on de droits de la troisième génération ou encore de solidarité. Ce sont des droits à la fois opposables à l'Etat et exigibles de lui et qui supposent la conjonction des acteurs du jeu social. Il s'agit, par exemple, du droit au développement;¹⁰ du droit à la paix ; du droit à l'environnement sain qui trouve une assise constitutionnelle dans la Déclaration de Stockholm de 1972;¹¹ Il du droit au patrimoine commun de l'humanité tel que dégagé par l'Assemblée générale des Nations Unies;¹² cette dernière catégorie de droits a trait au fond des mers et à l'espace interstellaire.

Les droits de la troisième génération ont fait l'objet de vives critiques dans la doctrine.¹³ On leur reproche d'être moins des droits que des aspirations et d'objet précis. Ces droits seraient :.insusceptibles de mise en œuvre juridictionnelle et risqueraient même d'affaiblir les droits de l' homme.

10 Voir K. Mbaye, « Le droit au développement », Revue des droits de L'homme, Strasbourg, 1971, pp.5-34.

11 Voir: T.M. Ndiaye, « La responsabilité internationale des Etats Pour dommages au milieu Marin », in *International Law: New Actors, New Concepts Continuing Dilemmas*, Liber Amicorum B. Bakotic, Martnus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2010, Pp. 265-279. En effet, la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, tenue en 1972 à Stockholm devait réitérer la règle. Le Principe 21 de la Déclaration de Stockholm se lit « Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leurs politiques d'environnement, et ils ont le devoir de s'assurer que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction national » Le même principe sera proclamé par la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, adoptée le 13 juin 1992 [A/CONF/51/26.Rev. 1 du 14 juin 1992]. Dans son avis consultatif du 8 juillet 1996 relatif à la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, la Cour internationale de justice confirme la force obligatoire du principe : CIJ, Recueil 1996, p. 226, spec. pp. 241-242, paragraphe 29. Voir en outre, l'affaire relative au, Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, CIJ, Recueil 1997, p. 7, spec. P. 41, paragraphe 53.

12 Résolution 2749 (XXXIV) de 1969 de l'Assemblée générale des Nations Unies.

13 Voir R. Pelloux, « Vrais et faux droits de l'homme : Problèmes de définition et de classification », Revue du droit public et de la science politique en France et d l'étranger, 1981 p. 53.

Ces critiques nous paraissent peu fondées. Les droits de l'homme doivent constituer un espace de plus en plus ductile. Autrement dit, la mutabilité des droits de l'homme doit aller dans le sens de leur amplification.

De plus, tout droit a d'abord été aspiration avant de devenir droit. Quant à l'impossibilité de mise en œuvre juridictionnelle, elle procède d'une erreur théorique consistant à fonder l'existence de la norme sur la sanction. C'est ce mouvement conceptuel qui a été jusqu'à nier l'existence du droit constitutionnel et du droit international.

La vérité est que la sanction ne conditionne nullement l'existence de la norme. Elle conditionne seulement son exécution. Ce n'est pas parce que le dakarais n'emprunte pas le passage clouté que celui-ci n'existe pas'

Un autre argument soulevé contre les droits dits de solidarité a trait à la hiérarchisation. A ce propos, il convient de souligner l'indivisibilité des droits de l'homme et l'absence de priorité en droit. C'est seulement au plan logique que l'on peut concevoir une certaine préséance car certains droits de l'homme - le droit à la vie par exemple - sont des droits sans lesquels le titre à la plainte devient soluble.

Nous avons de nos jours la catégorie des droits de l'homme que l'on pourrait appeler les droits de l'humanité, symbolisés par l'institution de la Cour pénale internationale que crée le Statut de Rome. En effet, la Conférence de Rome a débouché, le 17 juillet 1998, sur l'adoption de la Convention portant Statut de la Cour pénale internationale. Cette nouvelle juridiction permanente est compétente pour réprimer des individus accusés de crimes internationalement qualifiés et imprescriptibles : crime de génocide ; crimes contre l'humanité ; crimes de guerre et crime d'agression¹⁴. La juridiction a eu des devancières qui avaient plutôt un caractère ponctuel puisqu'il s'agit de tribunaux ad hoc. Qu'il s'agisse des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo établis par les puissances victorieuses de la seconde guerre mondiale ou des Tribunaux spéciaux créés par le Conseil de Sécurité pour les crimes commis en ex-Yougoslavie, au Rwanda, au Cambodge, en Sierra Leone ou encore au Liban.

14. L'article 5 du Statut de Rome dispose en son Paragraphe premier: « la compétence de la Cour est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale.

Les Etats-Parties au Statut de Rome se disent conscients que tous les peuples sont unis par des liens étroits et que leurs cultures forment un patrimoine commun, et soucieux du fait que cette mosaïque délicate puisse être brisée à tout moment. Ils ont à l'esprit qu'« au cours de ce siècle, des milliers d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes d'atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine »¹⁵ Les Etats se sont déterminés à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes. Pour ce faire, ils ont institué la Cour pénale internationale qu'ils reconnaissent « complémentaire des juridictions pénales nationales ».¹⁶

Comme le remarque un auteur,¹⁷ des individus deviennent les objets directs des obligations posées, en ce sens qu'ils peuvent être directement attraités devant une juridiction internationale, à la suite d'une action internationalement diligentée et qui peut intégralement échapper à leur Etat national. C'est là une différence sensible par rapport à des développements institutionnels antérieurs, qui avaient vu par exemple le Conseil de Sécurité demander à un Etat, la Libye, la remise de certains de ses nationaux à d'autres Etats pour qu'ils puissent y être jugés, obligation imposée qui allait au-delà de la coopération établie par les conventions relatives à la répression de la piraterie aérienne.¹⁸

Les individus sont cependant objets plus que sujets des normes ainsi posées, puisqu'ils ne peuvent eux-mêmes déclencher l'action pénale, déclenchement qui reste l'apanage des Etats parties, du Conseil de Sécurité ou du Procureur sous le contrôle d'une Chambre préliminaire.

Quelles sont les nonnes relatives aux droits de l'homme ?

En vertu du présent Statut, la Cour a compétence à l'égard des crimes suivants: (a) Le crime de génocide; (b) Les crimes contre l'humanité; (c) Les crimes de guerre; le crime d'agression ». voir le document A/CONF.183/9 du 17 juillet 1998 et amendé par les procès-verbaux en date des 10 novembre 1998, 12 juillet 1999, 30 novembre 1999, 8 mai 2000, 17 janvier 2001 et 16 janvier 2002. Le Statut est entré en vigueur le 1er juillet 2002.

15 Préambule du Statut de Rome.

16 Ibid

17 Pr. S. Sur, « Vers une Cour pénale internationale : la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Sécurité », *Revue générale de droit international public*, 1999, no 1, pp. 29-45.

18 Res.731 du 21 janvier 1992; Res 748 du 31 mars 1992.

La valeur universelle des droits de l'homme justifie l'adoption d'instruments juridiques destinés à définir les différents droits et de permettre aux Etats de prendre des engagements à leur sujet. En revanche, les spécificités telles qu'elles résultent du partage Est-Ouest et des indépendances conduisent à une régionalisation de la promotion et de la protection des droits de l'homme. C'est pourquoi, il faut distinguer les instruments à vocation régionale.

Au plan universel, on peut relever ce que l'on appelle la Charte internationale des droits de l'homme composée de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948¹⁹ et des deux pactes de 1966 adoptés au sein des Nations Unies et qui regardent les droits civils et politiques d'une part et les droits économiques, sociaux et culturels de l'autre.

Au plan régional, il convient de mentionner la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme signée à Rome le 4 novembre 1950 et complétée par cinq Protocoles additionnels; la convention américaine des droits de l'homme signée à San José de Costa Rica le 22 novembre 1959 et enfin la charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui a été élaborée sous les auspices de l'OUA et qui fut adoptée par acclamation le 28 juin 1981 par la conférence au Sommet des chefs d'Etat et de Gouvernement réunis de Nairobi (Kenya). La charte africaine est entrée en vigueur le 21 octobre 1986.

A côté des normes écrites en matière de droits de l'homme qui proviennent de sources prolifiques (résolutions, déclarations et conventions) n'ayant pas toutes la même portée juridique, il convient de relever la consécration de l'implantation coutumière des différents instruments relatifs aux droits de l'homme qui est un point fondamental du droit des gens.

19. Op. cit. (note 8)

La jurisprudence de la Cour internationale de justice et celle du Tribunal international du droit de la mer le montrent assez.²⁰ Comme on le voit, les règles relatives aux droits de l'homme sont d'origines diverses. Elles sont d'inégale force juridique et diffèrent quant à leurs domaines d'application et leur portée. Elles sont également différentes quant à leurs bénéficiaires et à leurs destinataires.

Mais si on passe du plan de la pensée juridique à celui de la réalisation, celui de la mise en œuvre, on s'aperçoit que les aspérités sont tenaces. Les droits de l'homme sont en effet l'objet de « travaux pratiques » pour ne pas dire plus.

C'est qu'il existe un certain nombre de facteurs limitant l'épanouissement des droits de l'homme.

D'abord, le caractère totalitaire de nombre de régimes politiques. Ces dictatures honteuses qui se nourrissent de sang et de silence et dont notre continent fournit des exemples sinistres.

Ensuite, le sous-développement économique et les dirigeants corrompus qui limitent certains droits de la deuxième génération: droit au travail, à la santé, à l'éducation.

Après, la diversité des civilisations et des contextes culturels qui a tendance à remettre en cause le caractère universel des droits de l'homme dans un « monde fini » (Valéry), en suscitant des modes d'allégeance soustraite au contrôle étatique.

Enfin, il y a la structure internationale avec « sa pierre d'angle qui semble résister au temps »²¹ et qui se nomme souveraineté avec son co-

20. voir Affaire du Détroit de Corfou (1949) ; Affaire du crime de génocide (1950) ; Affaire de la Barcelona Traction (1970, § 33 et 34); Affaire de la Namibie (1971, 131); Affaire des otages américains à Téhéran (1980, 19 91); Affaire Lagrand (1999); Affaire Avena et autres ressortissants mexicains (2004). En ce qui concerne le Tribunal International du Droit de la Mer, voir les 9 Affaires de prompt mainlevée et l'affaire Louisa (2003). voir B. Vukas, « Droit de la mer et droits de l'homme », in *The Law of the Sea, selected writings*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 71- 79

21. M. Virally, « une pierre d'angle qui résiste au temps: avatars et pérennité de l'idée de souveraineté », in *Les relations internationales dans un monde en mutation*, HEI 50, Sijthoff, Leiden, 1977, pp. 179-196.

rollaire : le principe de non-ingérence dans les affaires intérieures d'un Etat.²² C'est que depuis qu'il existe cet « artifice de menuiserie) » que l'on appelle trône et des hommes pour s'installer, l'homme lui-même n'a plus où se mettre. Autrement dit, l'homme est en exil dans la société des Etats.

Ces facteurs rendent impossible le contrôle de l'exécution des obligations des Etats. C'est pourquoi la lutte pour la protection des droits de l'homme enregistre de nouvelles pratiques. Et les violations des droits de l'homme suscitent la réaction d'Etats - démarches individuelles ou collectives; expression de la désapprobation ; gestes significatifs ; suspension de l'aide - etc., d'organisations internationales: commissions d'enquête, rapports, etc, et/ ou des organisations non gouvernementales.

Ces dernières apparaissent comme les plus efficaces dans l'ordre des droits de l'homme dans la mesure où leurs actions sont multiples et multiformes et elles peuvent dissuader l'Etat le plus puissant.²³

Cette mobilisation de la honte apparaît souvent salutaire en cas de violation des droits de l'homme. Il faut souhaiter que les citoyens dans les différents pays au monde prennent l'habitude d'exercer leur titre juridique à la plainte – rompant ainsi le mur du silence - en cas de violation de leurs droits pour faire progresser la quête: perpétuelle de dignité pour les hommes qu'est le mouvement inter, trans et intra national pour les droits de l'homme. Alors les droits de l'homme pourront passer du stade de « machin » A celui de « machine ».

Dakar, le 7 février 2013

22 Article 2 paragraphe 7 de la Charte des Nations Unies.

23 Il suffit de penser à, Amnesty International ou Human Rights Watch.

PROCEEDINGS ON THE MERITS BEFORE THE INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA

In

INDIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, VOL, 48, N°
2, April - j une 2008, pp. 169- 187

I. INTRODUCTION

For permanent international courts such as the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), the law applicable to procedure follows the same principle as that governing the merits of a case. Although, to a great extent, the law is already set down, the Tribunal plays an important role in its establishment. The basis on which contentious proceedings are conducted before the Tribunal is essentially the Statute and Rules of the Tribunal.

The Statute of the Tribunal develops a certain number of principles set out in Section 2 of Part XV of the United Nations Convention on the Law of the Sea (hereinafter “the Convention”). It is an integral part of the Convention and forms Annex VI thereto. It can be amended only by the same procedure as amendment of the Convention¹ and, since the Convention and the Statute are in existence, potential litigant parties have no further role to play in the establishment of rules governing their case.

However, these rules are still too general to cover every question that might arise as a case proceeds, and it is for that reason that judges require rules of application. Thus the Statute² of the Tribunal recognises the latter’s power to establish a set of rules of procedure, the object of which is rightly to supplement the general rules laid down in the Convention and the Statute and to specify in detail the measures to be taken in order to give effect to the rules imposed thereon. Therefore the Rules may not contain provisions that are contrary to or contravene those set out in the Statute. The Tribunal cannot grant itself prerogatives not conferred by the Sta-

* Judge at the International Tribunal for the Law of the Sea.

1. Article 41 of the Statute provides: “1. Amendments to this Annex, other than amendments to section 4, may be adopted only in accordance with Article 313 (of the Convention) or by consensus at a conference convened in accordance with this Convention. 2. Amendments to section 4 may be adopted only in accordance with Article 314. 3. The Tribunal may propose such amendments to this Statute as it may consider necessary, by written communications to the States Parties for their consideration in conformity with paragraphs 1 and 2.”

2. Article 16 of the Statute provides: “The Tribunal shall frame rules for carrying out its functions. In particular it shall lay down rules of procedure.” Thus, the International Tribunal for the Law of the Sea drew up Rules and adopted them on 28 October 1997.

tute. In other words, owing to the different status of their authors, the Statute and the Rules do not have the same juridical value.

Indeed, although the Tribunal is bound by the Statute, which forms an integral part of the Convention, it may amend or modify the Rules, which the Tribunal itself established³ However, despite the difference between these two texts, the common objective of their authors is to ensure that parties to proceedings are treated equally. The aim thereof is to enable the proceedings to reach their conclusion as a result of rules being properly applied and parties systematically presenting their claims and counter-claims so that the legal truth can be established. To that end, the Tribunal applies the provisions of the Statute and of the Rules. Alongside these two texts, which set down in detail the modalities according to which a case should be conducted, procedure is governed by the Convention, the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal, and by the Guidelines concerning the Preparation and Presentation of Cases before the Tribunal.⁴

It is by applying this principle of equality between parties that the President of the Tribunal should, pursuant to Article 45 of the Rules, ascertain the views of the parties with regard to questions of procedure. It

3. On many occasions, the International Court of Justice has had to recall the intangible nature of the Statute. Indeed, following Albania's failure to attend in the third stage of the Corfu Channel Case in which the Court was to determine the amount of the compensation to be paid to the United Kingdom], Albania maintaining that the special agreement of 25 March 1948 did not confer jurisdiction on the Court to fix the amount of the compensation, the Court had to throw out the argument, recalling its judgment of 25 March 1948, by means of which competence was conferred on the Court, and stating "in accordance with the Statute (Article 60), which, for the settlement of the present dispute, is binding upon the Albanian Government"; see I.C.J. Reports 1949, p. 248. The Court also stated, in the Haya de la Torre Case, that it should not depart from the principle set out in Article 43, paragraph 1, of its Statute, whereby the procedure was divided into a written and an oral phase, in response to the parties which had suggested that the oral phase of the proceedings be dispensed with. It should be noted that, if this case had been dealt with by the International Tribunal for the Law of the Sea, the latter would have been able to follow the suggestion made by Colombia and Peru insofar as it is the Rules of the Tribunal (Article 44, paragraph 1) which set down the principle of two procedural phases. On the other hand, the court or tribunal may take whichever decisions it sees fit for the conduct of proceedings, provided they are compatible with the provisions of the Statute.

4. These texts can be accessed via the Tribunal's website. See also the *Guide to Proceedings before the Tribunal* at www.itlos.org

is this same principle which should predicate all decisions taken or to be taken with respect to the order in which pleadings should be submitted - the burden of proof, the hearing of the parties and their right to respond, the allotment of time for preparing files, and the time accorded to speakers. As concerns the sanctioning of rules of procedure, the nature of the sources has an effect on the form which that sanction takes. No well-established practice appears to exist. Although there is a tendency for the failure to recognise procedural rules having their origin in an agreement between the parties being sanctioned with inadmissibility, on the other hand, the applicability of this same sanction when the author of the rule of procedure is the Tribunal is shrouded in uncertainty. It must be stated that the litigant parties are sovereign States which consent to appear before international courts, in the *Juno Trader* Case before the Tribunal, it will be recalled that Guinea-Bissau did not produce its statement in response, contrary to the request of Saint Vincent and the Grenadines. However, it did indeed attend the entire oral proceedings. Should the provisions of the Rules⁵ be amended in order to deal with such a case of failure to observe due process? In light of the above, the successive stages of proceedings on the merits will be examined, from the submission of a case (I) to the Tribunal's reaching a decision, with the two stages - written and oral proceedings - being reviewed (II). The appropriate method of submitting a case and the form which it might take has to be selected, before investigative measures are dealt with.

II. SUBMISSION OF CASES TO THE TRIBUNAL AND THEIR CONDUCT

A. Submission of Cases to the Tribunal

Depending on the particular case, disputes are submitted to the Tribunal either by notification of a special agreement or by written application, addressed to the Registrar.⁶ The method of submission selected - by application or by notification of a special agreement - will be examined successively.

5. See Article 111, paragraph 4, of the Rules; see also *"Juno Trader" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau), Prompt Release, Judgment of 18 December 2004.*

6. Article 24 of the Statut

(i) The choice of the method of submission

The method of submission selected follows the principle of freedom, the possibility of making several submissions and their consequences for the Tribunal's jurisdiction.

First, the parties are free to choose to submit their case to the Tribunal by written application or by special agreement. This is the principle set down by the International Court of Justice (ICJ) in the *Corfu Channel* Case⁷.

In its concluding statement, the Albanian Government requested the Court: to place on record that the Albanian Government, in accepting the Security Council's recommendation, is obliged only to submit the above-mentioned dispute to the Court in accordance with the provisions of the Statute of the Court⁸; and to give judgment that the Application of May 13th last, addressed to the Court by the Government of the United Kingdom against the Government of the People's Republic of Albania, is inadmissible, the Government of the United Kingdom having submitted the said Application contrary to the provisions of Article 40, paragraph 1, and Article 36, paragraph 1, of the Statute of the Court.

The ICJ rejected these conclusions linking the method of submission to the optional or compulsory nature of the competence of the Court. According to the latter, whilst the consent of the parties confers jurisdiction on the Court, neither the Statute nor the Rules require this consent to be expressed in any particular form. Albania's argument that the application was inadmissible since it had been submitted contrary to the provisions of Article 40, paragraph 1, and of Article 36, paragraph 1, of the Statute of the Court is based essentially on the assumption that the application would fall only in the domain of compulsory jurisdiction, since a special agreement only would be possible outside this domain.

7. *Corfu Channel Case (Preliminary Objection)*, I.C.J. Reports, 1947-1948, Judgment of 25 March 1948, p. 15.

8. The first conclusion refers to the Resolution of 9 April 1947 in which the Security Council recommended that "the United Kingdom and Albanian Governments should immediately refer the dispute to the International Court of Justice in accordance with the provisions of the Statute of the Court."

The Court stated that this was a mere assertion which had no basis in either of the texts cited. The Court specified that Article 32, paragraph 2, of the Rules, in requiring the application to mention, not as an absolute necessity but only “as far as possible”, the provision on the basis of which the applicant claims to found the jurisdiction of the Court, does indeed appear to imply clearly, both in itself and by the reasons for its being drafted, that the application does not fall exclusively in the domain of compulsory jurisdiction⁹.

The possibility of more than one application being submitted simultaneously to the Tribunal can then be envisaged. In that case, the Tribunal has to ascertain the parties’ common intention, in order to determine the basis and extent of its competence. It will be recalled that, in the Corfu Channel Case, Albania and the United Kingdom reached a special agreement following the judgment of 25 March 1948. The text specified that :

The Parties agree that the present Special Agreement shall be notified to the International Court of Justice immediately after the delivery on the 25th March of its judgment on the question of jurisdiction¹⁰.

The Court’s competence to hear and determine the dispute could have been based either on this special agreement or on the judgment rendered on 25 March. On 26 March 1948, the Court issued an order, whereby, observing that the agreement henceforth formed the basis on which the Court should hear the case and set out the questions submitted to it¹¹, the Court was to give preference to the common intent of the parties. According to the Court, “the main object both Parties had in mind when they concluded the Special Agreement was to establish a complete equality between them by replacing the original procedure based on a unilateral Application by a procedure based on a Special Agreement.^{12”} This

9. Corfu Channel Case, note 7, pp. 25-27.

10. Special agreement concluded on 25 March 1948; see *Judgment of 9 April 1949 (Merits)*, *I.C.J. Reports, 1949*, p. 6.

11. *I.C.J. Reports, 1947-1948*, p. 53.

12. *I.C.J. Reports, 1949 (Merits)*, p. 25.

method of submission logically exempts the procedure from preliminary objections. It was also on the basis of the special agreement of 29 December 1950 that the ICJ considered itself seized of the *Minquiers and Ecrehous Case*, whilst France and the United Kingdom had both signed an optional clause conferring compulsory jurisdiction on the Court so that it could be seized of the case¹³.

Finally, although very different, the existence of a close link between the concepts of submission and competence can nevertheless be noted. Indeed, whilst competence is the basis upon which the Tribunal should hear and determine a case submitted to it - it is determined by the Tribunal itself¹⁴ - for the party submitting a claim, submission of a case is the right for a case to be heard on its merits as a result of its being brought before the Tribunal. For that purpose, a jurisdictional link has to be invoked.

The concepts of jurisdiction and submission are sometimes confused, for instance, when the sole fact of the Tribunal's being seized of a case immediately establishes its competence. This is the case of submission by way of a special agreement when the Tribunal is notified thereof by the parties which have signed the said agreement. It is also the case when the

13. When discussing the number of States which are signatory to the special agreements in the *North Sea Continental Shelf Case*, M. Bedjaoui writes: "It will be noted in passing that introducing a case by way of a special agreement has henceforth become the most common method of submitting cases to the Court. This is a welcome development which has largely made up for the disappointment felt at the 'optional clause' system instigated to encourage States to accept the jurisdiction of the Court in advance in all disputes in which they had to appear before the latter, or in all those cases falling into specific categories. As we know, that system was not as successful as had been expected and has frequently been the source of controversy as regards the competence of the Court, whilst that competence cannot be placed in doubt when a case is submitted by means of a special agreement." M. Bedjaoui, "La 'fabrication' des arrêts de la Cour internationale de Justice," in *Melanges Michel Virally* (Pedone, Paris, 1991), p. 88.

14. By virtue of Article 288, paragraph 4, of the United Nations Convention on the Law of the Sea.

Tribunal is seized of two applications simultaneously¹⁵ and when, seized by way of a written application, the declaration of compulsory jurisdiction endorsed by the defending State does not impede its competence. However, in all other cases, competence and submission remain distinct. In the case of submission by way of a written application, the respondent may always contest the Tribunal's competence in a compulsory jurisdiction system. Moreover, the objection is almost always accompanied by a question as to the admissibility of the application.

As concerns the case of optional jurisdiction, there are many examples of parties' failing to appear before the ICJ¹⁶. The International Tribunal for the Law of the Sea has not yet had the experience of a party in a case refusing to appear before it. However, it should be recalled that the Tribunal's jurisdiction still depends on the prior consent of the parties and that no sovereign State could be party to a case before an international tribunal if it had not consented thereto. It is this consent to bring a dispute before the Tribunal which determines the latter's competence with respect to the dispute.¹⁷

(ii) Submission by way of a written application

An application, which is unilateral in nature, is submitted by an ap-

15. In the Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906 (Judgment of the I.C.J. of 18 November 1960), Nicaragua and Honduras submitted applications to the Court simultaneously

16. Article 53 of the Statute of the ICJ provides for cases in which the respondent does not appear before the Court, either because it contests its competence or for some other reason. In some cases, parties have failed to appear in all stages of a case: *Fisheries Jurisdiction* (Iceland); *Nuclear Tests* (France); *Aegean Sea Continental Shelf* (Turkey); and *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (Iran). In other cases, parties failed to appear in certain stages of the proceedings only: Corfu Channel Case, fixing of the amount of compensation (Albania); Anglo-Iranian Oil Co., Provisional Measures (Iran); Nottebohm, Preliminary Objection (Guatemala); and *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, form and amount of compensation (United States).

17. Article 288, paragraph 1, provides that the Tribunal "shall have jurisdiction over any dispute concerning the interpretation or application of this Convention which is submitted to it in accordance with this Part." Similarly, Article 21 of the Statute states: "The jurisdiction of the Tribunal comprises all disputes and all applications submitted to it in accordance with this Convention and all matters specifically provided for in any other agreement which confers jurisdiction on the Tribunal."

plicant against a respondent. It may be filed when an agreement between the parties provides therefor, or when the parties to a dispute have accepted the Tribunal's jurisdiction as one of the means of settling disputes relating to the interpretation or implementation of the Convention, by way of a written declaration made in accordance with Article 287 of the Convention. An application may also be filed when a case is brought before the Seabed Disputes Chamber.

Furthermore, an application may be submitted in the context of cases relating to requests for provisional measures whilst awaiting the establishment of an arbitral tribunal, pursuant to Article 290, paragraph 5, of the Convention, as well as in proceedings for the prompt release of vessels and crews, in accordance with Article 292 of the Convention.

Finally, an application may be filed in the context of preliminary proceedings¹⁸, a request to intervene,¹⁹ a request for discontinuance,²⁰ or for the purpose of interpretation or revision of a judgment of the Tribunal.²¹ The application comprises a certain number of indications, of which some are compulsory and others optional²². The compulsory items are: the designation of the applicant party; the party against which the application is made; and the subject of the dispute.

It should be recalled that, in the Case concerning the Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America), submitted by an application of the Government of the French Republic against the United States, the American Government had to submit a preliminary objection, owing to the fact that the French application did not meet the formal conditions in that it did not specify whether France was acting on its own behalf or in its capacity as protecting power of Morocco. Following observations made by

18. Article 294 of the Convention.

19. Articles 31 and 32 of the Statute.

20. Article 106, paragraph 1, of the Rules.

21. Articles 126 and 127 of the Rules

22. Article 24, paragraph 1, of the Statute and Article 54, paragraph 1, of the Rules.

France in this regard, the United States withdrew its objection²³.

The application may “as far as possible” specify a certain amount of other information, which is then optional²⁴ and includes: the legal grounds on which the applicant intends to establish the jurisdiction of the Tribunal; the precise nature of the claim; and a succinct statement of the facts and grounds on which the claim is based. The original application is signed either by an agent of the party submitting it, by that party’s diplomatic representative in the country in which the Tribunal has its seat, or by some other duly authorised person. If the application bears the signature of someone other than the diplomatic representative, the signature must be authenticated by the latter or by the competent governmental authority.²⁵

The Registrar immediately transmits a certified copy of the application to the respondent²⁶. If the applicant proposes to find the jurisdiction of the Tribunal upon consent thereto yet to be given or manifested by the party against which the application is made, the application should be transmitted to that party. However, it is not entered in the list of cases of the Tribunal and no action in the proceedings may be taken unless and until the party against which the application is made consents to the jurisdiction of the Tribunal for the purpose of the case.²⁷

Finally, it should be noted that the Registrar informs all interested parties and all States Parties of the application.²⁸ The instigation of a case is thus widely publicised and a press release is also issued. The date when the case is instigated, i.e. the date when the application is filed at the Registry, marks the opening of the proceedings before the Tribunal.

(iii) Submission by way of a special agreement

A special agreement within the context of contentious proceedings

23. Judgment of 27 August 1952.

24. Article 54, paragraph 2, of the Rules.

25. Article 54, paragraph 3, of the Rules.

26. Article 54, paragraph 4, of the Rules.

27. Article 54, paragraph 5, of the Rules.

28. Article 24, paragraphs 2 and 3, of the Statute.

is an international agreement by means of which States Parties agree to submit to the Tribunal a dispute of a legal nature. It establishes the extent of the powers which the Tribunal is acknowledged to have. The special agreement should mention a certain amount of compulsory information concerning the subject of the dispute and the identity of the parties.²⁹ When proceedings are brought before the Tribunal by notification of a special agreement, the notification may be effected by the parties jointly or by any one or more of them. If the notification is not a joint one, the Registrar immediately sends a certified copy of it to all other parties involved.³⁰

The notification should always be accompanied by the original or by a certified copy of the special agreement. It should also specify the precise subject of the dispute and indicate the parties, provided that this is not already apparent from the agreement.³¹ All steps taken in the name of the parties once proceedings have been instituted are taken by agents, who must have an address for service at the seat of the Tribunal or in the capital of the country where the seat is located, to which all communications concerning the case are to be sent.³²

B. Composition of the Judicial Body

Once a case has been submitted to the Tribunal, the composition of the judicial body and manner and form in which it will decide have to be determined, which is usually done in plenary. However, the Statute provides that the Tribunal may form chambers to hear cases brought before it.

(i) The usual composition

All available members of the Tribunal sit, a quorum of eleven elected members being required in order to constitute the Tribunal.³³ Therefore judges, *ad hoc* are not taken into account when the quorum is calculated since they are not elected.

29 Article 24, paragraph 1, of the Statute.

30. Article 55, paragraph 1, of the Rules.

31. Article 55, paragraph 2, of the Rules.

32. Article 56, paragraph 1, of the Rules; except in the circumstances contemplated by Article

33. Article 13, paragraph 1, of the Statute

(ii) Chambers

The Statute provides for two types of chamber: the Seabed Disputes Chamber and special chambers.³⁴ The Seabed Disputes Chamber is established

in accordance with section 4 of the Statute. Its competence, powers and functions are defined in section 5 of Part XI of the Convention. It may also create an ad hoc chamber.³⁵

The special chambers fall into three different categories.

First, if the Tribunal considers it necessary, it may establish chambers composed of three or more of its elected members, to hear particular categories of dispute.³⁶ It was under such circumstances that the Tribunal established the Chamber for Fisheries Disputes and the Chamber for Marine Environment Disputes. Each of these chambers is composed of seven judges.

In the second category, the Tribunal may establish a chamber to hear a specific dispute submitted to it if the parties so request. The composition of the chamber is resolved with the approval of the parties, who may also appoint a judge ad hoc if the chamber does not comprise a judge of the nationality of one of the parties.

It was on that basis that Chile and the European Community availed themselves of this option when, following the filing of a special agreement, the parties submitted the Case concerning the *Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean*.³⁷

34. Articles 14 and 15 of the Statute.

35. Ibid.

36. Article 15, paragraph I, of the Statute.

37. See Order of 20 December 200, ITLOS Reports 2000, p. 148

Finally, in order to expedite cases, the Tribunal annually creates a chamber which is composed of five of its elected members and is called upon to hear and determine disputes by summary procedure. Two alternative members are also selected.³⁸

Any judgment rendered by one of these Chambers is considered to have been rendered by the Tribunal.

Procedure before the Chambers is regulated in accordance with the provisions concerning proceedings before the Tribunal, subject to any particular provisions which the latter may adopt.

C. Conduct of the Case

This consists of the parties making representations and of a certain number of decisions, made in the form of orders, concerning the organisation of proceedings.

(i) Representation of the parties

States Parties do not have permanent representation before the Tribunal. When they are involved in a case before the Tribunal, they arrange to be represented by an agent. The party filing a special agreement or application must designate its agent at the same time. The other party should designate its agent as soon as it receives the special agreement or application.

As representatives of the parties, the agents involve the latter by their written and spoken statements. They are assisted by counsel and advocates in preparing and presenting pleadings. It is during this latter stage that their role is more apparent. They do not necessarily have the nationality of the party which has chosen them. The agents, counsel and advocates enjoy the requisite privileges and immunities allowing them to exercise their functions independently.

38. Article 15, paragraph 3, of the Statute.

(ii) Orders concerning matters of procedure

The Tribunal makes orders concerning the conduct of the case, decides the form and time in which each party must conclude its arguments, and makes all the arrangements connected with the taking of evidence³⁹. In each case of which the Tribunal is seized, the President ascertains the views of the parties with regard to questions of procedure. For that purpose, he may summon the agents of the parties to meet him as soon as they have been appointed and whenever necessary thereafter, or use other appropriate means of communication.⁴⁰ Article 59 of the Rules states that, in the light of the views of the parties ascertained by the President, the Tribunal makes the necessary orders to determine, *inter alia*, the number and order of filing of the pleadings and the time-limits within which they must be filed. These time-limits set a precise date for the various pleadings but may be extended if necessary.

III. THE TWO STAGES OF THE PROCEEDINGS

Pursuant to Article 44, paragraph 1, of the Rules, the proceedings consist of two parts, written and oral.

A. The Written Stage of the Proceedings

This stage is described as “the formulation in words of the respective claims and defences of the litigating parties.”⁴¹ The written proceedings comprise the communication to the Tribunal and to the parties of memorials, counter-memorials and, if the Tribunal so authorises, replies and rejoinders, as well as all documents in support.⁴²

The pleadings, communication thereof and purpose of the written proceedings will now be examined.

(i) Pleadings

39. Article 27 of the Statute.

40. Article 45 of the Rules.

41. J.C. Witenberg, *La théorie des preuves devant les juridictions internationales*, RCADI, vol. 56(11) (1936), pp. 5-105, p. 9.

42. Article 44, paragraph 2, of the Rules.

The memorial contains: a statement of the relevant facts; a statement of law; and the submissions.⁴³ The ICJ has defined a submission as “a precise and direct statement of a claim.”⁴⁴ Submissions may not be presented in the form of a question.⁴⁵ And the Court is competent to interpret these submissions, which, if it considers it necessary, allows it to not respond⁴⁶. On the other hand, the Court may not hear and determine a dispute *ultra petita* and grant parties more than what they request in their submissions.⁴⁷

The counter-memorial contains: an admission or denial of the facts; observations concerning the statement of law in the memorial; a statement of law in answer thereto; and the submissions.⁴⁸ It should be recalled that the Tribunal may also authorise the submission of replies and rejoinders. Copies of relevant documents- ad'duced in support of the contentions contained in the pleadings are annexed to the original.

The original of every pleading is signed and dated by the agent and filed in the Registry. It should be accompanied by: a certified copy of the pleading; any document annexed thereto; any translations, for communication to the other party;⁴⁹ a list of all documents annexed to a pleading ;⁵⁰ a translation into one of the official languages of the Tribunal (English and French) of the pleading and of the documents in support thereof, certified as accurate by the party submitting it, if the pleading is in a language which is not one of the official languages of the Tribunal;⁵¹ and the number of additional copies of the pleading and supporting documents required by the Registry.⁵²

43. Article 62, paragraph 1, of the Rules.

44. Fisheries Case, I.C.J. Reports, 1951, p. 126.

45. Haya de la Torre Case, I.C.J. Reports, -4954, p. 88.

46. Monetary Gold Case, I.C.J. Reports, 1954, p. 28.

47. Asylum Case, (Merits, Judgment of 27 November 1950), I.C.J. Reports, 1950, page 402. Similarly, in the above mentioned Corfu Channel Case (third stage, compensation), the experts called by the Court assessed the total damages at a higher amount than that estimated by the United Kingdom. Pursuant to this rule, the Court awarded the damages on the basis of the United Kingdom's conclusions.

48. Article 62, paragraph 2, of the Rules.

49. Article 63, paragraph 1, and Article 65, paragraph 1, of the Rules.

50. Article 63, paragraph 3, of the Rules.

51. Article 64, paragraphs 1, 2 and 3, of the Rules

52. Article 65, paragraph 1, of the Rules; paragraph 9 of the Guidelines.

(ii) Submission of pleadings

The agent submits to the Registry the original and additional copies of all written pleadings. The Rules set out the order in which the documents should be filed, depending on the method according to which the case is submitted.

In a case instigated by way of an application, the pleadings consist of a memorial provided by the applicant and a counter-memorial provided by the

respondent. If the parties are in agreement or if the Tribunal decides that they are necessary, the applicant may submit a reply and the respondent a rejoinder.

In a case instigated by way of notification of a special agreement, the number of and order in which pleadings are submitted are those set out by the special agreement itself, unless the Tribunal, after consulting the parties, decides otherwise. In the absence of any relevant provisions or if, subsequently, the parties fail to reach agreement on the number of and order in which pleadings should be submitted, each of the parties submits a memorial and a counter-memorial within the same time-limits. The Tribunal authorises the presentation of replies and rejoinders only if it finds them necessary.⁵³ It is certainly not ideal for pleadings to be presented simultaneously since it forces parties to speculate about issues of law which may not have been raised.

The Tribunal may itself request documents or explanations to be presented during the written proceedings.⁵⁴

(iii) Transmittal of pleadings

Upon receipt of a pleading presented by one party, the Registrar transmits a certified copy thereof and of any supporting document to the

53. Articles 60 and 61 of the Rules.

54. 55. See the above mentioned Case concerning the *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* and the *Monetary Gold Case*.

other party.⁵⁵ If a pleading does not meet the formal conditions set out in the Rules, the Registrar returns it to the party concerned for correction.

Pleadings are transmitted from one party to the other and to the judges by way of the Registrar. Once all the pleadings have been presented, the case is ready to be argued, which opens an intermediate stage, between the end of the written proceedings and the beginning of the oral proceedings. This stage is known as the “initial deliberations.”

(iv) Initial deliberations

Pursuant to the Rules of the Tribunal, after the closure of the written proceedings and prior to the opening of the oral proceedings, the Tribunal meets in private to enable judges to exchange views concerning the written pleadings and the conduct of the case.⁵⁶

At this juncture, the Tribunal considers the possibility of:

- giving any indications or putting any questions to the parties;
- calling upon the parties to produce any evidence or to give any explanations; and finally, considering the nature, scope and terms of the questions and issues which will have to be decided by the Tribunal.⁵⁷

B. Oral Phase of the Proceedings

The oral proceedings consist of the hearing by the Tribunal of agents, counsel, advocates, witnesses and experts.⁵⁸

The oral phase comprises its opening, conduct and conclusion.

(i) Opening of the oral proceedings

The date for the opening of the oral proceedings, fixed by the Tri-

55. Article 66 of the Rules. •

56. Article 68 of the Rules.

57. See Article 3 of the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal.

58. Article 44, paragraph 3, of the Rules.

bunal, falls within a period of six months from the closure of the written proceedings unless the Tribunal considers that there are grounds for deciding otherwise. The Tribunal may also decide, if necessary, that the opening or continuance of the oral proceedings be postponed.⁵⁹

When fixing the date for the opening of the oral proceedings, the Tribunal considers: the need to hold hearings without undue delay; the priority prescribed for provisional measures and prompt release; special circumstances; and the views of the respective parties.

(ii) Conduct of the oral proceedings

The general rules applicable are that debates are carried out under the guidance of the President of the Tribunal or, if he is absent, by the Vice-President or, if the latter is unavailable, by the most senior judge. The President may put any pertinent question to the witnesses, experts, counsel and advocates, as may any of the judges, having first made such intention known to the President. The hearings are public, unless the Tribunal decides otherwise or both parties request that the public be not admitted to the hearings. Minutes of the hearing are produced by the Registry and signed by the President and by the Registrar. Measures are taken for evidence to be produced which are governed by the obligation for parties to collaborate in establishing evidence by proving their allegations as concerns the facts and by the Tribunal's principle of liberty in its assessment of evidence submitted to it by parties.⁶⁰ It is for that reason, that,

59. Article 69, paragraph 1, of the Rules

60. Written evidence is provided by documents likely to establish an alleged fact: treaties, correspondence, laws, rules, orders, decrees, judicial or administrative acts, etc. In the Case of Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v.

"Uganda), Judgment, 19 December 2005, the Court stated (page 34, paragraph 57) that: "In accordance with its practice, the Court will first make its own determination of the facts and then apply the relevant rules of international law to the facts which it has found to have existed." In paragraph 58, it continues: "These findings of fact necessarily entail an assessment of the evidence. The Court has in this case been presented with a vast amount of materials proffered by the Parties in support of their versions of the facts. The Court has not only the task of deciding which of those materials must be considered relevant, but also the duty to determine which of them have probative value with regard to the alleged facts. The greater part of these evidentiary materials appear in the annexes of the Parties to their written pleadings. The Parties were also authorized by the Court to produce new documents at a later stage. In the event, these contained important items. There has also been reference, in both the written and the oral pleadings, to material not annexed to the written pleadings but which the Court has treated as 'part of a publication readily available' under Article 56, paragraph 4, of its Rules of Court. Those, too, have

prior to the opening of the oral proceedings, each party should communicate to the Registry information regarding any evidence which it intends to produce or which it intends to request the Tribunal to obtain. This communication concerns witnesses and experts who are to be heard.⁶¹

The Tribunal may at any time call upon the parties to produce such evidence or to give such explanations as the Tribunal may consider necessary for the elucidation of any aspect of the matters in issue, or may itself seek other information for this purpose. The Tribunal may, if necessary, arrange for the attendance of a witness or expert to give evidence in the proceedings⁶². Before giving any evidence, such witness or expert should make the appropriate solemn declaration as provided in Article 79 of the Rules.

Under the authority of the President of the Tribunal, the witnesses and experts are questioned by the agents, counsel and advocates of the parties, starting with the party which has requested to hear them. Questions may also be put to them by the President of the Tribunal and the judges. Before giving evidence, the witnesses and experts should remain outside the courtroom.⁶³ If the Tribunal considers it necessary to arrange

been examined by the Court for purposes of its determination of the relevant facts"; and tire Court concluded its considerations of the methods employed, in paragraph 59: "As it has done in the past, the Court will examine the facts relevant to each of the component elements of the claims advanced by the Parties. In so doing, it will identify the documents relied on and make its own clear assessment of their weight, reliability and value. In accordance with its prior practice, the Court will explain what items it should eliminate from further consideration (see *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 50, para 85; see equally the practice followed in the case concerning *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3)."

61..Article 72 of the Rules. Prior to the opening of the oral proceedings, each party should submit to the Tribunal: a brief note on the points which in its opinion constitute the issues that divide the parties; a brief outline of the arguments that it wishes to make in its oral statement and a list of relevant texts proposed to be relied upon in its oral statement (see: *Guideline Concerning the Preparation and Presentation of Cases before the Tribunal*, paragraph 14).

62. Article 77 of the Rules

63. With the exception of scientific and technical experts selected by the Tribunal pursuant to Article 289 of the United Nations Convention on the Law of the Sea. It is the practice of the Tribunal for testimonial evidence to be presented orally when the witness appears in person. The latter is questioned by agents of the party who presented the witness, followed by the cross-examination or counter-questioning by the other party's agents. Generally, further questioning follows by the former, with replies to any questions put by the President and the judges. Questioning may be carried out in a language other than the official languages of the Tribunal ([*Wolof in the "Saiga" Case*]; see *M/V "Saiga" (No. 2) (St. Vincent and the Grenadines v. Guinea)*).

for an inquiry or an expert opinion, it should, after hearing the parties, issue an order to that effect, defining the subject of the inquiry or expert opinion, stating the number and mode of appointment of the persons to hold the inquiry or of the experts and laying down the procedure to be followed. Where appropriate, the Tribunal requires persons appointed to carry out an inquiry or to give an expert opinion to make a solemn declaration. Every report or record of an inquiry and every expert opinion is to be communicated to the parties, who are given the opportunity to comment thereon.⁶⁴ Witnesses and experts who appear at the instance of the Tribunal and persons appointed by the Tribunal to carry out an inquiry or to give an expert opinion are paid out of the latter's funds.⁶⁵

Unless the Tribunal decides otherwise, all pleadings, declarations or depositions made during the hearings in one of the official languages of the Tribunal should be interpreted into the other official language. If they are made in another language, they are interpreted into both official languages of the Tribunal.

Whenever a language other than an official language is used, the necessary arrangements for interpretation into one of the official languages should be made by the party concerned. The Registrar makes arrangements for the verification of the interpretation provided by a party at the expense of that party. In the case of witnesses or experts who appear at the instance of the Tribunal, arrangements for interpretation are made by the Registry. A party on behalf of which speeches or statements are to be made or evidence is to be given in a language which is not one of the official languages of the Tribunal so notifies, the Registrar in sufficient time for the necessary arrangements to be made, including verification.⁶⁶

(iii) Conclusion of the oral proceedings

Pursuant to Article 88 of the Rules, under the authority of the Tribunal, when the agents, counsel and advocates have completed their

64. Article 82 of the Rules.

65. Article 83 of the Rules.

66. Article 85 of the Rules.

presentation of the case, the President of the Tribunal declares the oral proceedings closed. The agents remain at the disposal of the Tribunal. When one of the parties does not appear before the Tribunal or fails to defend its case, the other party may request the Tribunal to continue the proceedings and make its decision. Absence of a party or failure of a party to defend its case does not constitute a bar to the proceedings. Before making its decision, the Tribunal must satisfy itself not only that it has jurisdiction over the dispute but also that the claim is well founded in fact and law⁶⁷. As soon as the oral proceedings have been declared closed, the “deliberations” stage opens. This stage ends with the pronouncement of the Tribunal’s judgment.

IV. DELIBERATIONS

A. Deliberations following the Oral Proceedings

The judges have four working days after the closure of the oral proceedings in order to study the arguments presented to the Tribunal in that case. During that time, judges may also summarize their tentative opinions in writing in the form of speaking notes. If the President considers it appropriate in the light of the oral proceedings, a revised list of issues for examination is circulated. During its initial deliberations after the closure of the oral proceedings, the Tribunal reaches conclusions as to the issues which need to be decided and then hears the tentative opinions of the judges on those issues, as well as on the correct disposal of the case. Judges are called upon in the order in which they signal their wish to speak. The President may seek to establish a majority opinion as it appears then to exist. The Tribunal may also decide that every judge should prepare a brief written note for circulation to the other judges before a specified date. The Tribunal resumes its deliberations as soon as possible on the basis of the written notes.⁶⁸

67. Article 28 of the Statute. It will be recalled that Albania declined to present submissions in the final stage of the Corfu Channel Case, giving as its reason that it contested the competence of the Court to determine damages. The Court awarded damages to the United Kingdom; see the Judgment of 15 December 1949, I.C.J. Reports, p. 244.

68. Article 5 of the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal

B. Drafting Committee

As soon as possible during the deliberations, the Tribunal sets up a Drafting Committee, composed of five judges belonging to the majority as it appears then to exist. The members of the Committee must be selected from among the judges who, from their statements, clearly support the opinion of the majority as it appears then to exist. The President is a member *ex officio* of the Drafting Committee, unless he does not share the opinion of the majority as it appears then to exist, in which case the Vice-President acts instead. If the Vice-President is ineligible for the same reason, all the members of the Committee are selected by the Tribunal. The judge who is senior in precedence among the members of the Committee then acts as its chairman.⁶⁹

The Drafting Committee meets immediately after its establishment in order to prepare a first draft of the judgment, for completion normally within three weeks. To that end, any member of the Committee may send written proposals for its consideration and inclusion in the draft.

The Drafting Committee should prepare a draft judgment which not only states the opinion of the majority but which may also attract wider support within the Tribunal. The first draft of the judgment is distributed to all the judges in the case. Any judge who wishes to offer amendments or comments submits them in writing to the Committee within three weeks from the date of circulation.

After the members of the Committee have received the comments, they will normally meet in order to revise the draft. When the members of the Committee have completed the second draft of the judgment, the Registrar circulates copies to all judges. If the President of the Tribunal is not a member of the Committee, its chairman keeps the President informed of the work on the draft judgment, as well as its terms⁷⁰.

69. Article 6 of the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal.

70. Article 7 of the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal.

C. Deliberations on the Draft Judgment

These deliberations take place as soon as possible after circulation of the draft judgment and in principle not later than three months after the closure of the oral proceedings. The chairman of the Drafting Committee introduces the draft, which is examined by the Tribunal at its first reading; a judge wishing to modify the draft proposes amendments in writing. At this stage, a judge who wishes to deliver a separate or dissenting opinion so informs the other judges and puts forward at least an outline of the opinion, making the text available before the second reading. Such a judge continues to participate in the examination of the draft judgment and cognisance is taken by the Tribunal of such opinions. The Drafting Committee circulates a revised draft judgment for consideration at a second reading, at which time the President asks if the judges wish to propose new amendments.

Separate or dissenting opinions, which may be individual or collective, should be submitted within a time-limit fixed by the Tribunal. They should take account of any changes made to the draft judgment and should concentrate on the remaining points of difference with the judgment.⁷¹

D. Voting

After the Tribunal has completed its second reading of the draft judgment, the President takes the vote in order to adopt the draft.⁷² A separate vote is normally taken on each operative provision in the judgment. Any judge may request a separate vote on issues which are separable. Each judge votes by means solely of an affirmative or a negative vote, cast in person and in inverse order of seniority, provided that in exceptional circumstances accepted by the Tribunal an absent judge may vote by appropriate means of communication.

71. Article 8 of the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal.

72. Pursuant to Article 29 of the Statute, relating to the majority required for a decision.

A judge who has been absent, owing to illness or for some other reason duly explained to the President, from any part of the hearing or the deliberations may vote, provided the Tribunal accepts that the judge has taken sufficient part in the hearing and the deliberations to be able to reach a judicial determination of all issues of fact and law material to the decision to be given in the case.⁷³

It should be noted that the Tribunal may, in a given case, decide to vary the procedures and arrangements set out above for reasons of urgency or if circumstances so justify, pursuant to article 11 of the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal.

V. THE TRIBUNAL'S JUDGMENT

When the Tribunal has completed its deliberations and adopted its judgment, the parties are notified of the date on which it will be read. The judgment is read at a public sitting of the Tribunal and becomes binding on the parties on the day of the reading.⁷⁴

The decision of the Tribunal is final and is to be complied with by all the parties in the dispute.⁷⁵ The decision has no binding force except between the parties in respect of that particular dispute.⁷⁶ In the event of a dispute as to the meaning or scope of the decision, the Tribunal should construe it upon the request of any party.⁷⁷

A party may request revision of a judgment only when the request is based upon the discovery of some fact of such a nature as to be a decisive factor, which fact was, when the judgment was given, unknown to the Tribunal and also the party requesting revision, provided that such ignorance was not due to negligence. Such request must be made at the latest within six months of the discovery of the new fact and before the lapse of ten years from the date of the judgment.

73. Article 9 of the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal.

74. Article 124 of the Rules.

75. Article 33, paragraph 1, of the Statute.

76. *Ibid.*, paragraph 2.

77. *Ibid.*, paragraph 3.

The proceedings for revision are opened by a decision of the Tribunal in the form of a judgment expressly recording the existence of the new fact, recognising that it has such a character as to lay the case open to revision, and declaring the application admissible on this ground⁷⁸.

The procedure described above is the normal procedure which takes place before the Tribunal. It should be supplemented with a study of incidental proceedings which alter the conduct of cases⁷⁹.

78. Article 127 of the Rules.

79. Six types of incidental proceedings may be mentioned within the context of contentious cases on the merits. They are: provisional measures; preliminary proceedings; preliminary objections; counter-claims; requests to intervene; and requests for discontinuance. The relevant provisions governing these instances are: Articles 290 and 294 of the United Nations Convention on the Law of the Sea; Articles 25, 31 and 32 of the Statute of the Tribunal; and Articles 89 to 106 of the Rules of the Tribunal. Finally, the special procedure concerning the prompt release of vessels and crews should be noted. This procedure is governed by Article 292 of the Convention and Articles 110 to 114 of the Rules of the Tribunal.

DÉFIS ET PERSPECTIVES DU NOUVEAU DROIT DE LA MER

Tafsir Malick NDIAYE*

Je voudrais exprimer toute ma gratitude à notre si cher collègue et ami Vicente MAROTTA RANGEL de m'avoir fait l'honneur de la direction des mélanges à lui offerts. Et c'est avec un plaisir tout particulier que je rends hommage à cet homme que j'ai appris à connaître après vingt années passées au Tribunal international du droit de la mer : Professeur hors pair, diplomate incomparable et travailleur infatigable à la courtoisie exquise.

INTRODUCTION :

La troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer a été le siège d'une négociation sans précédent, rassemblant tous les Etats du monde, et dont l'objet était de répartir les espaces maritimes entre les diverses catégories de pays¹. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM) fut ouverte à la signature le 10 décembre 1982² à Montego Bay, en Jamaïque. Elle était accompagnée de l'Acte final de la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer qui se présente comme une explication officielle - approuvée et signée par les participants - des négociations ayant abouti à l'adoption de la Convention (1973 -1982) et de quatre résolutions adoptées par la Conférence.

Ceci marque quatorze années de travail ayant vu la participation de plus de cent cinquante Etats représentant toutes les régions du monde, tous les systèmes juridiques et politiques, riches et pauvres, Etats côtiers,

1 Voir, R.J. Dupuy, *L'océan partagé, analyse d'une négociation (troisième Conférence des Nations Unies sur le Droit de la mer)*, Paris, Pédone 1979, p.1.

2 Voir convention des Nations Unies in the Law of the Sea, Official text of the UNCLOS with Annexes and Index; Final Act of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea; Introductory Material on the Convention and the Conference, United Nations, New York 1983, Sales N° E.83 V.5.

Etats archipélagiques, les Iles, les Etats enclavés et ceux décrits comme géographiquement désavantagés au regard de l'espace océanique. Ces pays étaient réunis dans le but d'élaborer et établir un régime juridique complet qui embrasse tous les aspects du droit de la mer en ayant en vue que les problèmes des espaces marins sont étroitement liés entre eux et doivent être envisagés dans leur ensemble'. Ce processus a commencé en 1967, lorsque le concept de Patrimoine commun de l'humanité a été discuté à l'Assemblée générale des Nations Unies à propos de la préservation des fonds marins et de leur utilisation pacifique⁴.

Comme l'explique René Jean Dupuy, s'il n'est pas toujours aisé de poser des règles générales dans un milieu social où s'affrontent des intérêts contradictoires, les difficultés sont plus nombreuses et plus complexes encore lorsqu'il s'agit de se partager l'Héritage. Le débat porte sur des espaces plus que sur des principes. Lors même que ceux-ci y apparaissent, c'est pour camoufler des intérêts, justifier des appropriations. La liberté des mers, comme un cétacé blessé, est condamnée à errer aux grands larges⁵.

Les Etats parties à la Convention ont constaté que les faits nouveaux intervenus depuis les Conférences de Nations Unies sur le droit de la mer qui se sont tenues à Genève en 1958 et en 1960 ont renforcé la nécessité d'une Convention nouvelle sur le droit de la mer généralement acceptable⁶. C'est qu'avec l'accession ou plutôt le retour à l'indépendance des Etats, le vent de la révolte a aussi soufflé sur les mers.

La Convention qui traite de tous les aspects du droit de la mer se présente comme une « Constitution des océans »⁷. Elle est en vigueur depuis vingt-deux ans et compte 167 Etats-Parties à ce jour, et les rares

3 Ibid. préambule à la CNUDM.

4 Ibid. Voir, B. Zuleta « Introduction », pp. XX-XXIV.

5 R.J. Dupuy, *l'Océan partagé*, op. cit. (note 1), p.1

6 Voir préambule CNUDM.

7. Suivant la formule de l'Ambassadeur Tommy Koh, (Singapour), Président de la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer qui indique dans son discours à la session de clôture de la Conférence de Montego Bay le 11 Décembre 1982 que : « the question is whether we achieved our fundamental objective of producing a comprehensive constitution for the oceans which stand the test of time. My answer is in the affirmative », in the *Law of the Sea*, op. cit., (note 2), "A constitution for the Oceans", Remarks by T. Koh, pp. XXXIII-XXXVII.

8 La CNUDM est entrée en vigueur le 16 novembre 1994.

Etats comme les Etats-Unis d'Amérique, qui n'ont pas encore adhéré à la Convention, la considère néanmoins comme le siège du droit applicable.

Comme l'indique l'Ambassadeur Tommy Koh, Président de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, :

« my dream that the Convention will become the « Constitution » of the world's oceans has come to pass. It is the constitution of the oceans because it treats the oceans in a holistic manner. It seeks to govern all aspects of the resources and uses of the oceans. In its 320 articles, and 9 annexes, as supplemented by the 1994 General Assembly Resolution 48/362 relating to Part XI of the Convention and the 1995 Agreement relating to the conservation and management of straddling fish stocks and highly migratory fish stocks, the Convention is both comprehensive and authoritative"⁹.

En effet, la CNUDM est au coeur du dispositif normatif relatif à la mer avec ses caractères originaux. L'on note une institutionnalisation très prononcée suivant laquelle la coopération entre Etats-Parties est une obligation. Les institutions apparaissent très diverses et leur rôle très affirmé. Il suffit de penser - par exemple - aux ORGP/RFMO. La Convention a aussi mis le droit de la mer sous la juridiction des organes juridictionnels internationaux en instituant un système, sans précédent, de règlement des différends. Il suffit de penser à la délimitation des espaces maritimes entre Etats.

Le droit conventionnel, qui s'est développé progressivement à travers les conférences de codification et les accords bilatéraux de délimitation, apparaît a priori comme une source importante du droit de la délimitation. Les travaux de la Commission du droit international des Nations Unies ont donné naissance aux dispositions des Conventions de Genève de 1958 relatives à la délimitation de la mer territoriale et du plateau continental. La troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer a donné naissance à la CNUDM.

⁹ Tommy «UNCLOS at 30 : Some Reflections», chapter 8, of L. del Castillo (ed.), *Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea*, Liber Amicorum Judge Hugo Caminos, Brill/Nijhoff, 2015, p. 107.

¹⁰ Voir, Tafsir Malick Ndiaye "The Judge, Maritime Delimitation and the Grey Areas" *Indian Journal of International Law*, Springer 2016, DOI 10.1007/s40901-016-0027-2, pp. 1-41, spec. p.2.

¹¹ Ibid.

Celle-ci contient des dispositions relatives à la délimitation de la mer territoriale, du plateau continental et de la zone économique exclusive¹¹. Toutefois, l'examen du contentieux de délimitation montre que ces dispositions n'occupent guère la place centrale attendue d'elles¹².

Qui plus est, les accords bilatéraux de délimitation ont généré une pratique assez indigente pour pouvoir s'imposer par la voie coutumière. De fait, il apparaît que le rôle fondamental dans la formulation des règles et principes juridiques devant régir le droit de la délimitation maritime revient aux juridictions internationales¹³. L'océan est à la fois un espace de travail humain de première importance et un réservoir de ressources biologiques et non biologiques. C'est pourquoi la CNUDM fait une place aux acteurs individuels qui ne sont pas formellement des sujets de droit international¹⁴, comme dans les procédures de prompt mainlevée ou les activités dans la zone internationale des fonds marins. Si la Convention

12 L'on se souvient que dans les affaires du plateau continental de la mer du Nord, la Cour internationale de justice s'était refusée à voir dans l'article 6 de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental une règle de caractère coutumier. Elle a dû s'employer alors à définir les principes juridiques devant régir la délimitation du plateau continental entre deux Etats ; Voir affaire du plateau continental de la mer du Nord, (République Fédérale d'Allemagne c. Danemark) et (République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), arrêt du 20 février 1969, Rec. CIJ 1969, p.3 ; La cour aura d'ailleurs une attitude plus tranchée dans l'affaire de la Délimitation maritime dans la région située entre le Groënland et Jan Mayen : « Ainsi pour la délimitation du plateau continental [...] même s'il convenait d'appliquer, non l'article 6 de la Convention de 1958, mais le droit coutumier du plateau continental tel qu'il s'est développé dans la jurisprudence [...] », Affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groënland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège), arrêt du 14 juin 1993, Rec. CIJ 1993, 38, paragraphe 51 ; On a l'impression que le droit conventionnel était ainsi mis à la porte du droit de la délimitation maritime.

13 De fait, la délimitation a engendré plus d'affaires que tout autre sujet de droit international, que ce soit à la Cour de la Haye, devant les Tribunaux arbitraux ou les tribunaux de l'Annexe VII de la CNUDM.

14 Le Tribunal international du droit de la mer a connu de neuf affaires de prompt mainlevée conformément à l'article 292 de la CNUDM. il s'agit des affaires : affaire N°2 « Saiga » (N°2) ; Affaire N°5 « Camouco » ; affaire N°6 « Monteconfurco » ; Affaire N°8 « Grand Prince » ; Affaire N°11 « Volga » ; Affaire N°13 « Juno Trader » ; Affaire N°14 « Hoshinmaru » ; Affaire 15 « Tomimaru » et affaire n°19 « Virginia G » ; Voir le site web du Tribunal www.itlos.org. De même la chambre de règlement des différends relatifs aux fonds marins a connu d'une demande d'avis consultatif, affaire N° 17 « Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone ».

15 Voir A.V. Lowe and S.A.G. Talmon, *Basic documents on the Law of the Sea, The Legal Order of the oceans*, Hart publishing, Oxford and Portland, 2009, 1012 p., les auteurs expliquent que : "One of the most striking characteristics of the Law of the Sea is the richness of its documentary sources. Its framework treaty, the monumental 1982 UN Convention on the Law of the Sea, is

est au coeur du dispositif normatif, il ne faut perdre de vue que l'appareil instrumentaire est impressionnant dans le domaine du droit de la mer puisque les textes se comptent par dizaines¹⁵.

C'est dire que les sources du droit de la mer sont prolifiques¹⁶. D'abord nous avons les traités internationaux au sens de la Convention de Vienne de 1969. Depuis la conclusion des quatre conventions de Genève, le droit de la mer est marqué par les traités multilatéraux au premier rang desquels se trouve la CNUDM laquelle recèle à la fois des aspects de codification et de développement progressif¹⁷. La Convention est complétée par des séries de traités multilatéraux qui - parfois - comblent ses lacunes et la mettent en oeuvre dans des domaines spécifiques, spécialisés ou encore régionaux. Nous avons ainsi ce que l'on nomme « les accords aux fins d'application » dont les seuls intitulés suffisent à rendre compte de leur objet.

Il s'agit d'une part, de l' « Accord relatif à l'application de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, adopté le 28 juillet 1994 » et de l' « Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies du 10 décembre 1982 relatif à la conservation et à la gestion des stocks de pois-

truly a framework (and one with many significant gaps) which holds together an extensive network of treaties, standards and other measures adopted by international and regional organizations, rooted in fertile mulch of state practice and case-law. By no means all of this material is readily available ..." Editor's Preface, p. XIII.

16. Sur les aspects historiques, voir L. del Castillo (ed.), op. cit. [Note 9], pp. 9-106; B. Zuleta op. cit. [note 4], p. XX; Donald R. Rotherwell and Tim Stephens, *The International Law of the Sea*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010, pp. 1-29. G. Gidel, *Le droit international public de la mer*, Chateauroux, Mellottée, 1932, Tome 1.

17. Dans son discours de clôture de la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, son président, l'Ambassadeur Tommy Koh explique :

«The third theme I heard was that this Convention is not a codification Convention. The argument that, except for Part XI, the Convention codifies customary law or reflects existing international practice is factually incorrect and legal insupportable. The regime of transit passage through straits used for international navigation and the regime of archipelagic sea lanes passage are two examples of the many new concepts in the Convention. Even in the case of article 76 on the continental shelf, the article contains new law in that it has expanded the concept of the continental shelf to include the continental slope and the continental rise. (...)», T. Koh, op.cit. (note 2), p. xxxv.; il n'en resta pas moins que la CNUDM est une Convention de codification sur les questions classiques du droit de la mer où elle reprend les Conventions de Genève. En effet, la CNUDM « n'efface pas nombre de règles coutumières classiques dont elle précise les modalités d'application, et qui subsistent parallèlement », L. Savadogo, « Les navires battant pavillon d'une organisation internationale » AFDI, 2007, p. 646.

sons 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, adopté le 4 août 1995 », de l'autre. L'accord de 1994 amende la CNUDM dont il devient partie intégrante et dispose que :

« les dispositions du présent Accord et de la partie XI doivent être interprétées et appliquées ensemble comme un seul et même instrument. En cas d'incompatibilité entre le présent Accord et la partie XI, les dispositions du présent Accord l'emportent». ¹⁸

En ce qui concerne l'Accord sur les stocks chevauchants, le mandat des plénipotentiaires était de compléter la CNUDM en vue d'assurer la conservation et la gestion desdits stocks dans de meilleures conditions et d'éviter leur surexploitation ; objectif reflété dans l'Accord¹⁹.

Les dispositions de la CNUDM relatives aux stocks se sont révélées lagunaires et n'ont pu leur assurer une utilisation durable. Elles se présentent plutôt comme un cadre général²⁰. Elles mettent à la charge des Etats « l'obligation ... de prendre, à l'égard de leurs ressortissants, des mesures de conservation des ressources biologiques de la haute mer »²¹ et l'obligation de coopérer à la conservation et à la gestion desdites ressources²². Ces obligations apparaissent plutôt molles et rappellent des obligations de comportement²³. C'est pourquoi, lorsque l'on doit s'employer à évaluer le statut de la CNUDM et son impact dans le droit contemporain de la mer, il est bon de tenir compte de ces accords ainsi que de la pratique des Etats dans la mise en oeuvre de la Convention²⁴.

18 Accord relatif à l'application de la partie XI de la CNUDM du 10 décembre 1982, article 2 paragraphe 1.

19 Voir l'article 2 de l'accord sur les stocks chevauchants du 4 août 1995.

20 Voir document de DOALOS des Nations-Unies A.Conf.164/INF5.

21 Article 117 de la CNUDM.

22 Article 118 de la CNUDM.

23 Voir, R. Casado Raigon, « l'application des dispositions relatives à la pêche en haute mer de la conservation des Nations Unies sur le droit de la mer », *Espaces et Ressources maritimes (ERM)*, 1994, N°8, P.214. ; M. Savini, « la réglementation de la pêche en haute mer par l'Assemblée générale des Nations-Unies. A propos de la Résolution 44/225 sur les grands filets mailants dérivants », *AFDI* 1990, p.777.

24 En particulier les législations nationales donnant effet aux dispositions de la CNUDM de même que les actes édictés par les organisations internationales et régionales.

A côté de ces instruments, il y a d'autres conventions multilatérales spécialisées

traitant de diverses activités en mer dans le cadre de l'Organisation Maritime Internationale (OMI), de la pêche (FAO) ou de ressources subaquatiques (UNESCO)²⁵.

A côté de ces conventions, d'autres accords traitent des questions les plus diverses du droit de la mer. L'on peut mentionner : la convention des Nations Unies sur les conditions d'immatriculation des navires du 7 février 1986²⁶; la convention pour la répression des actes illicites contre la navigation maritime du 10 mars 1988; la convention des Nations Unies sur la saisie conservatoire des navires du 12 mars 1999 ; la convention d'Abidjan en matière de protection de l'Environnement du 23 mars 1981, la convention d'Oslo relative aux opérations d'immersion du 15 février 1992 et celle de Barcelone sur la protection du milieu marin en Méditerranée du 10 juin 1995²⁷.

À côté de ces conventions multilatérales, nous avons de multiples conventions bilatérales donnant effet aux dispositions de la Convention, en particulier dans le domaine de la délimitation maritime. Il se trouve que de nombreuses frontières maritimes dans le monde ne sont pas délimitées. Le nombre total de frontières maritimes potentielles est de 420²⁸ et il existe environ 200 accords de délimitation à ce jour. C'est dire que le droit de la délimitation maritime a de beaux jours devant lui²⁹.

25 L'on peut relever parmi les conventions importantes adoptées dans le cadre de l'OMI : la Convention "SOLAS" et ses protocoles d'amendement ; la Convention MARPOL (1973/1978) ; la Convention Inmarsat (1976) et la Convention SAR de 1979. Voir, G. Librando, «The IMO and the Law of the Sea», in D.J. Attard (General Editor), the IMLI Manual on International Maritime Law, Vol. I: The Law of the Sea, Oxford University Press, 2014, pp.577-605. Pour l'UNESCO, notons la Convention sur le patrimoine culturel subaquatique de 2001, voir T. Scovazzi, «Protection of underwater cultural heritage : the UNCLOS and 2001 UNESCO Convention» IMLI Manual op.cit. pp.443-461. ; quant à la FAO, rappelons l'accord sur la conformité de 1993 et celui sur les mesures du ressort de l'Etat du Port de 2009. Voir Basic Documents op.cit. [Note 15] N°54 et 65.

26 Cette convention n'est pas encore en vigueur.

27 Voir Basic Documents précité [Note 15] pour ces différentes conventions.

28 Voir, US Dept. Of State, Bureau of Oceans and International Environment and Scientific Affairs, Limits in the Seas, N°108, 1st revision, Maritime Boundaries of the World, 1990, 2.

29 Voir les cinq volumes de J.L Charney et L.M. Alexander, International Maritime Boundaries, The American Society of International Law, Nijhoff Publishers, 1993, 1998, 2002, 2007 et les trois volumes édités par DOALOS relatifs aux «Accords de délimitation maritime», ainsi que le volume 5 de Maritime Boundaries : World Boundaries, édité par Gerald H. Blake, Routledge, 2002.

Ensuite, la seconde importante source est la coutume internationale. En « affirmant que les questions qui ne sont pas réglementées par la Convention continueront d'être régies par les règles et principes du droit international général »³⁰, la convention reconnaît la place importante qu'occupe la coutume internationale. En effet, le droit de la mer a d'abord et avant tout été un droit coutumier, né dans l'usage et sa pratique. Il devait permettre de sécuriser la navigation internationale et a engendré des notions importantes qui meublent aujourd'hui ce système juridique: eaux intérieures ; mer territoriale ; haute mer ; liberté des mers ; exclusivité de juridiction de l'Etat du pavillon ; baie historique, compétence universelle en matière de lutte contre la piraterie. Ce droit coutumier est parvenu en l'état jusqu'au milieu du XXe siècle, période où fut entreprise l'oeuvre de codification du droit de la mer qui se révélera aussi oeuvre de création³¹. Son importance se renouvelle: « especially with respect to those areas of conventional law which are not clearly articulated in the existing treaties or in areas where state practice may have extended the application of some of the treaty provisions »³². La CIJ a reconnu ce phénomène dans nombre de ces décisions³³ et en particulier celles relatives à la délimitation maritime³⁴.

L'importance de la coutume internationale et ses rapports avec la CNUDM sont rappelés dans les instruments juridiques les plus divers³⁵ et cette relation synchrone des deux sources dans un droit en mutation rapide comme le droit de la mer est de la première importance.

30 Préambule de la CNUDM du 10 décembre 1982.

31 Voir, D.R. Rothwell and T. Stephens, *The International Law of the Sea*, op. cit. [note 16], p.22.

32 Ibid.

33 Voir, par exemple, affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine (Canada/Etats-Unis), Rec. CIJ 1984, p. 246, §§ 79-96 ; Affaire du plateau continental Libye/Malte, Rec. CIJ. 1985, p.13, §§ 26-34.

34 Voir Tafsir Malick Ndiaye, « The Judge, maritime délimitation and the Grey areas » op. cit. [note 91. ; Voir aussi, Affaires du plateau continental en mer du Nord, (RFA/Danmark) et (RFA/Pays-Bas), Rec. CIJ 1969, p.3 ; Voir en outre, Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar) devant le Tribunal international du droit de la mer, arrêt du 14 mars 2012, paragraphe 183.

35 Voir, par exemple, la Convention de l'UNESCO sur le patrimoine culturel subaquatique de 2001 (article 3) ; Accord de 1993 de la FAO dit accord sur la conformité (Préambule) ; le code de conduite de la FAO pour une pêche responsable de 1995, (article 3.1), le plan d'Action international contre la pêche INN de 2001 (article 10) ou en core l'Accord de 2009 de la FAO sur les mesures du ressort de l'Etat du port contre la pêche INN (Préambule).

Après, nous avons la jurisprudence, et la doctrine comme d'autres sources importantes du droit de la mer³⁶. Comme le fait observer E. Jouannet

« Comment ne pas souligner...l'apport de la CU dans la consolidation des règles coutumières sur le droit de la mer, de même qu'inversement dans le rejet de certains principes du domaine de la coutume ? L'ensemble de ses arrêts consacrés à ces questions en est une parfaite illustration »³⁷.

Il apparaît que le rôle fondamental dans la formulation des règles et principes juridiques devant régir le droit de la délimitation maritime revient aux juridictions internationales - qui les énoncent et les précisent -, plus qu'à la pratique des Etats. En ce qui concerne la doctrine, son rôle - bien que parfois discuté - ne s'est jamais démenti dans le domaine du droit de la mer.

« There have been few other bodies of international law so substantially influenced by the views of publicists as the law of the sea and the ongoing influence of Grotius is evidence of this phenomena»³⁸.

Enfin, le droit international contemporain et en particulier le droit de la mer est influencé par des instruments juridiques à caractère non obligatoire qui relèvent de l'exhortatoire ou du recommandatoire et qui se révèlent de la plus grande importance.

Les résolutions des assemblées plénières des organisations internationales jouent un rôle de premier plan en ce sens qu'elles annoncent le droit à venir³⁹. Il suffit de penser à certaines d'entre elles qui ont l'allure d'actes fondateurs : droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (résolution 1514 (XV) ; l'utilisation pacifique des fonds marins et de leur sous-sol (résolution 2574 D (XXIV))⁴⁰. Déclaration des principes

36 Voir Tafsir Malick Ndiaye, « The Judge, maritime delimitation... » op. cit. [note 9], p. 2.

37 E. Jouannet, " Droit non écrit", Denis Alland (dir.) Droit International public, Paris, PUF, 2000, Coll. Droit fondamental, p. 289.

38 V. R. Rothwell et al. op. cit. [note31] p. 24.

39 Voir, J.P. Pancraccio, Droit de la mer, Précis Dalloz 2010, 1ère édition, où l'auteur explique, p.54 " On observera que dans les domaines où les principes juridiques appelés à constituer l'armature d'un droit futur sont encore peu fixés, peu stables, discutés, ce sont les formes ou instruments les moins contraignants qui seront choisis. Ainsi, les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, qui n'ont pas de force juridique obligatoire pour les Etats, interviennent-elles plus volontiers dans les secteurs où la communauté internationale en est à définir les concepts essentiels de la matière traitée ainsi que ses règles de base ».

40 Basic Documents N° 16.

régissant les fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale (résolution 2749 (XXV) qui annonce le patrimoine commun de l'humanité symbolisé par la partie XI de la CNUD M⁴¹, ou encore à l'Agenda 21 adopté en 1992 avec son chapitre 17 relatif à la protection des océans⁴².

A la FAO, deux instruments de caractère non contraignant retiennent l'attention. Il s'agit, d'une part, du code de conduite par une pêche responsable⁴³ et du plan d'action international destiné à prévenir, combattre et éliminer la pêche INN de l'autre⁴⁴. Relevons pour l'OMI, le code de conduite relatif à la répression de la piraterie⁴⁵.

L'on peut retenir de ce qui précède que le dispositif normatif du droit de la mer est très riche et varié dans un environnement en mutation rapide. C'est pourquoi ce système juridique doit faire face à des défis multiples inhérents à l'approche retenue par la CNUDM elle-même, et qui consiste à partager l'océan entre les Etats du monde. Le défi principal ici est le parachèvement du partage (I). Et puisque « il n'y a de constant que le changement »⁴⁶, de nouveaux problèmes sont apparus qui étaient inconnus au moment de la rédaction de la Convention ou qui ne se sauraient être traités sur la seule base de celle-ci. Cette situation engendre de nouveaux défis (II) qui peuvent ouvrir de nouvelles perspectives pour le droit de la mer.

I. LE PARACHEVEMENT DU PARTAGE

La convention a partagé les océans en rassemblant tous les Etats du monde et en répartissant les espaces maritimes entre les diverses catégories de pays. Cependant, sa mise en oeuvre révèle que les aspérités sont tenaces. Ainsi, la tâche fondamentale que les Etats doivent entreprendre sur la base de la Convention est de compléter, d'achever, le processus de délimitation des espaces maritimes de façon à rendre fonctionnelle la méthode de répartition retenue de la Convention - l'approche dite zonale - et de permettre une bonne gouvernance des mers et des océans.

41 Basic Documents N° 17.

42 Basic Documents N° 48.

43 Basic Documents N° 58.

44 Basic Documents N° 67.

45 Basic Documents N° 90.

46 On prête à Bouddha cette maxime.

Ce processus a trait à la délimitation des espaces maritimes entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face et à la détermination de la limite extérieure du plateau continental au-delà des 200 milles marins. Ceci engendre quatre formes de délimitation : la délimitation unilatérale(A), la délimitation conventionnelle(B), la délimitation juridictionnelle(C) et la détermination de la limite extérieure du plateau continental au-delà des 200 milles marins(D).

A. LA DELIMITATION UNILATERALE

La délimitation unilatérale concerne la séparation du territoire national d'avec un espace international. Elle s'applique aux espaces relevant de la juridiction de l'Etat côtier : eaux intérieures, mer territoriale, plateau continental et zone économique exclusive. La délimitation de tels espaces relève de la compétence exclusive de l'Etat riverain. Cependant, elle a toujours un aspect international⁴⁷. La question des eaux intérieures, laquelle est absente du droit conventionnel, mérite d'être clarifiée. Il en va de même des critères relatifs à la ligne divisoire unique⁴⁸. Dans la délimitation maritime, la côte, les lignes de base, les

47. Comme l'indique la C11 « s'il est vrai que l'acte de délimitation est nécessairement un acte unilatéral parce que l'Etat riverain a seul qualité pour y procéder, en revanche, la validité de la délimitation à l'égard des Etats tiers relève du droit international », Affaires des pêcheries anglo-norvégiennes, arrêt du 18 décembre 1951, Rec.1951, p.132. Ceci rappelle le régime applicable à la nationalité. En effet, « il ne dépend ni de la loi ni des décisions [d'un Etat] de déterminer si cet Etat, a le droit d'exercer sa protection dans le cas considéré », CIJ, affaire Nottebohm deuxième phase, Rec. 1955, p.20, « parce que le droit international laisse à chaque Etat le soin de régler l'attribution de sa propre nationalité ». Ibid. p.23. En revanche, la validité interne de la nationalité est la première condition de sa validité internationale. En effet, pour autant que le droit international reconnait aux Etats la compétence exclusive dans la détermination de la nationalité, il subordonne à ses propres exigences son efficacité dans l'ordre international. C'est pourquoi la contestation par un Etat d'un acte de nationalité ne l'invalide pas mais le rend inopposable. Comme le remarque Brownlie, « Nationality is a problem, inter alia, of attribution, and regarded in this way resembles the law relating to territorial sovereignty. National law prescribes the extent of the territory of a state, but this prescription doesn't preclude a forum which is applying international law from deciding questions of title in its own way, using criteria of international law », I. Brownlie, "the Relations of Nationality in Public International Law, BYBIL, 1963, p. 290-291.

48. Comme le Remarque Y. Tanaka parlant des Conventions de 1958 et de 1982 sur le droit de la mer, « These treaties contain no provision with regard to the delimitation of internal waters, although that problem may arise, for instance, in the case of a bay with several riparians. In addition to this, the single maritime boundary, which would delimit the continental shelf and the EEZ/fishery zone (FZ) by one line, is at issue. Considering that the factors to be taken into account may be different for the seabed and superjacent waters, it seems possible that the delimitation line of a continental and an EEZ/FZ would differ as well". Y Tanaka, the International Law of the Sea, Second Edition, Cambridge University Press, 2015, p.198.

îles, les hauts-fonds-découvrants et autres facteurs géographiques ou géodésiques jouent un rôle important⁴⁹. Ces différentes données factuelles permettent, en effet, à l'Etat de déterminer l'assiette spatiale d'exercice de sa juridiction sur les espaces maritimes⁵⁰. C'est-à-dire que :

« (...) le lien juridique entre la souveraineté territoriale de l'Etat et de ses droits sur certains espaces maritimes adjacents s'établit à travers ses côtes. La notion d'adjacence en fonction de la distance repose entièrement sur celle du littoral et non sur celle de la masse terrestre »⁵¹,

Il apparaît que la détermination de la côte pertinente et sa configuration (longueur, forme, présence d'îles, de hauts-fonds-découvrants et d'autres facteurs géographiques) constituent une circonstance d'une importance particulière dans la délimitation maritime. Elles fondent le titre d'un Etat sur les espaces à délimiter. Comme l'indique la CIJ, le titre d'un Etat sur le plateau continental et sur la zone économique exclusive est fondé sur le principe selon lequel la terre domine la mer du fait de la projection des côtes ou des façades côtières⁵²

La terre est la source juridique du pouvoir qu'un Etat peut exercer dans les prolongements maritimes⁵³. Qui plus est, c'est la côte, du territoire de l'Etat qui est déterminante pour créer le titre sur les étendues sous-marines bordant cette côtes⁵⁴.

49 V.T.M. Ndiaye, "Le juge et la delimitation maritime : mode d'emploi », *Governing Ocean Resources, New Challenges and Emerging Regimes*, a tribute to judge Choon-Ho park, Martinus Nijhoff Publishers, 201.3, p. 1.39-161; spec. p.145-147.

50 La CIJ indique dans l'affaire du Plateau Continental en mer du Nord, paragraphe 96 : « [...] on applique le principe que la terre domine la mer; il est donc nécessaire de regarder de près la configuration géographique des côtes des pays dont on doit délimiter le Plateau Continental ». si V. CIJ, affaire Libye/Malte, arrêt du 3 juin 1985, le tribunal indique au paragraphe 119 : « Les droits qu'un Etat peut prétendre avoir sur la mer sont en rapport non pas avec l'étendue de son territoire derrière ses côtes, mais avec ces côtes et avec la manière dont elles bordent ce territoire. Un Etat dont la superficie est peu étendue peut prétendre à des territoires maritimes bien plus importants qu'un Etat d'une grande superficie. Tout dépend de leurs façades maritimes respectives et de la façon dont elles se présentent ».

52 Voir, affaire de la délimitation maritime en mer noire, (Roumanie c. Ukraine), arrêt du 3 février 2009, Rec. CIJ, 2009 paragraphe 77.

53 CIJ, affaire du Plateau Continental en mer du nord, rec. 1969, arrêt du 20 Février 1969, paragraphe 51.

54 CIJ, affaire du plateau continental (Tunisie C. Libye) arrêt du 24 février 1982, paragraphe 73.

Le rôle des côtes pertinentes peut revêtir deux aspects juridiques distincts, quoique

étroitement liés, dans le cadre de la délimitation du plateau continental et de la zone

économique exclusive. En premier lieu, il est nécessaire d'identifier les côtes pertinentes aux fins de déterminer quelles sont, dans le contexte spécifique d'une affaire, les revendications qui se chevauchent dans ces zones étant donné que l'objet de chaque délimitation est de résoudre le problème du chevauchement des prétentions en traçant une ligne divisoire, de séparation entre les espaces maritimes concernés.

En second lieu, il convient d'identifier les côtes pertinentes aux fins de vérification d'une quelconque disproportion entre le rapport des longueurs de côtes de chaque Etat et celui des espaces maritimes situés de part et d'autre de la ligne de délimitation⁵⁵. La proportionnalité se pré-

49 V.T.M. Ndiaye, "Le juge et la délimitation maritime : mode d'emploi », *Governing Ocean Resources, New Challenges and Emerging Regimes*, a tribute to judge Choon-Ho Park, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 139-161; spec. p.145-147.

50 La CIJ indique dans l'affaire du Plateau Continental en mer du Nord, paragraphe 96 : « [...] on applique le principe que la terre domine la mer; il est donc nécessaire de regarder de près la configuration géographique des côtes des pays dont on doit délimiter le Plateau Continental ». si V. CIJ, affaire Libye/Malte, arrêt du 3 juin 1985, le tribunal indique au paragraphe 119 : « Les droits qu'un Etat peut prétendre avoir sur la mer sont en rapport non pas avec l'étendue de son territoire derrière ses côtes, mais avec ces côtes et avec la manière dont elles bordent ce territoire. Un Etat dont la superficie est peu étendue peut prétendre à des territoires maritimes bien plus importants qu'un Etat d'une grande superficie. Tout dépend de leurs façades maritimes respectives et de la façon dont elles se présentent ».

52 Voir, affaire de la délimitation maritime en mer noire, (Roumanie c. Ukraine), arrêt du 3 février 2009, Rec. CIJ, 2009 paragraphe 77.

53 CIJ, affaire du Plateau Continental en mer du nord, rec. 1969, arrêt du 20 Février 1969, paragraphe 51.

54 CIJ, affaire du plateau continental (Tunisie C. Libye) arrêt du 24 février 1982, paragraphe 73.

55 Voir l'affaire de la délimitation en mer noire, op.cit. [note 50], paragraphe 78, aussi T.M. NDIAYE op.cit. [note 49], p 149.

sente comme le critère de vérification de l'équité d'une délimitation. Elle regarde la longueur de la côte pertinente ou les éléments constitutifs de la superficie des zones maritimes devant revenir à chaque Etats.⁵⁶

Leur tracé obéit à deux méthodes ; la méthode dite « normale » et celle « des lignes de base droites ».

Aux termes de l'article 5 de la Convention :

« sauf disposition contraire de la convention la ligne de base normale à partir de laquelle est mesurée la largeur de la mer territoriale est la laisse de basse mer le long de la côte, telle qu'elle est indiquée sur les cartes marines à grande échelle reconnues officiellement par l'Etat côtier»⁵⁷

56 La Cour Internationale de Justice a parfois eu de la difficulté à déterminer les côtes pertinentes. Dans l'affaire Libye c. Malte, elle dit « (...) de l'avis de la cour, aucune raison de principe n'empêche d'employer le test de proportionnalité, à peu près de la même manière dont on l'a fait en l'affaire Tunisie/Libye, et qui consiste à déterminer les « côtes pertinentes », à calculer les rapports arithmétiques entre les longueurs de côtes et les surfaces attribuées et finalement à comparer ces rapports afin de s'assurer de l'équité d'une délimitation entre côtes se faisant face tout autant qu'entre côtes adjacentes. Mais, dans ce cas, certaines difficultés pratiques peuvent fort bien rendre le test inapproprié sous cette forme. Ces difficultés sont particulièrement manifestes en la présente espèce où, pour commencer le contexte géographique rend la marge de détermination des côtes pertinentes et des zones pertinentes si large que pratiquement n'importe qu'elle variante pourrait être retenue, ce qui donnerait des résultats extrêmement divers ; ensuite la zone à laquelle l'arrêt s'appliquera en fait est limitée par l'existence des revendications d'Etats tiers. Il serait illusoire de n'appliquer la proportionnalité qu'aux surfaces comprises dans ces limites; (...) ». Aff. du Plateau Continental Libye/Malte, op.cit. (note 5 supra), paragraphe 74. En revanche, la primauté de la géographie côtière en matière de délimitation est une jurisprudence constante : « il est... nécessaire de regarder de près la configuration géographique des côtes des pays dont on doit délimiter le plateau continental », Affi. du Plateau Continental en mer du nord, op.cit. paragraphe 96 ; « La méthode de délimitation à adopter doit être en rapport avec les côtes des parties qui bordent effectivement le plateau continental », Affaire de la délimitation du plateau continental (Royaume Uni C. France) 1977, RSA, Vol. XVIII, 130, 240 ; « une ligne de délimitation à tracer dans une aire déterminée est fonction de la configuration des côtes », affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine (Canada C. Etats Unis d'Amérique), arrêt du 12 octobre 1984, Rec. CIJ 1984, p.246, paragraphe 205.

57 Les articles 5,7, 9-11, 13-14 et 16 établissent les règles relatives au tracé des lignes de base qui permettent de mesurer la largeur de la mer territoriale. Il n'en demeure pas moins que les lignes spécifiées dans ces dispositions permettent aussi de mesurer la largeur des autres espaces sous la juridiction de l'Etat côtier. La disposition contraire dont parle l'article 5 concerne : les récifs, les lignes de base droites, l'embouchure des fleuves, les baies, les ports et les hauts-fonds découvrants. ; voir, Robin Churchill, « Coastal Waters », The IMLI Manual on International Maritime Law, Vol. I : The Law of the Sea, General Editor David J. Attard, Oxford university Press, 2014, pp. 1-25.

Pour ce qui est des lignes de base droites⁵⁸, leur emploi suppose l'existence d'une côte profondément échancrée et découpée ou la présence d'un chapelet d'îles le long de la côte, ou à proximité immédiate de celle-ci. Le tracé des lignes ne doit pas s'écarter sensiblement de la direction générale de la côte et les étendues de mer situées en deçà des lignes droites doivent être suffisamment liées au domaine terrestre pour être soumises au régime des eaux intérieures.

Ces lignes de base droites ne peuvent être tracées vers ou depuis des hauts-fonds-découvrants à moins que des phares ou des installations similaires n'y aient été construits ou que le tracé de telles lignes de base droites n'ait fait l'objet d'une reconnaissance internationale générale.

Qui plus est, ces lignes ne peuvent être tracées de manière telle que la mer territoriale d'un autre Etat se trouve coupée de la haute mer ou d'une zone économique exclusive. Relevons, qu'aux termes de l'article 14 de la Convention, l'Etat côtier peut, en fonction des différentes situations, établir les lignes de base selon une ou plusieurs des méthodes prévues dans les articles précédents. Il faut aussi noter la nécessité d'asseoir des mesures de publicité en particulier pour les lignes de base droites, leur statut et régime juridique. Le défi auquel les Etats doivent faire face est l'impact de l'élévation du niveau de la mer sur le tracé des lignes de base lorsque l'on sait qu'entre 2000 et 2009, ce niveau s'est élevé plus

⁵⁸ Article 7 de la Convention.

que les 5 000 années précédentes⁵⁹

B. LA DELIMITATION CONVENTIONNELLE :

La délimitation des espaces maritimes entre voisins est d'une grande importance en ce qu'elle confère stabilité et permanence dans leurs relations mutuelles. Il se trouve que de nombreuses frontières maritimes dans notre monde ne sont pas délimitées. Le nombre total de frontières maritimes potentielles est de 420⁶⁰ et il n'existe qu'environ 200 accords de délimitation à ce jour dont la plupart est entrée en vigueur⁶¹. C'est dire aussi que le processus n'est pas terminé, d'autant plus que les accords de délimitation existants ne couvrent guère tous les espaces maritimes. Ils ont trait pour la plupart aux plateaux continentaux et laissent

59 Voir J Attenhoffer, « Baselines and Base Points : How the Case Law withstands Rising Sea Levels and Melting Ice » (2010) I Law of the Sea reports, «<http://www.asil.org/losreports>» (2014); D. Freestone and J. Pethick, « Sea Level Rise and Maritime boundaries » in G.H. Blake (ed.), *Maritime Boundaries*, Routledge (1994), 73; Dans l'Affaire, "The Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between the People's Republic of Bangladesh and the Republic of India, award of 7 July 2014", le Tribunal dit, paragraphe 399: " The Tribunal will first address the instability of the coast of the Raimangal and Haribhanga estuary. It notes that the relevant coast of Bangladesh is unstable. In coming to this conclusion, the Tribunal is guided by the documented changes in the size and shape of some formations in the Raimangal estuary. South Talpatty/New Moore Island is one example. The Tribunal does not consider it necessary, however, to go into any detail on this issue, since it does not consider this instability to be a relevant circumstance that would justify adjustment of the provisional equidistance line in the delimitation of the exclusive economic zone and continental shelf. This decision of the Tribunal is not at variance with the judgment of the International Court of Justice in the Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea ((Nicaragua v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 659 at p. 745, paragraph 281). That judgment considered the instability of a coast solely with respect to whether the establishment of base points was feasible. Moreover, as this Tribunal has emphasized in respect of the territorial sea (see paragraphs 214-219, 248 above), only the present geophysical conditions are of relevance. Natural evolution, uncertainty and lack of predictability as to the impact of climate change on the marine environment, particularly the coastal front of States, make all predictions concerning the amount of coastal erosion or accretion unpredictable. Future changes of the coast, including those resulting from climate change, cannot be taken into account in adjusting a provisional equidistance line".

60 Voir, US Dept. Of State, Bureau of oceans and International Environment and Scientific Affairs, *Limits in the seas*, N° 108; 1st revision, *Maritime Boundaries of the World*, 1990, 2.

61 Les cinq volumes de J.L. Charney et L.M. Alexander, *International Maritime Boundaries*, The American Society of International Law, Nijhoff Publishers, 1993, 1998, 2002, 2007 ; et les quatre volumes édités par DOALOS relatifs aux « Accords de Délimitation Maritime », ainsi que le volume 5 de *Maritime Boundaries : World Boundaries*, édité par Gerald H. Blake, Routledge, 2002. Ces ouvrages permettent d'avoir une idée sur l'état de la pratique interétatique en la matière.

indéterminés les autres espaces ; d'où la tendance récente à vouloir asseoir des lignes divisaires uniques qui embrassent toutes les zones sous juridiction nationale. *Il s'agit là d'un défi de taille dans les années à venir.*

La délimitation conventionnelle procède d'une prescription de la convention laquelle prévoit que toute délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental doit être effectuée par voie d'accord. Les articles 15, 74 et 83 de CNUDM ont respectivement traité la délimitation de la mer territoriale, de zone économique exclusive et à celle du plateau continental. L'article 15 de la CNUDM dispose :

« Lorsque les côtes de deux Etats sont adjacentes ou se font face, ni l'un ni l'autre de ces Etats n'est en droit, sauf accord contraire entre eux, d'étendre sa mer territoriale au-delà de la ligne médiane dont tous les points sont équidistants des points les plus proches des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale de chacun des deux Etats ».

Cette disposition ne s'applique cependant pas dans le cas où, en raison de l'existence de titres historiques ou d'autres circonstances spéciales, il est nécessaire de délimiter autrement la mer territoriale des deux Etats.

Les articles 74 et 83 de la CNUDM ont un libellé identique et disposent :

« 1. La délimitation de la zone économique [du plateau continental] entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face est effectuée par voie d'accord conformément au droit international tel qu'il est visé à l'article 38 du statut de la Cour Internationale de Justice, afin d'aboutir à une solution équitable.

2. S'ils ne parviennent pas à un accord dans un délai raisonnable, les Etats concernés ont recours aux procédures prévues à la partie XV.

3. En attendant la conclusion de l'accord visé au paragraphe 1, les Etats concernés dans un esprit de compréhension et de coopération, font leur possible pour conclure des arrangements provisoires de caractère pratique et pour ne pas compromettre ou entraver pendant cette période de transition la conclusion de l'accord définitif. Les arrangements provisoires sont sans préjudice de la délimitation finale.

4. Lorsqu'un accord est en vigueur entre les Etats concernés, les questions relatives à la délimitation de la zone économique exclusive [du plateau continental] sont réglées conformément à cet accord. »⁶².

La pratique conventionnelle relative à la délimitation de la ZEE et du plateau continental est disparate. Les accords de délimitation renseignent très peu sur les principes et méthodes retenus par les Etats dans leurs négociations pour fonder la ligne de délimitation retenue⁶³.

Et cette pratique n'a pu s'imposer par la voie coutumière. De fait, l'examen du contentieux des délimitations maritimes montrent que les prescriptions conventionnelles n'occupent guère la place centrale que l'on était en droit d'attendre d'elles. Comme le remarque un auteur:

« In the drafting of these provisions, there was disagreement between the supporters of « equidistance » and the supporters of « equitable principles. The confrontation between the two groups was also linked to another difficult issue concerning peaceful settlement of disputes. Whilst the supporters of "equidistance" were, as part of the package, in favour of establishing a compulsory, third-party system for the settlement of delimitation disputes, the supporters of "equitable principles" generally rejected the idea of compulsory judicial procedures"⁶⁴.

62 En ce qui concerne la délimitation de la zone économique exclusive comparée à celle du plateau continental, voir : Cour Internationale de justice : affaire du plateau continental (Tunisie/Libye), arrêt du 24 février 1982 ; affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvege), Arrêt du 14 juin 1993 ; Affaire de la délimitation et des questions territoriales entre Qatar et Bahrein (Qatar c. Bahrein) arrêt du 16 Mars 2001 ; affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria (Cameroun c. Nigeria) arrêt du 10 Octobre 2002 ; Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar), Tribunal International du Droit de la Mer, Affaire N°16, arrêt du 14 mars 2012.

63 Voir V. Leanza et M.C. Caracciolo, « The Exclusive Economic Zone » in the IMLI Manual op. cit [note 11] pp. 177-216 ; "Many of the international bilateral agreements do not deal specifically with the delimitation of this area, but they do delimit the seabed and subsoil marine and the water column. These agreements can be divided into three groups depending on their approach to the issue of delimitation: the first group, certainly the most numerous, uses the delimitation's method of the median or equidistance; [...] the second group merely provides that the delimitation should be made in accordance with international law [...] another group establishes directly the geographical coordinates, without indicating which method was used in the delimitation, or resorts to methods other than that of the median or equidistance" p. 205.

64 V. Tanaka op. cit. [Note 48], p. 200-201; voir aussi, le Virginia Commentaries, Vol II, Dordrecht, Nijhoff. 1993, pp. 796 — 819. Voir aussi, M.D. Evans « Maritime Boundary Delimitation » Oxford Handbook of the Law of the Sea, Oxford University Press, 2015, pp. 254-279.

C'est sur ces bases que les articles 74 et 83 ont été conçus comme issue de secours ne pouvant guère prétendre à une complétude. Ces dispositions ne font pas référence à une méthode de délimitation, mais énoncent seulement que la délimitation doit aboutir à un résultat équitable⁶⁵, et l'évocation du statut de la CIJ n'est pas une source de clarté.

Il n'en reste pas moins vrai que les accords de délimitation présentent un caractère objectif, c'est-à-dire qu'ils sont opposables erga omnes et en cas de succession d'Etats, ils s'imposent au successeur au moment du transfert territorial. C'est ainsi que le principe de l'*uti possidetis juris* a été prudemment adopté par les Etats latino-américains dès la proclamation de leur indépendance au 19^{ème} siècle. Ce principe a été reçu en Afrique sous le nom de « intangibilité des frontières⁶⁶ ».

Il apparaît cependant que le rôle fondamental dans la formulation des règles et principes juridiques devant régir le droit de la délimitation maritime revient à la Cour Internationale et aux tribunaux arbitraux. Ces derniers appliquent les règles indiquées par la Cour, tout en y apportant, parfois quelques innovations qui sont reprises par la Cour et ce, dans un jeu d'enrichissement mutuel. Les juridictions internationales ont ainsi permis de développer le droit de la délimitation maritime.

C. LA DELIMITATION JURIDICTIONNELLE

La CNUDM prévoit que s'ils ne parviennent pas à un accord dans un délai raisonnable les Etats concernés ont recours aux procédures prévues à la partie XV⁶⁷. La délimitation juridictionnelle procède le plus souvent de l'échec de négociations dans la détermination de la frontière maritime entre deux Etats.

De plus, l'existence des zones économiques exclusives et le développement des technologies relatives à l'exploration et à l'exploitation des ressources minérales ont fait de la délimitation des espaces mari-

⁶⁵Selon la Cour Internationale de Justice "[...] délimiter avec le souci d'aboutir à un résultat équitable, comme le requiert le droit international en vigueur, n'équivaut pas à délimiter en équité [laquelle] ne constitue pas une méthode de délimitation mais uniquement un objectif qu'il convient de garder à l'esprit en effectuant celle-ci ». Affaire de frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria (Cameroun c. Nigeria) arrêt du 10 Octobre 2002, paragraphe 294.

⁶⁶Voir la Déclaration du Caire du 21 Juillet 1964, voir aussi CIJ, affaire du différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali, Rec. CIJ 1986, p. 566, paragraphe 23.

⁶⁷CNUDM, arts. 74 (2) et 83 (2).

times un problème majeur des temps modernes. En particulier:

"The increasing recourse to ICI in matters of maritime delimitation is an element of the general requirement for authoritative settlement of maritime boundaries, whether by agreement, arbitration or judicial award; and this is in turn is a function of the increased possibilities of extraction of the mineral resources of the seabed⁶⁸".

L'on doit noter la tendance des Etats à préférer l'approche bilatérale des questions de délimitation même s'ils se trouvent dans une situation géographique en prise avec plusieurs Etats. La plupart des accords de délimitation sont des accords bilatéraux et les actes introductifs d'instance procèdent le plus souvent de compromis bilatéraux, même dans les circonstances où le juge ou l'arbitre devra tenir dûment compte du droit des tiers, même en cas de non-intervention⁶⁹.

La délimitation suppose la connaissance des titres des deux Parties dans la zone concernée. Ainsi, la première question sur laquelle le juge doit se pencher consiste à déterminer si les parties ont des titres concurrents sur l'espace à délimiter⁷⁰.

Le problème de la ligne divisoire dans les zones maritimes de chevauchement a été l'objet d'un contentieux volumineux en ce qui concerne la ZEE. Qui plus est, le plateau continental au-delà de 200 milles marins a pris de l'ampleur et a accru l'intérêt des Etats avec les soumissions faites à la Commission sur les limites du plateau continental et le glissement jurisprudentiel observé depuis quelques décennies.

68 H. Thirlway "recent trends and challenges of the ICJ Jurisprudence", *Japanese Yearbook of International Law* vol. 55, 2012, pp. 4-30, spec. p. 8.

69 Ibid. p.9 dans les cas d'intervention en la matière, on a plutôt observé une opposition de l'une des parties ou des deux. Ce qui confirme l'approche bilatérale choisie par les Etats.

70 Dans l'affaire du différend territorial et maritime [Nicaragua c. Colombie], arrêt du 19 novembre 2012, Rec. CIJ, 2012, p.624, paragraphe 141, la cour dit : « La Cour commencera donc par définir les côtes pertinentes des parties, à savoir celles dont les projections se chevauchent, la délimitation consistant à résoudre la question du chevauchement des revendications en traçant une ligne de séparation entre les espaces maritimes ». Elle fera observer dans l'affaire du Plateau Continental Tunisie/Libye, Rec.1982, p.61, paragraphe 73 que : « C'est la côte du territoire de l'Etat qui est déterminante pour créer le titre sur les étendus sous-marines bordant cette côte ».

La délimitation maritime a, en effet, engendré plus d'affaires que tout autre sujet de

droit international, que ce soit à la Cour de La Haye, devant les Tribunaux arbitraux et aujourd'hui, devant le Tribunal International du Droit de la Mer et les Tribunaux annexe VII de la CNUDM. De la sorte, il apparaît que le rôle fondamental dans la formulation des règles et principes devant régir le droit de la délimitation maritime revient aux juridictions internationales plus qu'à la pratique interétatique⁷¹.

Après avoir déterminé les titres concurrents des Etats concernés, le juge doit se pencher sur la relation qui unit le Plateau Continental et la zone économique exclusive sur les ressources des fonds marins et du sous-sol. Les droits sur le plateau continental sont inhérents par le jeu du régime juridique tandis que la ZEE doit être revendiquée et sa création proclamée par l'Etat⁷². Comme le remarque Y. Tanaka:

« Considering that the factors to be taken into account may be different for the seabed and superjacent waters, it seems possible that the delimitation line of a continental shelf and an EEZ/FZ would differ as well. A divergence of factors relevant to the seabed and superjacent waters may entail the risk of creating two competing lines dividing coincident areas and create a situation in which part of the EEZ belonging to one state may overlap part of another state's continental shelf. Such a situation would give rise to complex problems relating to jurisdiction⁷³. »

Un autre problème difficile a trait au titre sur le plateau continental qui comprend, au terme de la CNUDM, les fonds marins et leur sous-sol au-delà de sa mer territoriale, sur toute l'étendue du prolongement naturel du territoire terrestre de cet Etat jusqu'au rebord externe de la marge continentale, ou jusqu'à 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale, lorsque le

71 T.M. Ndiaye op. cit. [Note 49], p. 140.

72 Voir D. Attard, *the Exclusive Economic Zone in International Law*, Oxford University Press, Oxford 1987; F. Orrego Vincuna, *The Exclusive Economic Zone*, Cambridge University press, Cambridge, 1989.

73 Y. Tanaka op. cit. [Note 48] p.198. L'auteur explique: "The institution of the EEZ comprises seabed where the EEZ is established [LOSC, art.56 (1)]. Accordingly seabed is no longer the continental shelf, but the seabed of the EEZ. Thus, theoretically, such a single maritime boundary becomes simply the boundary of the EEZ. Strictly speaking, the expression of "a single maritime boundary between the continental shelf and the EEZ might be questioned". Ibid. note de bas de page n° 04.

rebord externe de la marge continentale se trouve à une distance inférieure. Autrement dit, le titre au plateau continental se fonde à la fois sur le critère de la distance et sur celui du prolongement naturel. Ce, d'autant que la CNUDM permet à l'Etat côtier de fixer la limite extérieure de son plateau continental, quand celui-ci s'étend au-delà de 200 milles marins⁷⁴.

Sur la base des considérations qui précèdent, le juge détermine la méthode de délimitation et construit la ligne d'équidistance provisoire. Il examine - s'il y a lieu - les circonstances pertinentes avant de vérifier l'absence de disproportion suivant le paradigme des trois étapes qui se présente aujourd'hui comme la solution au contentieux de la délimitation maritime. De fait, depuis l'affaire du plateau continental en mer du Nord, une vingtaine d'affaires de délimitation ont été soumises aux juridictions internationales et pour la plupart des arrêts ou des sentences ont été rendus.

Au début, la jurisprudence portait sur des délimitations de plateaux continentaux. De nos jours, les juridictions sont appelées à déterminer les frontières maritimes avec une ligne unique traitant de tous les espaces maritimes. En effet, la question juridique très ardue qui se pose est celle de savoir si la ligne du plateau continental doit être ou non exaucée à la colonne d'eau. Voilà le défi que doivent relever les juridictions internationales. Dans l'affaire de la délimitation maritime en mer noire, la CIJ indique que :

« les paragraphes 4 des articles 74 et 83 de la CNUDM sont pertinents pour apprécier la position de la Roumanie selon laquelle les instruments de 1949 ont établi autour de l'Ile des serpents une frontière délimitant les zones économiques exclusives et le plateau continental au-delà du point I. (...) il ressort de la pratique des Etats qu'un nouvel accord est nécessaire pour qu'une ligne retenue soit utilisée pour en délimiter une autre. C'est généralement ce qui se produit lorsque des Etats conviennent d'utiliser la ligne délimitant leur plateau continental pour marquer les limites de leur zone économique exclusive respective⁷⁵ ».

Il faut noter, par ailleurs, que des instances de délimitation maritime ont été introduites sur le fondement de la juridiction obligatoire c'est à

74 CNUDM, art. 76 paras. 2-7, voir l'affaire Nicaragua c. Colombie op. cit. [Note 241 para. 121.

75 Affaire de la délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine) arrêt, CIJ, Recueil 2009, p.61 paragraphe 69.

dire sur la base des procédures obligatoires aboutissant à des décisions obligatoires, conformément à la partie XV de la CNUDM. C'est ainsi que quatre affaires ont été soumises aux tribunaux arbitraux de l'annexe VII : Barbade c. Trinité et Tobago; Guyane c. Suriname; Bangladesh c. Inde, et Philippines c. Chine.

D. LA DETERMINATION DE LA LIMITE EXTERIEURE DU PLATEAU CONTINENTAL AU DELA DE 200 MILLES MARINS :

L'on a en vue ici la détermination de la limite extérieure de plateaux continentaux qui s'étendent au-delà des 200 milles marins⁷⁶, aussi appelée délimitation. Aux termes de la CNUDM⁷⁷, le plateau continental d'un Etat côtier comprend les fonds marins et leur sous-sol au-delà de sa mer territoriale, sur toute l'étendue du prolongement naturel du territoire terrestre de cet Etat jusqu'au rebord externe de la marge continentale, ou jusqu'à 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale, lorsque le rebord externe de la marge continentale se trouve à une distance inférieure.

Ces dispositions recèlent trois éléments importants. D'abord, la distance de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale. Ensuite, la notion du prolongement naturel du territoire de l'Etat côtier, et enfin le rebord externe de la marge continentale. Lorsque le rebord externe de la marge continentale s'étend au-delà de 200 milles marins, la limite extérieure du plateau continental est déterminée sur la base du paragraphe 4 de l'article 76, lequel a recours au critère géomorphologique. Se fondant sur des données géologiques et les formes et le contour de la topographie du relief sous-marin, le critère géomorphologique surgit logiquement de la notion de prolongement naturel du territoire de l'Etat côtier⁷⁸. Le critère géomorphologique a donné naissance à l'amendement dit irlandais qui combine deux méthodes qui permettent à l'Etat côtier d'avoir des critères pour fixer le re-

76 Voir V. Marotta Rangel, le Plateau Continental dans la Convention de 1982 sur le droit de la mer, RCADI, 1985 — V, tome 194, pp. 342-364 ; L. Lucchini, « L'article 76 de la Convention des Nations Unies du 10 Décembre 1982 sur le droit de la mer » in *Le Plateau continental étendu aux termes de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982. Optimisation de la demande*, INDEMER, Paris, Pédone, 2004, pp.9-29; R. Churchill and V. Lowe, *the law of the Sea*, 3rd ed. Manchester University Press, 1999; D.R. Rothwell and T. Stephens, *The International Law of the Sea*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010, pp. 98-119.

77 Article 76 paragraphe 1.

78 Voir V. Marotta Rangel op. cit. [Note 761 p.348; H. Hedberg, "Relation of Political Boundaries on the Ocean Floor", *Virginia Journal of International Law*, 1976, pp. 57-75.

bord externe de sa marge continentale : Il s'agit d'une part de la formule Gardiner et celle d'Hedberg de l'autre. De la sorte, l'article 76 de la CNUDM utilise des concepts géomorphologiques - formules Gardiner et Hedberg - pour déterminer le rebord externe du plateau continental au-delà de 200 milles marins.

La formule Gardiner a trait à l'épaisseur des roches sédimentaires. Elle est énoncée à l'article 76, paragraphe 4(a) (i) qui dispose :

« (...) l'Etat côtier définit le rebord externe de la marge continentale, lorsque celle-ci s'étend au-delà de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale, par :

i) Une ligne tracée conformément au paragraphe 7 par référence aux points fixes extrêmes où l'épaisseur des roches sédimentaires est égale au centième au moins de la distance entre le point considéré et le pied du talus continental ».

Cette formule entretient un lien intime avec le critère en usage pour l'évaluation de la présence ou non de ressources en hydrocarbure⁷⁹.

La formule Hedberg a trait au 60 milles marins au pied du talus continental. Aux fins de la Convention,

« L'Etat définit le rebord externe de la marge continentale, lorsque celle-ci s'étend au-delà de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale, par ii) Une ligne tracée conformément au paragraphe 7 par référence à des points fixes situés à 60 milles marins au plus du pied du talus continental »⁸⁰.

Et sauf preuve contraire, le pied du talus continental coïncide avec la rupture de pente la plus marquée à la base de talus⁸¹.

Qui plus est, l'Etat côtier fixe la limite extérieure de son plateau continental en reliant par des droites une longueur n'excédant pas 60 milles marins des points fixes définis par des coordonnées en longitude et en latitude⁸².

79 Voir Tanaka, op. cit. [Note 481 p.135.

80 Article 76, paragraphe 4 (a) (ii) de la CNUDM.

81 Article 76, paragraphe 4 (b) de la CNUDM.

82 Article 76, paragraphe 7 de la CNUDM.

Il peut choisir entre les formules irlandaises et Hedberg celle qui lui apparaît la plus favorable. En revanche, « les points fixes qui définissent la ligne marquant sur les fonds marins, la limite extérieure du plateau continental, tracée conformément au paragraphe 4, lettre a), i) et ii), sont situés soit à une distance n'excédant pas 350 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale, soit à une distance n'excédant 100 milles marins de l'isobathe de 2 500 mètres qui est la ligne reliant les points de 2500 mètres de profondeur »⁸³.

Sur une dorsale sous-marine, le paragraphe 6 de l'article 76 prévoit que la limite extérieure du plateau continental ne dépasse pas une ligne tracée à 350 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale. Ce paragraphe ne s'applique pas aux hauts-fonds qui constituent des éléments naturels de la marge continentale, tels que les plateaux, seuils, crêtes, bancs ou éperons qu'elle comporte.

La CNUDM a institué la Commission des limites du plateau continental, organe scientifique et technique prévu par le paragraphe 8 de l'article 76 et par l'annexe II de la Convention⁸⁴. Sa tâche consiste à formuler des recommandations sur les demandes présentées par les Etats au titre du plateau continental au-delà de 200 milles marins. L'Etat côtier a seul compétence pour fixer les limites extérieures de son plateau continental au-delà de 200 milles marins. Cependant, il doit le faire sur la base des recommandations édictées par la Commission. La Commission comprend 21 membres, expert en matière de géologie, de géophysique ou d'hydrographie, élus par les Etats-parties à la convention parmi leurs ressortissants⁸⁵. Les membres de la Commission sont élus pour un mandat de cinq ans.

83 Article 76, paragraphe 5 de la CNUDM.

84 A. de Marfly-Mantuano, « Les Travaux de la Commission des Limites du Plateau Continental » in *Le Plateau Continental étendu*, op.cit. [Note 76] pp.31-44 ; D. Roughton and C. Trehearne, « The Continental Shelf » in the *IMLI Manual on international Maritime Law, Vol I, the Law of the Sea* op.cit.pp.137-175, spéc.pp.154-174. Le paragraphe 8 in fine de l'article 76 stipule « La Commission adresse aux Etats côtiers des recommandations sur les questions concernant la fixation des limites extérieures de leur plateau continental. Les limites fixées par un Etat côtier sur la base de ces recommandations sont définitives et de caractère obligatoire ».

85.CNUDM, annexe II, article 2, paragraphe 1.

Ils sont rééligibles⁸⁶. Ils ne doivent recevoir d'instructions d'aucun gouvernement ou d'aucune autorité extérieure à la Commission et doivent s'abstenir de tout acte susceptible d'affecter négativement leur image de membre de la Commission⁸⁷.

La Commission a deux fonctions essentielles. D'une part, examiner les données et autres renseignements présentés par les Etats côtiers en ce qui concerne la limite extérieure du plateau continental lorsque ce plateau s'étend au-delà de 200 milles marins et soumettre des recommandations conformément à l'article 76, et au mémorandum d'accord adopté le 29 Août 1980 par la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. De l'autre, émettre à la demande de l'Etat côtier concerné, des avis scientifiques et techniques en vue de l'établissement desdites données⁸⁸.

La Commission fonctionne par l'intermédiaire de sous-commissions composées de sept membres désignés d'une manière équilibrée compte tenu des éléments spécifiques de chaque demande soumise par l'Etat côtier. Les membres de la Commission qui sont ressortissants de l'Etat côtier qui a soumis une demande, ne peuvent faire partie de la sous-commission chargée d'examiner la demande⁸⁹. La sous-commission soumet ses recommandations à la commission, laquelle les approuve à la majorité des deux tiers des membres présents et votants. Ces recommandations de la Commission sont soumises à l'Etat côtier qui a présenté la demande ainsi qu'au Secrétaire Général de l'ONU⁹⁰.

En raison de la complexité technique de la détermination du rebord externe de la marge continentale et de la limite du plateau continental, la Commission a adopté ses directives scientifiques et techniques le 13 Mai 1999 lesquelles se présentent comme une exégèse autorisée de l'article 76 de la CNUDM⁹¹.

86. CNUDM, annexe II, article 2, paragraphe 4.

87 Règles de procédure de la Commission en date du 17 avril 2008, CLS/40/Rév.1, Rule 11 (CLCS Rules of Procedure).

88. as CNUDM, Annexe II, article 3 paragraphe 1.

89CNUDM, Annexe II, article 5. Il en va de même du membre de la Commission qui a aidé l'Etat côtier en lui fournissant des avis scientifiques et techniques au sujet du tracé. Ibid.

90 CNUDM, annexe II, Article 6.

91 Voir document CLCS/11 (CLCS Scientific and Technical Guidelines) adopté par la commission le 13 Mai 1999 à sa cinquième session. Le délai de soumission de la demande est de 10 ans à compter de l'entrée en vigueur de la Convention pour l'Etat concerné. Ce délai a été allongé le 29 Mai 2001 [voir SPLOS/72] et la possibilité de soumettre des informations préliminaires sur

A la date du 26 d'avril 2016, soixante-dix-sept demandes ont été soumises à la Commission. Elle a eu à faire vingt-quatre recommandations aux Etats côtiers concernés. Il faut noter que lorsqu'elle examine les demandes à elle soumises, la Commission se prononce sur le bien-fondé de la limite extérieure du plateau continental au-delà de 200 milles marins ; et elle le fait sur le plan scientifique et technique. Elle s'abstient d'interférer sur les différends de délimitation maritime pendants. Dans ce cas :

« La Commission n'examine pas la demande présentée par l'Etat partie à ce différend et ne se prononce pas sur cette demande, (sauf)...avec l'accord préalable de tous les Etats parties à ce différend...»⁹²

Dès lors, le problème qui se pose est celui de savoir si les juridictions internationales sont outillées pour connaître d'une délimitation d'un plateau continental au-delà de 200 milles marins.

Bien que la détermination de la limite extérieure du plateau continental et la délimitation de la frontière maritime soit deux concepts différents, elles entretiennent un lien intime et la plupart des demandes soumises à la Commission ont un lien avec une frontière maritime⁹³.

la limite extérieure du plateau continental au-delà de 200 milles marins, a été offerte aux Etats côtiers [SPLOS/183] le 20 Juin 2008. En ce qui concerne l'interprétation et l'application de la CNUDM dans l'examen des demandes — la Commission étant dépourvue de juristes — il a été envisagé la possibilité d'asseoir un mécanisme de demande d'avis consultatif sur des questions d'interprétation de dispositions autres que l'article 76 et l'annexe II de la Convention. Cependant, la proposition a été retirée et la Commission a décidé d'arrêter l'examen de cette question. Voir le document CLCS/74 du 30 avril 2012 relatif à l'état d'avancement des travaux de la Commission [Discours de son Président]. Voir aussi A.G. Oude Elferink « The Establishment of Outer Limits of the Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles by the Coastal State: The possibilities of other States to have an impact on the Process", 2009, 24IJMCL, p.535.

92 Voir CLCS/L/3, annexe 1.

93 B. Kwiatkowska, "Submission to the UN Commission on the Limits of the Continental Shelf: The practice of developing states in cases of disputed and unresolved maritime boundary delimitation or other land or maritime dispute, part one" (2013) 28 IJMCL 219, 230; voir aussi B.M. Magnusson " Is there a temporal Relationship between the Delineation and the Delimitation of the continental shelf beyond 200 Nautical Miles" (2013) 28 IJMCL, 465; Bjorn Kunoy " the Delimitation of an Indicative area of Overlapping Entitlement to the outer continental Shelf", BYBIL, 2012, OUP, pp. 61-81.

Comme le remarque la CIJ, la procédure devant la Commission vise la délimitation de la limite extérieure du plateau continental, et, par conséquent, la détermination de l'étendue des fonds marins qui relèvent des juridictions nationales.

Elle est distincte de la délimitation du Plateau Continental, régie par l'article 83 de CNUDM, qui est effectuée par voie d'accord entre les Etats concernés ou par le recours aux procédures de règlement des différends⁹⁴. La Convention établit une claire distinction entre la délimitation du Plateau continental et le tracé de sa limite extérieure au-delà de 200 milles marins.

En effet, le fait que la limite extérieure du Plateau Continental au-delà de 200 milles marins n'a pas été établie, n'a pas empêché le Tribunal de déterminer l'existence de titre au Plateau Continental entre les Etats concernés. Le Tribunal n'a toutefois pas déterminé la limite extérieure du plateau Continental au-delà de 200 milles marins. Il a plutôt prolongé la ligne divisoire d'en deçà. En ce sens, le Tribunal International du Droit de la Mer a établi un précédent en se reconnaissant compétent pour délimiter - et non tracer la limite extérieure - le Plateau Continental entre deux Etats au-delà de 200 milles marins, dans l'affaire Bangladesh / Myanmar dans le golfe du Bengale.

⁹⁴ Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne, (Nicaragua c. Colombie), Exceptions Préliminaires, arrêt du 17 Mars 2016, p.37, paragraphe 112.

Il dit :

« décide qu'au-delà de cette limite de 200 milles marins, la frontière maritime se poursuit le long de la ligne géodésique, visée au paragraphe 5, qui commence au point 11 en suivant un azimut de 215° ; jusqu'à ce qu'elle atteigne la zone où les droits des Etats tiers peuvent être affectés⁹⁵».

La limite extérieure du plateau continental au-delà de 200 milles marins bénéficie d'un intérêt croissant lié au progrès de la technologie dans l'exploration et l'exploitation des ressources minérales.

Il faut noter que la distinction entre la délimitation du plateau continental et sa

délimitation c'est-à-dire le tracé de sa limite extérieure au-delà de 200 milles marins

peut ouvrir la voie à la création de ce qu'il est convenu de nommer la « Zone Grise »,

l'« Alta mar » ou encore l'« Outer triangle »⁹⁶.

95 Délimitation de la frontière maritime dans le Golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar), arrêt, TIDM Recueil 2012, p.4, paragraphe 6 du dispositif ; voir aussi A.G. Oude Elferink, « ITLOS's approach to the delimitation of the continental shelf beyond 200 Nautical Miles in the Bangladesh/Myanmar Case : Theoretical and Practical Difficulties », in *contemporary Developments in International Law, Essays in Honour of Budislav VUKAS*, Brill Nijhoff 2015, pp. 230-249; L'auteur explique p.240 "The Tribunal's starting point to the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles — that article 83 of UNCLOS does not make a distinction between areas within and beyond that distance — might at first sight seem to be beyond reproach. The wording of the article indeed seems neutral in this respect. However, article 83 is silent on the content of the substantive rules to be applied, but only refers to the result may require applying different principles and rules within and beyond 200 nautical miles. Article 83 in itself thus does not provide support for applying the same delimitation methodology within and beyond 200 nautical miles"; Voir, en outre, B. KUNOY, "the admissibility of a plea to an International adjudicative forum to delimit the Outer Continental shelf prior to the adoption of final recommendations by the Commission on the Limits of the continental shelf" (2010) 25 *IJMCL*, 237; R.R. Churchill, "The Bangladesh/Myanmar Case: Continuity and Novelty in the Law of Maritime Boundary Delimitation", (2012) 1 *CJICL*, 137; B.M. Magnusson op. cit. [Note 93] P.465.

96 Voir Tafsir Malick Ndiaye "The Judge, Maritime delimitation and the Grey areas" *Indian Journal of International Law*, 2016, Vol.56, [D01: 10-1007/s40901-016-0027-2],

Dans ladite zone un Etat peut avoir des droits souverains sur le plateau continental tandis qu'un autre Etat a des droits souverains sur les eaux surjacentes de la ZEE. Autrement dit, l'un bénéficie du pétrole tandis que l'autre a pour lui les poissons ; ce qui rend nécessaire la coopération entre les Etats pour les soustraire aux difficultés liées à l'exercice de leurs droits souverains.

La Zone Grise⁹⁷ est:

«An area lying within 200 miles from the coast of one state, but beyond a maritime boundary with another state. One state is excluded from exercising jurisdiction in this area because it lies beyond the maritime boundary, and the other state is excluded from exercising 200-miles-zone jurisdiction because the grey area on its side of the boundary lies beyond 200 miles from its coast. The possibility of creating a grey area stems from the fact that there is a discrepancy between entitlement to the EEZ and the principle applicable to its delimitation. Entitlement to this zone is solely based on distance from the coast, but its delimitation between states can be affected on the basis of principles other than

97 Dans la duplique des Etats-Unis d'Amérique en l'Affaire du Golfe du Maine, Mr. Colson explique « The final preliminary issue of geographical significance which we call deal — and then set aside — is the matter of the so-called grey area.

(...) let us turn now to the four reasons we would give to suggest that the grey area is not a matter that should concern the chamber in the case.

First, the grey area issue has been known for some time and to our knowledge it has never deterred States from applying a method or methods other than equidistance method when it was equitable to do so. Second, the three United Nations Law of the Sea Conferences have paid no heed to the grey area issue. Third, State practice has not been concerned with this issue. And, fourthly, the parties have provided a means for dealing with the issue in the Special Agreement. (...) Figure 109 of our presentation shows two charts — one of the Chile-Peru maritime boundary and the other of the Peru-Ecuador maritime boundary. (...) in the case of the boundary between Chile and Peru, the grey area created by the boundary measure approximately 7.800 square nautical miles. In the case of the boundary between Peru and Ecuador it is smaller, measuring about 400 square nautical miles (...).

We would also point out that areas of various sizes exist worldwide, including such negotiated delimitations as those between Kenya-Tanzania, Colombia-Ecuador, the Gambia-Senegal, Guinea-Bissau-Senegal, the northern boundary between Portugal and Spain, and Brazil-Uruguay. Accordingly, the fact that a grey area would exist where the United States line or others through the northeast Channel to prevail, is not an unusual circumstance. [...] The grey area in this case, which would be created by the United State line, is approximately 5,700 square nautical miles» in CIJ, Plaidoiries, Affaire du Golfe du Maine (Canada/Etats Unis d'Amérique), vol.VII, pp. 217-220. L'arrêt a été rendu le 12 octobre 1984 par la chambre constituée par ordonnance de la Cour du 20 janvier 1982. (Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine, arrêt, CIJ, Recueil I 1984, p. 246).

distance from the coast. This results in a line which reaches the outer limit of the EEZ at a point which is non-equidistant from the coast of the states concerned. If such a line is applied to limit the maritime zones of both states involved, a grey area is created»⁹⁸.

L'expression de zone grise révèle les incertitudes que recèle son statut juridique. La zone grise renvoie à une région géographique faisant l'objet de prétentions ou réclamations qui se chevauchent et qui portent sur la zone économique exclusive, le plateau continental ou le plateau continental étendu de deux ou plusieurs Etats côtiers⁹⁹.

En conséquence, la Zone Grise pose de nombreux problèmes juridiques relatifs aux principes applicables à la délimitation à l'intérieur et au-delà des 200 milles marins ; à la relation entre les droits et titres de la Zone Economique Exclusive et ceux du plateau continental, et en particulier la possibilité ou non de créer une telle zone dans la détermination ab initio de la frontière ou des limites de la ZEE ou de la mer territoriale¹⁰⁰. La création d'une zone grise dans la détermination de la frontière relative à la Zone Economique Exclusive ou à la mer territoriale dépend de la relation qui existe entre le titre et la délimitation des espaces maritimes. Le Titre sur ces espaces est tributaire du critère de distance mesurée à partir de la côte à la notable exception des titres historiques.

98 A.G. Oude Elferink, « Does Undisputed Title to a Maritime zone Always Exclude its Delimitation : « the Grey Area Issue », the International Journal of Marine and Coastal Law, vol. 13, n°2, 1998, pp. 143-192, spec. p. 143.

99 Voir Shaun Lin and Clive Schofield, "Lessons from the Bay of Bengal ITLOS case: stepping offshore for a deeper" maritime political geography", GJ, the Geographical Journal, vol. 180, N° 3, September 2014, pp. 260-264; spec. 260, où les auteurs expliquent que "the ITLOS delimited a maritime boundary with respect to multiple distinct maritime jurisdictional zones (territorial sea, exclusive economic zone and continental shelf) between Bangladesh and Myanmar (Bay of Bengal Case). ITLOS did not however, wholly resolve the issues of marine governance that the two states face in the Bay of Bengal, leaving a number of complex and potentially problematic issues outstanding, including the unique creation of what was termed a "grey area", the governance arrangements for which are open to debate.

100 Dans l'Affaire du Golfe du Maine précitée [Note 97], le Canada suggère dans son Contre-mémoire (p.239) que la Zone grise pourrait être éliminée en l'attribuant à l'Etat détenteur d'un titre incontesté sur ladite zone, avec pour conséquence trois cas de figure possibles : « 1) a boundary which intersects the 200 nautical miles limits in the vicinity of the equidistance line, eliminating or diminishing the grey area ; 2) If the single maritime boundary principle is maintained, one party will have continental shelf jurisdiction in the grey area and neither will have fishery zone or EEZ jurisdiction; and 3) If overlapping jurisdictions are accepted, one party will have continental shelf jurisdiction and the other jurisdiction over the water column". Ce dernier cas de figure est celui retenu dans la jurisprudence de la Baie du Bengal.

En revanche, la délimitation de la zone Economique Exclusive ou du plateau continental entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face peut s'effectuer sur la base de principes ou de critères autres que celui de la distance mesurée à partir de la côte.

Dans l'affaire de la délimitation de la frontière maritime dans le Golfe de Bengale ¹⁰¹, le tribunal International du Droit de la Mer a appliqué le paradigme des trois étapes¹⁰². Il a déterminé la méthode de délimitation, construit la ligne d'équidistance provisoire avant de vérifier l'absence de disproportion. Il a décidé que la méthode en l'espèce pour délimiter la Zone économique exclusive et le plateau continental entre le Bangladesh et le Myanmar est la méthode équidistance/circonstances pertinentes¹⁰³.

Comme l'a rappelé le tribunal¹⁰⁴, la délimitation suppose l'existence d'une zone faisant l'objet de titres qui se chevauchent. Titre et délimitation sont deux notions distinctes mais complémentaires. Les Parties reconnaissent également la relation étroite entre le titre et la délimitation. Le Bangladesh déclare que : « Le Tribunal doit répondre avant de délimiter à la question suivante : l'une ou l'autre des Parties a-t-elle un titre sur le plateau continental au-delà de 200 milles ? ». De la même façon, le Myanmar fait observer que « la détermination des droits des deux Etats sur un plateau continental au-delà de 200 milles marins et leur étendue respective est un préalable à toute délimitation ».

En l'espèce, les parties ont émis des revendications concurrentes sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Une partie de cette zone de chevauchement est également revendiquée par l'Inde. Chacune des parties récuse le titre de l'autre sur le plateau continental au-delà de

101 in Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale, Tribunal International du Droit de la Mer, Affaire n° 16, Arrêt du 14 mars 2012, paragraphes 177-340. Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh/India), Sentence arbitrale du 7 juillet 2014 ; Différend maritime entre le Pérou et le Chili, arrêt C.1 du 27 janvier 2014 disponible à : www.icj-cij.org/docket/files/137/17930.pdf; différend territorial et maritime entre le Nicaragua et la Colombie, arrêt C.I.J. du 19 novembre 2012, Rec. 2012, p. 624

102 Voir supra, les paragraphes 35 à 60.

103 Arrêt, op. cit. [Note 101], paragraphe 23.

104 Ibid. paragraphes 397-398.

200 milles marins. En outre, le Myanmar affirme que le tribunal ne saurait connaître de la question du titre du Bangladesh ou du Myanmar sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins, car cette question relève de la compétence exclusive de la Commission, des limites du plateau continental et non du Tribunal.

La délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins a engendré une zone grise située au-delà de 200 milles marins de la côte du Bangladesh mais en deçà de 200 milles marins de la côte du Myanmar, qui se trouve néanmoins du côté de la ligne de délimitation relevant du Bangladesh. Les parties se sont opposées quant au statut de la Zone grise et quant à la manière dont il convient de la traiter.

Quoiqu'il en soit la détermination de la limite extérieure des plateaux continentaux au-delà de 200 milles marins constitue un des plus grands défis des générations à venir dans la perspective du parachèvement du partage de l'océan initié par l'approche retenue dans la CNUDM.

II. NOUVEAUX DEFIS

Les nouveaux défis et perspectives concernent nombre de problèmes apparus après la signature de la CNUDM, et donc qui n'ont pu être couverts par celle-ci même si son préambule énonce que les Etats-Parties à la Convention, sont

« animés du désir de régler, dans un esprit de compréhension et de coopération mutuelles, tous les problèmes concernant le droit de la mer (...) et conscients que les problèmes des espaces marins sont étroitement liés entre eux et doivent être envisagés dans leur ensemble ».

Ces problèmes ne sont pas prévus par la Convention, et qui, pour être traités, suppose non seulement une coopération multilatérale très soutenue mais en outre une imagination assez fertile aboutissant à des interprétations ayant la faveur du plus grand nombre. La tendance actuelle et l'objet des discussions en cours dans le monde en ce qui concerne le droit de la mer montrent qu'aujourd'hui tout tourne autour de ce que l'on appelle la gouvernance des mers et des océans¹⁰⁵ qui prend de l'ampleur. Comme on l'a fait observer:

105 Voir J.M. Van Dyke, D. Zaelke and Hewison (eds.), *Freedom for the Seas in the 21st century; Ocean Governance and Environmental Harmony* (Washington DC, Island Press, 1993; M. Harward and J. Vince, *Oceans Governance in the Twenty first Century: Managing the Blue Planet*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008.

« Many contemporary oceans threats including overfishing, climate change and other pollution problems, and security concerns such as the trafficking in weapons of mass destruction and other illicit cargos, pose profound challenges to an issue-by-issue and zone-by-zone approach to oceans management¹⁰⁶».

Pour le moment, le débat a trait aux activités menées en haute mer et qui regardent la bonne gouvernance. C'est que, pour l'essentiel, les Etats côtiers sont rebelles à des discussions qui pourraient remettre en cause leurs droits souverains acquis de haute lutte, avec la consécration de la notion de zone économique exclusive.

En revanche, les nouveaux défis auxquels le monde doit faire face débordent la ZEE et interpellent la communauté des Etats dans son ensemble. Il suffit de songer à la gestion et la conservation des ressources biologiques de la haute mer (A), les conséquences du changement climatique et le droit de l'environnement (B), les ressources génétiques des fonds marins (C), la piraterie (D), la mise en oeuvre de l'article 82 de la Convention (E) et la fonction consultative du Tribunal (F) que nous allons examiner dans cet ordre.

A) LA GESTION ET LA CONSERVATION DES RES-SOURCES BIOLOGIQUES DE LA HAUTE MER

La consécration de la notion de ZEE par la CNUDM, censée mettre un terme au conflit d'intérêts entre Etats côtiers et ceux disposant de flottilles à grand rayon d'action ne fit que l'exaspérer. La jouissance par l'Etat côtier de droits souverains aux fins d'exploration et d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources naturelles, biologiques ou non biologiques, des eaux surjacentes aux fonds marins dans sa zone économique exclusive a eu pour effet de déplacer la flottille de ce qui était considérée comme la haute mer vers les secteurs adjacents aux zones économiques exclusives où la proportion des captures s'est amplifiée¹⁰⁷.

106 Voir, D.R. Rothwell and T. Stephans, *The International Law of the Sea*, Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 461; D.R. Rothwell and D.L. Vander Zwaag (eds.), *Towards Principled Oceans Governance: Australian and Canadian Approaches and Challenges*, London, Routledge, 2006, p.3.

107 Voir, FAO, *state of the World Fisheries and Aquaculture*, à www.fao.org/DOCREP/003/X8002E/8002e04.htm#Po.0, 1 Octobre 2004; D. Montaz " L'accord relatif à la conservation et à la gestion des stocks de poissons chevauchants et de grands migrants", *AFDI*, [vol. 41, 1995, pp. 676-699] ; Le Directeur Général de la FAO a indiqué que « Consequently today there are too many vessels chasing too few fish » in [www.fao.org/WAICENT/01S/PRESSNE/Press Release 1 Octobre 2001](http://www.fao.org/WAICENT/01S/PRESSNE/Press%20Release%201%20Octobre%202001).

Cette situation résulte de la politique de subventions étatiques laquelle a facilité la mise en service de nombre de bateaux de pêche de sorte que la jauge brute officielle de la flottille mondiale a augmenté de manière exponentielle, mettant en danger la durabilité de la ressource.

C'est que la capacité de prélèvement des bateaux de pêche s'est accrue de manière significative en raison des techniques de pêche mises en oeuvre, ce d'autant que la technologie est très au point. Les innovations sont de plus en plus étonnantes, en particulier dans le domaine du repérage du poisson : utilisation des aéronefs et du sonar dans la pêche à la senne coulissante et dans le chalutage guidé. L'Utilisation nouvelle des chaluts flottants, les nouvelles manoeuvres de filet, les pompes à poisson, la génération de l'emploi des fibres synthétiques, les nouvelles techniques de congélation et de traitement du poisson, les bateaux-gigognes, navires-usines accompagnés de nombre de bateaux de tonnage moindre chargés de pêcher le poisson et reposant sur un réseau étendu de ports de complaisance ou d'abris naturels où se font les déchargements les réparations et autres rotations des équipages.¹⁰⁸

Cet arsenal engendre des captures indiscriminées et fortuites en même temps qu'il détruit l'habitat marin et empêche la reproduction des poissons¹⁰⁹. La conséquence qui s'y attache est la surpêche, la surexploitation des stocks et surtout la présence très inquiétante de la pêche illicite non déclarée et non réglementée¹¹⁰, désastreuse et destructrice à la fois pour l'économie maritime et l'écosystème mondial. La pêche illicite est

108 Voir FAO, Collaboration entre institution internationale dans le domaine des pêches, document COFI/71/g (b), Annexe III, p. 15 ; Tafsir Malick Ndiaye « La pêche illicite, non déclarée et non réglementée en Afrique de l'Ouest », in Liber Amicorum Raymond Ranjeva, Paris, Pédone 2013, pp. 233-264, spéc. 235; Baird Rachel, « Mega!, Unreported and Unregulated Fishing: An Analysis of the legal, Economic and historical Factors Relevant to its Development and Persistence » (2004), Melbourne journal of International Law 13; 5 (2), pp. 299-335.

109 Voir M. Savini "La réglementation de la pêche en haute mer par l'Assemblée Générale des Nations Unies. A propos de la Résolution 44/225 sur les grands filets maillants dérivants » AFDI 1990, p. 777.

110 T. M Ndiaye op. cit.[Note 108] p. 235 — 236; R. Baird op. cit. [Note 108] p.300.

très organisée. Les bateaux pirates développent impunément leurs activités, étant persuadés de toujours échapper au contrôle étant donné que les Etats n'ont pas toujours les moyens d'asseoir une véritable police des pêches et que les eaux sous leur juridiction ne bénéficient pas toujours de la surveillance nécessaire. Comme le fait observer Rachel Baird :

« Tactics such as sharing intelligence, reflagging to non-members of RFMO's challenging the vessel name and call sign, and creating elaborate corporate webs to conceal ownership are indicative of an emerging corporate element in IUU fishing. Furthermore, IUU fishers have exploited limitations in the international law of the sea which were not apparent when the UNCLOS was negotiated"¹¹¹.

Pour assurer la durabilité des stocks chevauchants et grands migrants ainsi que les autres ressources biologiques adjacentes à leurs zones économiques exclusives, les Etats côtiers ont initié des actions diplomatiques qui aboutiront à l'accord relatif à la conservation et à la gestion des stocks chevauchants et de grands migrants.¹¹²

Cet accord se préoccupe essentiellement de la gestion et la conservation des ressources biologiques de la haute mer. Il établit les principes devant régir la conservation et la gestion des pêcheries, il dresse les obligations et pouvoirs de police de l'Etat du pavillon.

Les Etats côtiers et les Etats qui se livrent à la pêche en haute mer doivent coopérer pour assurer la durabilité des stocks concernés ; mettre à profit les données scientifiques les plus fiables ; appliquer l'approche de précaution ; réduire au minimum la pollution, les déchets, les rejets, les captures par des engins perdus ou abandonnés, les captures d'espèces

111. ni Ibid.

112 "Accord aux fins de l'application des dispositions de la CNUDM 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 migrants », Doc A/conf. 164/33, adopté par consensus le 4 août 1995, et entré en vigueur en Décembre 2001. Voir M.W. Lodge and S.N. Nandan, « Some suggestions towards Better Implementation of the United Nations Agreement on Straddling Fish Stocks and highly Migratory Fish Stocks of 1995" (2005) 20 *IJMCL* 345; R. Churchill "Fisheries and their Impact on the Marine Environment: UNCLOS and Beyond" in M.C.RIBEIRO (ed.), 30 years after the signature of UNCLOS: The Protection of the Environment and the Future of the Law of the Sea, in *Proceedings of the International Conference, Faculty of Law, University of Porto*, 15-17 November 2012, pp. 23-53, spec. pp. 35-36.

de poissons et autres non visés, et l'impact sur les espèces associées ou dépendants et en particulier les espèces menacées d'extinction ; protéger la diversité biologique dans le milieu marin; prévenir et éliminer la surexploitation et la surcapacité et veiller à l'exploitation durable des ressources halieutiques ; prendre en compte les intérêts de la pêche artisanale et de subsistance ; recueillir et mettre en commun des données complètes ; encourager et pratiquer la recherche scientifique pour améliorer la conservation et la gestion des pêcheries ; et appliquer et veiller à faire respecter des mesures de conservation et de gestion grâce à des systèmes efficaces d'observation, de contrôle et de surveillance.¹¹³

L'accord institue un mécanisme de coopération internationale relatif aux stocks. Les Etats côtiers et les Etats qui se livrent à la pêche en haute mer doivent coopérer soit directement soit par l'intermédiaire des organisations ou arrangements de gestion des pêcheries sous-régionaux ou régionaux compétents pour asseoir des mesures de gestion et de conservation des pêcheries. Seuls les Etats qui sont membres de ces organisations ou qui acceptent d'appliquer les mesures de conservation ont accès aux ressources halieutiques auxquelles s'appliquent ces mesures.¹¹⁴

La CNUDM prévoit que l'Etat du pavillon¹¹⁵ doit exercer effectivement sa juridiction et son contrôle sans les domaines administratif, technique et social sur les navires battant son pavillon. Ces dispositions de caractère général sont complétées par l'accord sur les stocks chevauchants lequel institue un système de contrôle des navires de pêche en haute mer par l'Etat du pavillon en soumettant leurs activités à des licences ou autorisations à délivrer par l'Etat du pavillon.¹¹⁶ L'Etat du pa-

113 Article 5 de l'Accord sur les stocks chevauchants op. cit. [Note 112].

114 Ibid. article 8 paragraphe 1. La contribution essentielle de l'accord sur les stocks chevauchants à cet égard « is to define the desirable institutional characteristics of an effective RFMO by listing, in a legally binding form, the matters upon which states are expected to agree in order to bring about the sustainable management of fisheries. These include agreement on conservation and management measures to ensure long term sustainability, agreement on participatory rights such as allocations of allowable catch or levels of fishing effort, agreement on decision-making procedures that facilitate the adoption of conservation and management measures in a timely and effective manner, and agreement on mechanisms for obtaining, scientific advice and ensuring compliance with and enforcement of conservation and management measures" in Recommended Best Practices for RFMO's, Report of a panel to develop a model for improved governance by RFMO, M. Lodge (dir.), Chatham house, April 2007, pp. 4-5.

115 Article 94 relatif aux Obligations de l'Etat du pavillon.

116 Voir l'article 18 de l'accord dont le paragraphe 3 prévoit « un registre national des navires de pêche autorisés à pêcher en haute mer ». Cet article 18 rappelle singulièrement l'accord adopté le 23 novembre 1993 par la Conférence de la FAO (« Compliance Agreement »).

villon doit ouvrir une « une enquête approfondie » et doit engager sans retard les poursuites judiciaires s'il dispose de preuves suffisantes en cas d'allégations de contravention; les autres Etats devant coopérer à cette fin.¹¹⁷ L'accord confère des pouvoirs de police aux Etats autres que l'Etat du pavillon. Il met en place une réglementation détaillée en matière d'inspection, d'arraisonnement et d'enquête susceptible de faire face - le cas échéant - aux défaillances de l'Etat du pavillon¹¹⁸.

Des instruments à caractère obligatoire et non obligatoire concernant les pêcheries ont été élaborés sous les auspices de la FAO. Deux traités ont ainsi vu le jour : l'accord sur la conformité de 1993 et l'accord sur les mesures du ressort de l'Etat du port. L'intention initiale qui a motivé la rédaction du projet et les négociations concernant l'accord sur la conformité était de traiter la pratique du changement de pavillon pour échapper aux contrôles, pratique appelée repavillonnement d'un navire (« reflagging »)¹¹⁹.

Faute de consensus sur cette question, les délégués se sont concentrés sur la notion de responsabilité de l'Etat du pavillon et la « libre circulation de l'information sur les opérations de pêche en haute mer »¹²⁰.

En ce qui concerne la responsabilité de l'Etat du pavillon, chaque partie est tenue de prendre les mesures qui peuvent être nécessaires pour s'assurer que les navires de pêche autorisés à battre son pavillon n'exercent aucune activité susceptible de compromettre l'efficacité des mesures internationales de conservation et de gestion¹²¹.

Lorsqu'elle accorde l'autorisation de pêcher, la partie doit s'assurer qu'elle est en mesure d'exercer efficacement des responsabilités que lui

117 Articles 19 et 20 de l'accord.

118 Article 21 très détaillé de l'accord ; Voir en outre, Tafsir M. Ndiaye « La pêche illicite... » op. cit. [note 108]. pp. 241-243.

119 Voir G. Moore, « The FAO Compliance Agreement" in M. Nordquist and J. More (eds.), Current Fisheries Issues and the FAO of the United Nations, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2000, p.78.

120 Ibid. Le libellé officiel de l'accord est "Accord visant à favoriser le respect par les navires de pêche en haute mer des mesures internationales de conservation et de gestion », adopté le 23 novembre 1993. Il est entré en vigueur le 24 avril 2003.

121 Article 3, paragraphe 2.

confère l'accord envers ce navire. De plus, l'accord exige de l'Etat du pavillon qu'il prenne des mesures coercitives. Qui plus est, l'Etat du pavillon est tenu de s'assurer que les navires sont marqués et de fournir les informations nécessaires concernant les opérations de pêche, leurs captures et leurs débarquements¹²².

En ce qui concerne l'Accord sur les mesures du ressort de l'Etat du port, il faut rappeler qu'à la lumière du plan d'action international contre la pêche illicite, non déclarée et non réglementée et du dispositif type FAO de 2005 relatif aux mesures du ressort de l'Etat du port, la FAO a organisé à Rome une consultation technique chargée de rédiger un instrument juridiquement contraignant relatif aux mesures du ressort de l'Etat du port. Trois sessions de la consultation technique ont été tenues¹²³. Cette consultation a donné le Projet d'Accord sur les mesures du ressort de l'Etat du port visant à prévenir, contrecarrer et éliminer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée en date du 18 mai 2009¹²⁴. L'Accord vient d'être ratifié par six Etats, le 16 mai 2016¹²⁵ portant à 30 le nombre de ratifications c'est-à-dire plus que les 25 ratifications requises pour son entrée en vigueur. Il est entré en vigueur le 5 juin 2016.

Des instruments à caractère non obligatoire concernant les pêcheries ont aussi été élaborés sous les auspices de la FAO. Il s'agit du Code de conduite pour une pêche responsable et de quatre instruments de caractère volontaire élaborés dans le cadre de ce code et relatifs à des questions spécifiques.

Le Code, qui est exhortatoire ou recommandatoire, doit être interprété et appliqué conformément aux règles pertinentes du droit international telles que reflétées dans la CNUDM¹²⁶ et conformément à l'Accord sur les stocks chevauchants ainsi qu'à d'autres règles applicables y compris celles énoncées au chapitre 17 d'action 21.

122 Voir R. Rayfuse, « To our Children's Children's children: From Promoting to Achieving Compliance in High seas Fisheries », *International Journal of Maritime and Coastal Law*, vol. 20, n°3 et 4, 2005, p.514; voir en outre l'article 3 paragraphes 6, 7 et 8 de l'Accord.

123 Du 23 au 27 juin 2008; du 26 au 30 janvier 2009 et du 4 au 8 mai 2009.

124 Voir [ftp://ftp.fao.org/FI/DOCUMENT/tc-psm/2009/PSM Agreement f. pdf](ftp://ftp.fao.org/FI/DOCUMENT/tc-psm/2009/PSM%20Agreement%20f.pdf).

125 Il s'agit de : Dominica, Guinée-Bissau, Soudan, Thaïlande, Tonga et Vanuatu. Adopté comme Accord FAO en 2009, après plusieurs années d'efforts diplomatiques, cet Accord est le premier traité international contraignant qui porte expressément sur la pêche illégale.

126 Code de conduite pour une pêche responsable, article 3, paragraphe 1.

Le code détaille les principaux éléments constitutifs d'une pêche responsable :

principe généraux, gestion des pêcheries, opérations de pêche, aquaculture,

intégration des pêcheries et la gestion des zones côtières, pratiques après les captures et commerce, recherche sur les pêcheries.

En ce qui concerne les autres instruments portant sur des questions spécifiques, ils sont conçus sous forme de plans d'action et en particulier, le Plan d'action international visant à prévenir, à contrecarrer et à éliminer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée. Ce plan a été adopté par consensus à la vingt-quatrième session du comité des pêches et par le Conseil de la FAO à sa cent-vingtième session, le 23 juin 2001. Ce plan d'action est un instrument de référence pour les Etats qui sont en train d'élaborer leur plan d'action national contre la pêche INN¹²⁷.

Si l'Etat côtier jouit de larges pouvoirs reconnus par l'article 56 et de nombre de droits listés à l'article 62 de la CNUDM, il n'en demeure pas moins que plusieurs problèmes importants se présentant comme des activités connexes à la pêche, et qui sont des niches possibles de pêche INN, ne sont pas envisagés par la Convention. Il suffit de penser aux activités des bateaux d'appui qui se livrent à l'avitaillement (« Bunkering»), au transbordement ; au transport du poisson congelé par les navires de transport frigorifique (« Reefers ») ou encore aux activités de transformation sur les chalutiers telles que le filetage.

Lorsque ces différentes activités sont menées dans la ZEE, il est possible que la CNUDM reste en-deçà de la pratique des Etats laquelle permet, avec la jurisprudence¹²⁸, de trouver des éléments de réponse à des problèmes non réglés par la Convention.

127 Les Etats suivants ont adopté leur plan d'action national contre la pêche INN sur la base du Plan d'action de la FAO : Cambodge, Canada, Espagne, Etats-Unis, Koweït, Lettonie, Mexique, Norvège, Nouvelle Zélande et Vénézuéla. Voir aussi le document A/63/128 ; l'Union 1005/2008 portant création d'un système communautaire visant à prévenir, contrecarrer et éliminer la pêche INN, le 29 septembre 2008.

128 Voir v par exemple, la demande d'avis consultatif de la CSRP au Tribunal International du Droit de la Mer, Affaire n°21, avis du 2 avril 2015.

Le défi fondamental a relevé ici regarde la nature des obligations relatives à la conservation et à la gestion des ressources biologiques de la haute mer.

Ces obligations sont proprement molles et rappellent moins le caractère obligatoire

que l'exhortatoire ou le recommandatoire¹²⁹. Elles tournent - pour l'essentiel - autour de l'obligation de coopération des Etats lesquels doivent négocier en vue de leurs ressortissants des mesures de conservation¹³⁰. La CNUDM ne contient guère de directives spécifiques destinées à mettre en oeuvre cette obligation de caractère très général ni à évaluer son efficience. L'exercice par l'Etat du pavillon de sa juridiction et son contrôle sur les navires battant son pavillon sont très relâchés à cause de la mollesse des obligations qui pèsent sur lui.

129 Voir, R. Baird op. cit.[note 62] p.308; UNDOALOS, the Law of the Sea: The regime for High-Seas

Fisheries, Status and Prospects, 1992, 26, paragraphe 78; R. Churchill op. cit.[Note 108] p.48; Y. Tanaka, "The Changing Approaches to conservation of Marine Living Resources in International Law", Zao RV 71 (2011), pp.291-330, spec.297-301.; G.L. Kesteven, "MSY Revisited: A Realistic Approach to Fisheries Management and Administration", Mar. Pol'y 21 (1997), 73; S.A. Murawski, "Ten Myths Concerning Ecosystem Approaches to Marine Resource Management" Mar. Pol'y 31 (2007), pp. 681 et ss.

130 Articles 117 et 118 de la CNUDM, voir aussi les articles 5, 8 et 10 de l' (Accord sur les stocks chevauchants op. cit.[note 66].

Il suffit de penser à la pratique du repavillonnement (« reflagging») et les manipulations liées au consentement de l'Etat¹³¹ ainsi qu'à la question du lien substantiel. Mais alors, comment relever le défi et quelles perspectives offrir ?

131 Une illustration pertinente de ces manifestations est offerte par le principe de l'effet relatif des traités à l'égard des tiers, qui se présente comme un instrument de limitation juridique à la disposition des Etats tiers qui peuvent se soustraire aux mesures édictées dans les conventions régionales de pêche. La règle établie, de droit coutumier, est posée dans les conventions de Vienne. Un de ses aspects énonce qu'un traité ne crée ni droits ni obligations pour un tiers, consacrant le respect du consentement : *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, ou *res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest*.

L'on peut distinguer les droits et les obligations créés par les traités en s'appuyant sur la jurisprudence. Pour les droits, la sentence arbitrale dans l'affaire de l'île Clipperton (28 janvier 1931) et celle de l'affaire des Forêts du Rhodope central (29 mars 1933). En ce qui concerne les obligations, l'on peut citer la sentence arbitrale en l'affaire de l'île Palmas (4 avril 1928), l'arrêt de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire de la Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder (10 septembre 1929) et l'arrêt de la CPIJ du 7 juin 1932 en l'affaire des Zones franches en Haute Savoie et dans le pays de Gex.

En terme pratique des Etats pêcheurs, détenteurs de flottilles à grand rayon d'action choisissent délibérément de ne pas devenir parties aux Conventions instituant les Organismes régionaux de gestion des pêches qui régissent la haute mer pour se soustraire aux mesures de gestion et de conservation des ressources biologiques de la haute mer. Autrement dit « this means that regional efforts to manage high seas fisheries can be undermined either by noncompliant third party states or by states who do "sign up" to the relevant convention but who exercise their right to avoid compliance with selected measures (...) In the context of identifying strategies for the elimination and deterrence of IUU fishing, the consent of flag states is required to impose tighter, more effective flag state controls. Flag state consent is also required for the effective implementation of the Catch Documentation Scheme and the Vessel Monitoring System (VMS) in addition to any further limitations on the freedoms of high seas fishing states", R. Baird op. cit. [Note 108] p.311; voir aussi Erik Franckx, "Pacta Tertiis and the Agreement for the Implementation of the Straddling and Highly Migratory Fish Stocks Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol.8, 2000 pp.49-81; Convention de Vienne sur le Droit des Traités du 23 mai 1969, article 34. (Entrée en vigueur le 27 janvier 1980)

L'adoption de nouveaux instruments juridiques n'est certainement pas la solution¹³² même si le besoin de renforcer le dispositif de mesures contraignantes s'avère nécessaire. Il faut se réjouir - à ce propos - de l'entrée en vigueur de l'Accord sur les mesures du ressort de l'Etat du port, intervenue le 5 juin 2016 avec les six nouvelles ratifications enregistrées le 16 mai 2016.

En revanche, comme le fait remarquer Robin Churchill :

« In any case, if past practice is anything to go by, any additional law/soft law measures would be likely to be centred exclusively or largely on high sea fishing, whereas non-sustainable fishing is a least as much a problem in fisheries within national jurisdiction. Instead of further legislation, the following types of action may prove more useful"¹³³.

Ces propositions, couplées aux objectifs du Code de conduite pour une pêche responsable et, mises en oeuvre de manière coordonnée par les Etats côtiers, l'Etat du pavillon et l'Etat du port, chacun en ce qui le concerne, pourraient se révéler d'un grand profit pour la communauté des Etats.

132 En effet, ce que l'on pourrait qualifier de charte internationale de la pêche est très fournie : CNUDM (1982), Accord de conformité (1993), Accord des Nations Unies sur les stocks chevauchants (1995) ; Accord sur les mesures du ressort de l'Etat du port (2009) ; en ce qui me concerne les instruments de caractère non obligatoire : code de conduite pour une pêche responsable (1995) et les quatre plans d'action internationaux, en particulier le plan d'action international de la FAO pour lutter contre la pêche INN (2001) ; Directives pour la pêche dans les fonds marins (guidelines for deep-sea fishing) (29 août 2008).

133 L' auteur fait huit propositions : « Financial and technical assistance to improve the capacity of poor states to manage their EEZ fisheries effectively ; tackling subsidies ; Prohibiting imports of fishery products taken in IEU fishing as the EU and the USA have been doing for the past three or four years ; The encouragement of ethical consumerism through development of better labelling and certification schemes ; The establishment of more marine protected areas both within and beyond national jurisdiction ; the extension of the ethical consumerism from sustainable fishing to fishery products not damaging the wider marine environment and prohibiting imports of fishery products taken in contravention of agreements", R. Churchill op. cit.[Note 112], pp. 49-52.

133 Ces différentes propositions pourraient être utilement complétées par la traduction en mesures concrètes des principes très pertinents, figurant à l'article 2, du Code de conduite de la FAO pour une pêche responsable relatif aux objectifs du Code ; Voir en outre, le Rapport du Secrétaire Général des Nations Unies, Les Océans et le droit de la mer, du 1er septembre 2015, A/70/74/Abd.1, pp. 21-24, paragraphes 74-83 ; OCDE, Green Growth in Fisheries And Aquaculture, Etudes de l'OCDE sur la croissance verte, Paris, Editions de l'OCDE, 2015, disponible sur <http://dx.doi.org/10.1787/9789264232143-en>.

Il faut se réjouir des mécanismes d'enregistrement électroniques des prises adoptées par les ORGP, notamment la CICTA, de l'incorporation du système de numérotation de l'OMI et du Lloyd's Register dans les bases de données publiques sur les navires de pêche comme à la Commission des Pêches du Pacifique Occidental et Central. (CPPOC). Il faut aussi encourager la coopération entre Etats en ce qui concerne l'inscription sur les listes de navires se livrant à la pêche INN et la réalisation d'évaluations conjointes des stocks.

B) LES CONSEQUENCES DU CHANGEMENT CLIMATIQUE

Les conséquences du changement climatique sur les océans sont appelées à figurer pendant longtemps à l'ordre du jour du droit de la mer dans les années à venir et risquent d'occuper nombre d'institutions internationales. Le rapport de 2010 du secrétaire général des Nations Unies relatif aux Océans et le droit de la mer souligne les divers aspects de ces conséquences : « augmentation du niveau des mers ; la fonte des glaces de l'océan arctique ; la question de l'acidification des océans ; les difficultés de la biodiversité marine ; l'augmentation de la fréquence des événements météorologiques extrêmes et les transferts dans la distribution des espèces biologiques »¹³⁴. C'est pourquoi, l'Assemblée générale des Nations Unies continue de souligner qu'il est urgent de s'attaquer aux effets des changements climatiques et de l'acidification des océans sur le milieu marin et la diversité biologique marine et recommande un certain nombre de mesures¹³⁵. Une des mesures-phares se trouve être la sensibilisation de l'opinion aux effets néfastes des changements climatiques sur les océans¹³⁶.

En effet, dans le cadre de son mandat révisé, approuvé par l'Assemblée générale, ONU-Océans, mécanisme de coordination inter-institutions pour les questions liées aux océans et aux zones côtières, a continué de s'attacher en priorité à mettre en place une base de données consultable en ligne contenant un inventaire des mandats et des activités¹³⁷. En conformité avec son mandat¹³⁸, le coordonnateur d'ONU-Océans a entrepris la seizième réunion du processus consultatif sur les travaux de ce mécanisme¹³⁹. ONU-Océans a en outre organisé, en marge de la

134 Voir document des Nations Unies A/65/69/Add.2, paragraphe 374.

135 AG de l'ONU, Résolution 69/245.

136 Voir, Rapport du Secrétaire Général des Nations Unies « Les océans et le droit de la mer », du 1er Septembre 2015, doc. A/70/74/Add.1, p. 40, paragraphe 142.

137 Ibid.

138 Voir Résolution 68/70, annexe.

139 Voir www.un.oceans.org.

conférence des Parties (COP 2 1) à la Conférence-Cadre des Nations Unies sur les changements climatiques à Paris, une session d'information sur les activités des membres d'ONU-Océans relatives à la question des Océans et des changements climatiques et à l'acidification des Océans¹⁴⁰.

C'est que la question des changements climatiques est un objet de préoccupation mondiale. Elle est multidimensionnelle¹⁴¹ en ce qu'elle couvre les domaines les plus divers et les plus dissemblables¹⁴².

Comme l'indique Ph.Sands:

140 Voir aussi, http://unfccc.int/files/meetings/Bonnjun_2015/application/pdf/un_oceans_statement_long_final_draft_rev_3.pdf.

141 Voir le document des Nations Unies précité A/65/69/add.2, paragraphe 374 ; R. Rayfuse and Scott (eds.) *International law in the Era of Climate Change*, London, 2012; Dryzek, Norgaard and Schlosberg (eds.), *Oxford Handbook of Climate Change and Society* Oxford, 2011; A. Boyle, "Climate Change and Ocean Governance", in M.C. RIBEIRO (ed.), 30 years after the signature of the UNCLOS ... op. cit.[Note 112], pp. 357-382, où l'auteur écrit: "Rather, the important lesson is that climate change should be on the negotiating agenda of all international institution whose mandate is affected by it. it is a human rights issue. It is a trade issue. It is also an issue for IMO and those convention secretariats responsible for protecting the marine environment pursuant to part XII of the 1982 Convention", p. 358.

142 Comme l'indique le Rapport de synthèse de 2014 destiné aux décideurs: "1) Human influence on the climate system is clear ... recent climate changes have had widespread impacts on human and natural systems; 2) many of the observed changes are unprecedented; 3) the atmosphere and oceans have warmed, that amounts of snow and ice have diminished, and sea level has risen; 4) anthropogenic greenhouse gas emissions are extremely likely to have been the dominant cause of the observed warming since the mid-20th century; 5) Continued emissions ... will cause further warming and long-lasting changes ... increasing the likelihood of severe, pervasive and irreversible impacts; 6) Limiting climate change would require substantial and sustained reductions in greenhouse gas emissions; 7) It is very likely that heat waves will occur more often and last longer, and that extreme precipitation events will become more intense in frequent in many regions. The ocean will continue to warm and acidify, and global mean sea level to rise; 8) Many aspects of climate change and associated impacts will continue for centuries; 9) The risks of abrupt or irreversible changes increase as the magnitude of the warming increases; 10) Without additional mitigation efforts ... warming by the end of the 21st century will lead to high , to very high risk of severe, wide-spread and irreversible impacts globally and 11) there are multiple mitigation pathways that are likely to limit warming to below 2°C relative to pre-industrial levels. the pathways would require substantial emissions reductions over the next few decades and near zero emissions of CO2 and other long-lived greenhouse gases by the end of the century", IPCC, *Climate Change 2014 Synthesis Report, Summary for Policymakers*, http://www.ipcc.ch/pdf/assessment.Report/ar5/syr/AR5_SYR_FINAL_SPM.pdf.

"It is plain that climate change poses significant challenges to international law. The subject transcends the classical structure of an international legal order that divides our planet into territorially defined areas over which states are said to have sovereignty. Issues associated with climate change permeate national boundaries: emissions or actions in one state will have adverse consequences in another, and in areas over which states have no jurisdiction or sovereignty. (...) there is no other issue like climate change, where the sources of the problem—according to the IPCC—are so many and so broad, requiring actions that touch upon virtually every aspect of human endeavor and action. Each of us contributes to climate change; each of us will be affected by climate change¹⁴³."

Étant donné la prolificité des problèmes posés par les changements et surtout leur différence de nature, plusieurs critères de spécialité devront être mis en oeuvre pour faire face à la situation.

L'élévation du niveau des mers est susceptible d'affecter nombre d'îles et de hauts-fonds-découvrants qui risquent de disparaître. Se posera alors le problème des droits sur les zones maritimes qui relevaient de la juridiction desdites îles après leur disparition et la disparition des hauts-fonds aura des conséquences sur la détermination des lignes de base.

Les scientifiques ont révélé que l'élévation du niveau des mers a été plus rapide de 2000 à 2009 que durant les 5000 années précédentes¹⁴⁴. *Le défi immédiat*, face à cette situation, est la protection des archipels susceptibles d'être menacés par l'élévation du niveau des mers et les populations installées sur les littoraux. Les différentes formations insulaires de certains archipels sont à un très faible niveau au-dessus du niveau actuel de la mer¹⁴⁵.

143 Ph. Sands, "Climate change and the Rule of Law: Adjudicating the Future in International Law", Public Lecture, United Kingdom Supreme court, 17 September 2015, 530 pm, pp. 1-21, spec.p.6.

144 L'on estime que l'élévation est due pour 1/3 à la fonte des glaciers continentaux et glaces polaires [la température moyenne hivernale en Antarctique s'est élevée de 6 degrés en 50 ans], pour un autre tiers à la dilatation de l'eau de mer n raison de son réchauffement, même minime, le dernier tiers causal étant encore indéterminé. Voir J.P. Pancraccio, *Droit de la mer*, Précis Dalloz 2010, p. 2.

145 C'est le cas des archipels de Tuvalu (Océan Pacifique), des Maldives (océan indien) et celui des Seychelles (océan indien). Ces archipels sont classés dans la catégorie des Petits Etats Insulaires en développement, dont nombre de leurs îles ne sont qu'à 1 ou 2 mètres d'élévation ; ce qui les expose singulièrement.

La fonte des glaciers continentaux et glaces polaires va rejaillir sur le droit de la mer. Elle va engendrer de nouveaux plateaux continentaux exploitables, de nouvelles routes de navigation et peut être une nouvelle piraterie en raison de l'oisiveté des populations autochtones susceptible d'être créée ainsi que la migration des stocks de poissons vers ces nouveaux espaces libérés des glaces. Cette situation peut créer de nouvelles activités de pêche en même temps qu'une nouvelle industrie d'hydrocarbure ou de gaz c'est-à-dire aussi une possible pollution. *C'est dire que des enjeux multiples vont émerger et vont nécessiter une coopération internationale* très suivie pour soustraire ces zones à une situation conflictuelle géoéconomique et géostratégique.

En attendant, les Etats peuvent recourir à la CNUDM pour la protection et la préservation du milieu marin. En effet, « les Etats ont l'obligation de protéger et de préserver le milieu marin »¹⁴⁶. Ils sont ainsi tenus de prendre les mesures visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin.

En particulier, les Etats doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour que les activités relevant de leur juridiction ou de leur contrôle le soient de manière à ne pas causer de préjudice par pollution à d'autres Etats et à leur environnement et pour que la pollution résultant d'incidents ou d'activités relevant de leur juridiction ou de leur contrôle ne s'étende pas au-delà des zones où ils exercent des droits souverains¹⁴⁷.

Ce principe d'utilisation non dommageable du territoire¹⁴⁸ apparaît

146 Article 192 de la CNUDM. Et l'article 194 paragraphe 5 de préciser que « les mesures prises conformément à la présente partie comprennent les mesures nécessaires pour protéger et préserver les écosystèmes rares ou délicats ainsi que l'habitat des espèces et autres organismes marins en régression, menacés ou en voie d'extinction ». Ces obligations doivent être examinées en tandem avec celles relatives à la conservation et à la gestion des ressources biologiques de la haute mer telles qu'elles figurent aux articles 117 à la 120 de CNUDM.

147 Article 194 paragraphe 2.

148 Voir Tafsir Malick NDIAYE « La responsabilité internationale des Etats pour dommages au milieu marin », in B. Vukas, T. SOSIC (eds.), *International Law : New concepts, continuing dilemmas*, Liber Amicorum Boziclar Bakotic, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden / Boston 2010, pp. 265-279, spéc. 267 ; Voir aussi la Convention de Bâle du 22 mars 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux, *International Legal Materials (ILM)*, Vol. 28, p. 649 (1989).

comme une obligation de diligence requise (« due diligence »)¹⁴⁹, et donc susceptible de mettre en jeu la responsabilité d'un Etat¹⁵⁰.

Il reste l'autre défi de taille qu'est l'acidification des océans dont le niveau de connaissances scientifiques est dans les limbes du balbutiement poussant la Communauté des Etats à prendre note de la situation. Comme le fait remarquer Tommy Koh:

« The nexus between climate change and the oceans is insufficiently understood. People generally do not know that the oceans serve as the blue lungs of the planet, absorbing Co2 for the atmosphere and returning oxygen to the atmosphere. The oceans also play a positive role in regulating the world's climate system. One impact of global warming on the oceans is that the oceans are getting warmer and more acidic. This will have a deleterious effect on our coral reefs. In view of the symbiotic relationship between land and sea, the world should pay more attention to the health of our oceans¹⁵¹.

C. LES RESSOURCES GENETIQUES MARINES :

La question est examinée par un Groupe de travail spécial officieux à composition non limitée, institué par l'Assemblée Générale des Nations Unies en 2004, et chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà de la juridiction nationale « le Groupe de travail spécial »¹⁵².

149 Voir ITLOS, Affaire N° 17, Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la zone (Demande d'avis consultatif soumise à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins), paragraphes 115-120.

150 Sur la justiciabilité des changements climatiques, voir A. BOYLE, op. cit. [Note 141] pp.378- 380 ; Ph. Sands op. cit. [Note 143], pp. 11-15.

151 Voir, T. Koh, in L. Del Castillo (ed.) *Law of the sea, from Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea*, Liber Amicorum Judge Hugo Caminos, Brill/Nijhoff, 2015, p.108 ; En effet, dans sa résolution, l'Assemblée Générale des Nations Unies dit, je cite : « §81 Prend note des travaux du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, y compris ses conclusions selon lesquelles, si l'on ne connaît pas encore les conséquences de l'acidification des océans sur la biologie marine, cette acidification progressive devrait avoir un impact négatif sur les organismes marins à coquilles et leurs espèces dépendantes et, à cet égard, encourage les Etats à poursuivre d'urgence les travaux de recherche sur l'acidification des océans, en particulier les programmes d'observation et de mesures », A/RES/62/215 du 14 mars 2008, Résolution adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 22 décembre 2007, p. 16, paragraphe 81.

152 Voir A/61/65 et Corr. 1.

Ce travail s'effectue dans le cadre du Processus consultatif officiel ouvert à tous sur les océans et le droit de la mer (« le Processus consultatif ») qui met l'accent sur les ressources génétiques marines et convient que le Groupe de travail spécial doit examiner cette question¹⁵³. Des discussions ont eu lieu concernant le régime juridique à appliquer aux ressources génétiques marines dans les zones au-delà de la juridiction nationale, conformément à la CNUDM et l'Assemblée Générale a eu à demander aux Etats de poursuivre l'examen de cette question dans le cadre du mandat du Groupe de travail spécial, en vue de faire progresser les travaux¹⁵⁴.

La communauté des Etats est doublement consciente de l'abondance et de la diversité des ressources génétiques marines et de leur valeur du point de vue des avantages que l'on peut en retirer ainsi que des biens et services auxquelles elles peuvent donner lieu, d'une part. De l'autre, elle est consciente également de l'importance de la recherche sur les ressources génétiques marines en vue de mieux comprendre les écosystèmes marins ainsi que leurs utilisations et applications potentielles, et de mieux les gérer¹⁵⁵.

Les premières réunions du Groupe de travail officiel ont enregistré très peu de progrès dans les discussions où les dissensions et les divergences étaient tenaces sur la question du régime juridique applicable, à la biodiversité marine, y compris les ressources génétiques marines des zones ne relevant pas de la juridiction nationale.

La nature particulière des ressources génétiques, dont la connaissance doit être approfondie, rend les discussions très ardues. La question

153 Comme demandé par l'Assemblée Générale des Nations Unies au paragraphe 91 de la Résolution 61/222. Le Groupe de Travail a tenu plusieurs réunions de 2006 à 2015.

154 Voir document A/RES/62/215 du 14 mars 2008, p.24, paragraphe 133.

155 Ibid. paragraphes 134 et 135 ; voir aussi J. Wehrli et Th. Cottier « Towards a treaty instrument on marine genetic resources » in M. C. Ribeiro (ed.), 30 years after the signature of the UNCLOS ... op. cit. [Note 112] pp. 517-549 où il est dit "The law, and international law, finds itself in the classic constellation of ex post assessment of the implications of rules not per se designed to deal with novel and impending challenges. [...] Even the deep sea, which belongs to the least explored areas in the world, supports mammals and fish, including sea stars, sponges, jellyfish and bottom — dwelling fish, worms, molluscs, crustaceans, and a board range of single-celled organisms", p.518; M. Allsopp and al., World Watch Report 174: Oceans in Peril: Protecting Marine Biodiversity, World Watch Institute, Washington DC, September 2007, p. 7.; T. Heidar, "Overview of the BBNJ Process and Main Issues", CIL International Workshop, Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction: Preparing for the PrepCom, Singapore, 3-4 February 2016 [PowerPoint].

qui se pose est celle de leur lieu de rattachement : s'agit-il de ressources appartenant aux fonds marins ou alors aux eaux surjacentes? La réponse à cette interrogation rejaillit sur les règles applicables du droit de la mer. C'est ainsi que deux points de vue opposés et exclusifs se sont affrontés dans le processus.

D'une part, certains Etats ont avancé que le principe fondamental devant s'appliquer en la matière est celui du patrimoine commun de l'humanité tandis que d'autres Etats ont fait valoir le principe de la liberté de la haute mer, de l'autre.

Trois types d'arguments sont avancés pour étayer les différentes positions. D'abord, la question de savoir si le régime applicable à la Zone concerne des ressources autres que les minéraux. L'on sait que la CNUDM entend par ressource toutes les ressources minérales solides, liquides ou gazeuses in situ qui, dans la Zone, se trouvent sur les fonds marins ou dans leur sous-sol, y compris les nodules polymétalliques et les ressources, une fois extraites de la Zone, sont dénommées « minéraux »¹⁵⁶. L'argument est parfois développé sur la base d'une analogie avec le statut des espèces sédentaires sur le plateau continental.

Ensuite, la question de savoir si l'article 143 de la CNUDM peut être invoqué à l'appui de l'idée selon laquelle la prospection des ressources génétiques doit être conduite à des fins exclusivement pacifiques et dans l'intérêt de l'humanité toute entière, conformément à la partie XIII¹⁵⁷. Et, enfin, la question de savoir si l'Autorité internationale des fonds marins est appelée - ou non- à jouer un rôle quelconque en la matière, puisque l'Autorité est l'organisation par l'intermédiaire de laquelle les Etats Parties organisent et contrôlent les activités menées dans la Zone, notamment aux fins de l'administration des ressources de celle-ci¹⁵⁸.

C'est en 2011 que le Groupe de travail devait recommander l'institution d'un processus par lequel le cadre juridique, relatif à la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale, reflète les différents points de

156 CNUDM, article 133, alinéas a) et b).

157 L'on reconnaît les mots de l'article 143 paragraphe 1 de la CNUDM relatif à la « Recherche scientifique marine » dans la Zone c'est-à-dire les fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale.

158 Article 157 paragraphe 1 de la CNUDM.

vue des Etats. En particulier, « prises conjointement et dans leur ensemble », les questions relatives aux ressources génétiques marines, y compris celles liées au partage des bénéfices, les mesures telles que les outils de gestion par zone, y compris les aires marines protégées, les études d'impact sur l'environnement ainsi que le renforcement des capacités et le transfert de techniques marines.

Cette recommandation sera adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies et est présentée comme le « package deal » des négociations dans l'élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la CNUDM et portant sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale¹⁵⁹.

Le Groupe de travail a continué à examiner ces questions dans le cadre du nouveau processus institué. Il a tenu deux ateliers en 2013 portant, d'une part, sur les ressources génétiques marines et sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine, de l'autre. L'Assemblée générale était d'avis que le Groupe de travail devait tenir plusieurs réunions pour préparer la décision qu'elle était appelée à prendre à sa 69^{ème} session et pour laquelle elle sollicitait des recommandations relatives aux termes de références ¹⁶⁰, sur le champ d'application, les paramètres et les possibilités d'élaboration d'un instrument international se rapportant à la Convention.

159 Voir le document des Nations Unies A/RES/69/292 du 6 juillet 2015 portant la Résolution adoptée par l'Assemblée Générale le 19 Juin 2015 « Elaboration d'un instrument international se rapportant à la CNUDM et portant sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones relevant pas de la juridiction nationale », p. 2, paragraphe 1.

160 114) Voir A/RES/69/292 op. cit.[note 1131 où le premier considérant se lit : « l'Assemblée générale, Réaffirmant l'engagement pris par les chefs d'Etat et de gouvernement au paragraphe 162 du document final de la conférence des Nations Unies sur le développement durable tenue à Rio de Janeiro, Brésil du 20 au 22 juin 2012, intitulé « L'avenir que nous voulons », qu'elle a fait sien dans sa résolution 66/288 du 27 juillet 2012, de s'attaquer de toute urgence à la question de la conservation et de l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale, en s'appuyant sur les travaux du Groupe de travail spécial officieux à composition non limitée chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà des limites de juridiction nationale, et notamment de prendre une décision sur l'élaboration d'un instrument international se rapportant à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer avant la fin de sa soixante-neuvième session ».

Après avoir examiné lesdites recommandations¹⁶¹ du Groupe de travail spécial officieux et se félicitant des progrès accomplis par le groupe de travail en application du mandat à lui confié¹⁶² l'Assemblée générale décida d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant le 19 juin 2015.

Elle décide aussi de constituer, avant la date de la tenue d'une conférence intergouvernementale, un comité préparatoire, ouvert à tous les Etats Membres de l'ONU, aux membres des institutions spécialisées et aux parties à la Convention¹⁶³. Le comité est chargé de présenter à l'Assemblée générale des recommandations de fond sur les éléments du projet d'instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la Convention. Le comité devra tenir compte des divers rapports des Coprésidents sur les travaux du groupe de travail spécial officieux chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité marine. Le comité a commencé ses travaux en 2016 et tiendra deux sessions de deux semaines chacune. La première session a eu lieu du 28 mars au 8 avril et la seconde se tiendra du 26 août au 9 septembre. Il en sera de même en 2017 et le comité préparatoire fera rapport à l'Assemblée générale sur l'état d'avancement de ses travaux à la fin 2017. Le comité préparatoire est présidé par l'Ambassadeur Eden Charles de Trinité et Tobago¹⁶⁴.

L'Assemblée générale des Nations Unies a décidé qu'avant la fin de sa soixante-douzième session, elle prendra une décision, en tenant compte du rapport du comité préparatoire, sur l'organisation et la date d'ouverture d'une conférence intergouvernementale, devant se tenir sous les auspices des Nations Unies ; les recommandations du comité préparatoire et l'élaboration d'un *instrument international juridiquement contraignant* se rapportant à la Convention.

161 Voir doc. A/69/780, annexe sect. I.

162 Voir les Résolutions 66/321 du 24 décembre 2011 et 67/78 du 11 décembre 2012.

163 Voir A/RES/69/292 op. cit paragraphe 1 a).

164 Ibid. pour l'Organisation et le fonctionnement du comité préparatoire, paragraphe 1, alinéas a) à k).

D. LA PIRATERIE

La piraterie¹⁶⁵ remonte aux origines de la navigation maritime. C'est dire qu'elle est

pratiquée depuis des millénaires¹⁶⁶. De ce fait, sa répression est régie

165 Voir Lilian Del Castillo (ed.), *Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea*, Liber Americorum Judge Hugo Caminos, Brill/Nijhoff, 2015, Part 8, Chap 23, Angela Del Vecchio « The Fight Against Piracy and the Enrica Lexie Case », pp. 397-422; Chap 24: Y. Dinstein "Piracy vs International Armed Conflict" pp. 423-434; Chap 25: E. Gonzalez-Lapeyre " Un nouvel envisagement sur la piraterie maritime" pp. 435-455; Chap 26: James L. Kateka "Combating Piracy and Armed Robbery off the Somali Coast and the Gulf of Guinea", pp. 456-468; Chap 27: H. Tuerk, "Combating Piracy: New Approaches to an Ancient Issue", pp. 469-492.

166 Dans l'Odyssée, Homère, se réfère au fait qu'Ulysse, dans sa jeunesse, avait développé des actes de piraterie et Ménélas reconnaît à ses enfants, que la piraterie avait été la source de sa richesse. Récit rapporté par E. Gonzalez-Lapeyre op. cit.[Note 165] p.435. L'auteur explique, qu'« à cette époque-là, naviguer dans la Mer Méditerranée et à travers la Mer Egée, impliquait un énorme danger en vue des éventuelles attaques des vaisseaux pirates. Pendant le Moyen Age, les dénommés Vikings, qui procédaient de l'Europe du Nord, sont devenus un vrai fouet non seulement au transport maritime mais aussitôt aux populations côtières, fondamentalement celles d'Ecosse, d'Angleterre, d'Irlande et de la France, où ils ont occupé la Normandie au début du Xe siècle, territoire lequel, précisément, conserve toujours la dénomination de ses conquérants » pp. 435-436 ; Voir aussi du même auteur, « Transport maritime et régime portuaire », RCADI, tome 308, 2005, pp.263-264 ; J.M. Goodwin, « Universal Jurisdiction and the Pirate : Time for an Old Couple to Part », 39 Vand. J. Transnat' L 973 (2006) : 976. D. König « Maritime Security: Cooperative Means to Address New Challenges » GYM, Vol. 57, 2014, pp. 209-223.

par le droit coutumier codifié par la CNUD1V¹⁶⁷. Le lieu de commission de l'acte de piraterie est la haute mer c'est-à-dire toutes les parties de la mer qui ne sont comprises ni dans la ZEE, la mer territoriale où les eaux intérieures d'un Etat, ni dans les eaux archipélagiques d'un Etat archipel¹⁶⁸. Les dispositions de la Convention relatives à la piraterie s'appliquent cependant à la zone économique exclusive¹⁶⁹. Dans ces deux zones, l'Etat du pavillon exerce sa juridiction en ce que les navires naviguent sous son pavillon et sont soumis à sa juridiction exclusive en haute mer. Il faut rappeler qu'un navire qui navigue sous les pavillons de plusieurs Etats, dont il fait usage à sa convenance, ne peut se prévaloir, vis-à-vis de tout Etat tiers, d'aucune de ces nationalités et peut être assimilé à un navire sans nationalité¹⁷⁰.

167 CNUDM, articles 100 à 107 et article 110. Aux termes de l'article 101 de la Convention, « On entend par piraterie l'un quelconque des actes suivants :

- a) Tout acte illicite de violence ou de détention ou toute déprédation commis par l'équipage ou des passagers d'un navire ou d'un aéronef privé, agissant à des fins privées, et dirigé :
 - i. Contre un autre navire ou aéronef, ou contre des personnes ou des biens à leur bord, en haute mer ;
 - ii. Contre un autre navire ou aéronef, des personnes ou des biens, dans un lieu ne relevant de la juridiction d'aucun Etat ;
- b) Tout acte de participation volontaire à l'utilisation d'un navire ou d'un aéronef lorsque son auteur a connaissance de faits dont il découle que ce navire ou aéronef est un navire ou aéronef pirate ;
- c) Tout acte ayant pour but d'inciter à commettre les actes définis aux lettres a) et b), ou commis dans l'intention de les faciliter».

168 Article 86 de la CNUDM.

169 En vertu de l'article 58 paragraphe 2 qui dispose que : « Les articles 88 à 115, ainsi que les autres règles pertinentes du droit international, s'appliquent à la zone économique exclusive dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec la présente partie »,

170 Article 92, paragraphe 2 de la CNUDM.

Pour combattre effectivement la piraterie, des exceptions à la règle de la juridiction exclusive de l'Etat du pavillon ont dû être admises. Ainsi, un navire de guerre qui croise en haute mer ou un navire étranger peut l'arrêter s'il a de sérieuses raisons de soupçonner que ce navire se livre à la piraterie¹⁷¹.

De plus, tout Etat peut en haute mer ou en tout autre lieu ne relevant de la juridiction d'aucun Etat, saisir un navire pirate, ou un navire capturé à la suite d'un acte de piraterie et aux mains de pirates et appréhender les personnes et saisir les biens se trouvant à bord. Les tribunaux de l'Etat qui a opéré la saisie peuvent se prononcer sur les peines à infliger, ainsi que sur les mesures à prendre en ce qui concerne le navire ou les biens¹⁷². Qui plus est, tous les Etats ont l'obligation de coopérer à la répression de la piraterie en haute mer ou en tout autre lieu ne relevant de la juridiction d'aucun Etat¹⁷³. Il s'agit d'une des rares matières où la compétence universelle est reconnue par le droit international coutumier, traduite dans la Convention par le droit de saisie d'un navire et le droit de visite

De nos jours, la piraterie n'est pas seulement développée en haute mer. L'on peut même dire qu'elle quitte progressivement le large pour se rapprocher des côtes. Aujourd'hui le terrain de prédilection des pirates se trouve dans les endroits suivants : la mer d'Arabie et le golfe d'Aden, la mer de Chine méridionale, le golfe de Guinée, l'Océan indien, le détroit de Malacca, l'Amérique latine et les Caraïbes. Avec la fonte des glaces de l'Arctique qui va engendrer de nouvelles routes de navigation entre l'Europe et l'Asie, il est probable que l'on y observe l'émergence du phénomène de la piraterie parce que les populations autochtones dans cette partie du monde vont perdre leur activité traditionnelle et vont devoir chercher à s'occuper. Le nombre total d'actes de piraterie contre les navires qui ont fait l'objet de rapport à l'OMI depuis que cet organisme a commencé, en 1984, à établir les statistiques en la matière, était de 6727 au 1er septembre 2013¹⁷⁴.

171 Article 110, paragraphe 1, a) de la CNUDM.

172 Article 105 de la Convention.

173 Article 100 de la Convention.

174 Voir IMO-MSU, « Reports on Acts of Piracy and Armed Robbery against Ships », MSC. 4/Circ. 199, 13 August 2013, disponible à : <http://www.imo.org/OurWork/Security/PiracyArmedRobbery/Reports/Documents/199-June2013.pdf>.

L'évolution de la piraterie ¹⁷⁵ est en porte à faux avec le dispositif normatif. Il se trouve de nos jours que les actes de piraterie sont commis dans la mer territoriale voire les eaux intérieures ou même dans les ports. Cette situation engendre un vide juridique qui va nécessiter une interprétation assez singulière des règles existantes pour y faire face.

La résurgence ¹⁷⁶ du phénomène a été attribuée à une série de facteurs : pauvreté des populations du littoral lesquelles détournent des cargos d'hydrocarbures ou demandent des rançons pour libérer les bateaux ; absence de gouvernement ou Etat en faillite ; Economie en récession, pêche INN et rejet de déchets toxiques par les navires étrangers ; police des mers défaillante ¹⁷⁷.

En Afrique de l'Ouest - par exemple - la pratique de la pêche INN est désastreuse et destructrice pour l'économie maritime et l'écosystème de la région. Les bateaux pirates développent impunément leurs activités étant persuadés de toujours échapper au contrôle étant donné que les Etats n'ont pas les moyens d'asseoir une véritable police des pêches et que les eaux sous leur juridiction ne sont pas surveillées. Les chalutiers attrapent tous les poissons disponibles sans considération d'espèces protégées ou de normes de sécurité. Ils procèdent ensuite à des rejets en mer. Ils détruisent les filets des pêcheurs artisans locaux, cassent leurs pirogues. Ils détiennent des filets lourds qui vont draguer l'océan détruisant l'habitat marin surtout les nurseries pour les juvéniles ; ce qui empêche les poissons de se reproduire. Cette situation a pour conséquence la fermeture de nombreux villages de pêcheurs mettant au chômage les communautés de pêcheurs.

En traitant avec soins les causes profondes de la piraterie on observe un recul du phénomène. La communauté internationale s'y emploie et depuis 2012 la tendance au recul se confirme. Il faut dire que la coopération internationale pour combattre le phénomène s'est révélée très efficace.

Comme le remarque Doris König:

175 Voir H. Tuerk, op. cit. [Note 165]. 475-476.

176Ibid.

177 Voir Tafsir Malick Ndiaye, « La pêche INN ... » op. cit. [Note 108] p. 233; J. Kateka op. cit. [note 165] 464-466.

« A comprehensive approach and cooperation are the only means to deal with maritime security phenomena. The center of coordination, cooperation, and progressive development has been the Contact Group on Piracy off the Coast of Somalia. Focused on interstate cooperation at the outset, it soon became a forum where States, UN entities, international and regional organisations, industry groups, and other stakeholders worked together efficiently and effectively ¹⁷⁸».

L'on a pensé à instituer un mécanisme international destiné à combattre la piraterie, mais le résultat est très peu probant à l'heure qu'il est. Peut-être faut-il s'employer à traiter le problème de manière pragmatique en s'attaquant aux causes profondes. Ce, parce que l'idée avancée dans les forums internationaux selon laquelle il faut amender les statuts des juridictions internationales existantes pour traiter de la piraterie paraît très peu réaliste dans la mesure où les amendements des traités internationaux multilatéraux prennent beaucoup de temps et le résultat n'est pas garanti *ab initio*¹⁷⁹. Le pragmatisme et la mise en œuvre effective du principe de la compétence universelle devraient pouvoir faire l'affaire.

E. LES CONTRIBUTIONS AU TITRE DE L'EXPLOITATION DU PLATEAU CONTINENTAL ETENDU :

Il s'agit des contributions en espèces ou en nature au titre de l'exploitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins, objet de l'article 82 de la CNUDM ¹⁸⁰, dont la mise en œuvre recèle de

178 D. König op. cit. [Note 166] p. 223; H. Tuerk, op. cit. [note 165] p. 477.

179 Voir United Nations Contact Group on Piracy Off the Coast of Somalia: Working Group 2 on Legal Issues, Discussion Paper on Prosecution of Pirates: An International Mechanism? 3 March 2009, pp. 2-3.

180 L'article 82 de la CNUDM dispose que: "1-L'Etat côtier acquitte des contributions en espèces ou en nature au titre de l'exploitation des ressources non biologiques du plateau continental au delà de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale. 2-Les contributions sont acquittées chaque année pour l'ensemble de la production d'un site d'exploitation donné, après les cinq premières années d'exploitation de ce site. La sixième année, le taux de contribution est de p.100 de la valeur ou du volume de la production d'un site d'exploitation. Ce taux augmente ensuite d'un point de pourcentage par an jusqu'à la douzième année, à partir de laquelle il reste 7p.100. La production ne comprend pas les ressources utilisées dans le cadre de l'exploitation. 3-Tout Etat en développement qui est importateur net d'un minéral extrait de son plateau continental est dispensé de ces contributions en ce qui concerne ce minéral. 4-Les contributions s'effectuent par le canal de l'Autorité, qui les répartit entre les Etats Parties selon des critères de partage équitables, compte tenu des intérêts et besoins des Etats en développement, en particulier des Etats en développement les moins avancés ou sans littoral ».

véritables défis à relever par l'Autorité internationale des fonds marins (AIFM/ISA)¹⁸¹. Ce n'est pas un hasard si trente-cinq ans après la signature de la CNUDM son régime n'est toujours pas fixé.

En juillet 2013, les membres de l'Assemblée de l'Autorité ont consacré une partie des discussions relatives au rapport du Secrétaire général¹⁸² aux conclusions de l'atelier international organisé par l'Autorité sur l'examen de l'application de l'article 82 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer¹⁸³.

Cet atelier international avait pour objet d'établir des avant-projets, pour examen par les États dont le plateau continental s'étend au-delà des 200 milles marins et par les organes compétents de l'Autorité internationale des fonds marins.

Le Groupe de travail¹⁸⁴ a examiné quatre thèmes majeurs : la

181 Voir Chircop Aldo, « Operationalizing art. 82 of UNCLOS: A new raie for ISA" Ocean Yearbook, 18 (Chicago) Vol. 18, 2004, pp. 395-412; ISA: International Seabed Authority Handbook 2004, Kingston, Jamaica, ISA 2004, 89 p.; DOALOS, ISA. Marine Mineral Resources: Scientific advances and economic perspectives, New York, IJN 2004, 125 p.; M. Wood, "International Seabed Authority (ISA)", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2012; M. Lodge "Current Legal Development/International Seabed Authority" 2009, 24, IJMCL, 185; LDM Nelson, "The New Deep Seabed Mining Regime" 1995, 10 IJMCL 189, 190-192; D. Leary, "Moving the Marine Genetic Resources Debate Resources Debate Forward: Some Reflections" 2012, 27 IJMCL 435; P. Drankier and al. " Marine Genetic Resources in Areas Beyond National Jurisdiction: Access and Benefit sharing" 2012, 27 IJMCL 375-409; A.G. Oude Elferink and

E.J. Molenaar, (eds.), The International Legal Regime of Areas Beyond National Jurisdiction: Current and Future Developments, Martinus Nijhoff, 2010; D'après l'International Seabed Authority Technical Study N°5.

"Submissions made by coastal States until September 2008 with respect to the Continental shelf beyond 200 nm covered more than 23 million square kilometers, while the world's EEZs are estimated at approximately 85 million square kilometers, and the area at around 260 million square kilometers", in ISA Technical Study N°5: Non-living Resources of the Continental shelf beyond 200 Nautical miles: Speculations on the implementation of Art. 82 of the United Nations Convention on the Law of the Sea (2010) 16, at http://www.isa.org.jm/files/docuyments/EN/Pubs/Techstudy_S.pdf. du 14 mai 2014.

182 Voir Communiqué de Presse de l'Autorité Internationale des fonds marins, dix-neuvième session, Kingston, du 15-26 juillet 2013, FM/19/2.

183 Voir « Implementation of Article 82 of the United Nations Convention on the Law of the Sea : Report of an International Workshop convened by the International Seabed Authority in collaboration with the China Institute for Marine Affairs in Beijing, The People's Republic of China, 26-30 November 2012, ISA Technical Study: N°12".

184 C'est l'objet de l'Annexe 1 du Rapport précité: Report of Working group A on implementation Guidelines and Madel Article 82 Agreement Presented by Professor Chircop as facilitator, and Dr. Gala Carrera, Consulate of Mexico in Nova Scotia and New Brunswick, Canada, as Rapporteur.

relation entre l'Autorité et les Etats ayant un plateau continental étendu au titre de l'article 82 ; la terminologie de l'Article 82 ; les fonctions et tâches qui découlent de l'article et les options possibles pour faciliter la mise en œuvre.

D'abord, l'article 82 établit une relation à deux niveaux. D'une part, des obligations réciproques entre Etats-Parties créées en vertu de la Convention et qui procèdent du lien intime unissant les articles 76 et 82. L'observation des dispositions de l'article 82 apparaît d'abord et avant tout comme une attente des Etats-Parties, c'est-à-dire que l'obligation d'acquitter des contributions au titre de l'exploitation est une dette de l'Etat au plateau continental étendu à l'égard des autres Etats-Parties. D'autre part, la mise en œuvre l'article 82 met en rapport l'Etat au plateau continental étendu avec l'Autorité internationale des fonds marins. C'est pourquoi il est dit que « les contributions s'effectuent par le canal de l'Autorité ¹⁸⁵ ».

Autrement dit, la Convention requiert une relation de coopération entre l'Etat et l'Autorité régie par la bonne foi. Le rôle de l'Autorité dans cette relation doit être interprété à la lumière du mandat que lui assigne la Convention. En revanche, celle-ci est muette sur la périodicité de la relation et sur la structure, l'organe ou le processus devant la régir. L'Autorité est censée recevoir les contributions qu'elle administre sous la forme de dépôts jusqu'à leur répartition entre les bénéficiaires conformément à la Convention, bien qu'elle ne bénéficie pas de pouvoirs expressément conférés par l'article 82 et relatifs au contrôle et à la conformité à la Convention.

Il apparaît que la transparence - principe de bonne gouvernance - soit essentielle dans la mise en œuvre des dispositions de l'article 82. Pour ce faire, des procédures administratives doivent être établies¹⁸⁶ pour traiter les problèmes et combler les lacunes de l'article 82 et, en particulier, les notifications, aux Etats dotés de plateaux continentaux étendus, relatives au début, à la suspension et à la fin de la production. Le Groupe de travail a exploré les avantages et inconvénients d'une approche standardisée comparée à une approche cas par cas par souci de cohérence, de prévisibilité et d'efficacité. Il s'avère que la diversité des ressources nécessite une certaine flexibilité dans les démarches. La question du flux d'informations entre l'Etat et l'Autorité a été examinée de manière approfondie. Il ressort de l'examen qu'un format

¹⁸⁵ Article 82 paragraphe 4 de la CNUDM.

¹⁸⁶ Voir en ce sens, le Working paper de l'atelier précité « Development of Guidelines for the implementation of Article 82 ».

de présentation des informations doit être établi pour accompagner les contributions. Le Groupe de travail a aussi étudié la question de la contribution en nature dont l'objet est de garantir l'accès à la ressource aux Etats-Parties bénéficiaires¹⁸⁷.

Ensuite, deuxième thème majeur, le Groupe de travail s'est penché sur la question de la terminologie. Il apparaît que l'article 82 est dépourvu de définition en ce qui concerne les termes-clefs suivants: «ressources», «toute la production», «valeur», «volume», «site », «paiements», «contribution en nature », «chaque année ».

Il semble que ces différents mots ont été utilisés pour aboutir au compromis nécessaire et c'est pourquoi ils ne sont guère des termes consacrés. Et le groupe de travail s'est employé à les définir dans leur contexte pour faciliter la compréhension commune. Il dit:

«Therefore, reasonably consistent understanding among States Parties to facilitate implementation and avoid potential disputes regarding interpretation is an

important consideration. The development of a guide to assist OCS States with the implementation of Article 82 would need to address this matter»¹⁸⁸.

Ainsi, les huit termes sont définis pour situer le contexte et l'esprit dans lesquels ils ont été choisis¹⁸⁹, pour asseoir un entendement commun.

Après, troisième thème majeur, les fonctions et les tâches ont été examinées. La Convention ne les définit pas. Et le Groupe de travail a cherché à les établir pour les Etats comme pour l'Autorité. Pour les Etats dotés de plateaux continentaux étendus, les questions suivantes ont été retenues : un site particulier éligible au titre de l'article 82; la date de commencement de la production; la suspension de la période de grâce; la suspension de la production qui affecte les contributions, l'annonce des paiements à venir; celle des contributions en nature; l'annonce du changement d'option ; et la date de la fin de la production.

187 Voir rapport du Groupe de travail A précité, [note 138] paragraphes 2-9.

188 Ibid. paragraphe 10.

189 Ibid. paragraphes 11-17.

En ce qui concerne les notifications de l'Autorité aux Etats, les questions suivantes ont été envisagées : l'Accusé de réception de la notification formelle par l'Etat; les instructions bancaires relatives aux paiements; la réception des paiements; celle des contributions en nature; et le relevé bancaire annuel certifiant les paiements et contributions reçus. De plus, le rapport annuel du Secrétaire général de l'Autorité devra informer les Etats membres sur l'état des paiements et contributions reçus ainsi que les problèmes connexes sur la base des informations reçues des Etats dotés de plateaux continentaux étendus¹⁹⁰.

Enfin, le dernier thème a trait à la structure - formelle ou informelle - et au processus nécessaires pour faciliter la relation, administrative entre les Etats et

l'Autorité. Le Groupe de travail, après avoir écarté les méthodes relatives à la partie XI de la CNUDM et à l'accord sur les stocks chevauchants, a opté pour un

« Memorandum of Understanding between OCS States and the ISA, but not discussed in depth »¹⁹¹.

Les participants à l'atelier international ont noté que de nombreux sujets n'avaient pu être abordés et que des études complémentaires seraient nécessaires. Ils ont souligné qu'il était important de continuer d'examiner, par l'entremise des organes compétents de l'Autorité, les moyens d'établir un système permettant l'application pragmatique et fonctionnelle de l'article 82¹⁹². Il faut relever que la série des études techniques de l'Autorité internationale des fonds marins se révèle être une mine de renseignements de premier plan¹⁹³.

190 Ibid. paragraphes 19-22.

191 Ibid. paragraphe 23.

192 Communiqué de Presse du 15 juillet 2013 précité. [note 136].

193 Voir ISA TECHNICAL STUDY SERIES : Technical Study (TS) - TS N°1: "Global non-living Resources on the Extended continental Shelf: Prospects at the year 2000"; TS N°2: "Polymetallic Massive Sulphides and Cobalt-Rich Ferromanganese crusts: Status and Prospects"; TS N°3: "Biodiversity, species Ranges and Gene Flow in the Abyssal Pacific Nodule Province: Predicting and Managing the impacts of Deep Seabed Mining"; TS N°4: "Issues associated with the implementation of Article 82 of the UNCLOS"; TS N°5: "Non-living resources of the continental Shelf beyond 200 nautical miles: Speculations on the implementation of Article 82 of the UNCLOS"; TS N°6: "A Geological Model of Polymetallic Nodule Deposits in the Clarion-Clipperton Fracture zone"; TS N°7: "Marine Benthic Nematode Molecular Protocol Handbook (Nematode Barcoding)"; TS N°8: "Fauna and cobalt-Rich Ferromanganese Crust Seamounts"; TS N°9: "Environmental Management of Deep-Sea Chemosynthetic Ecosystems: Justification of and considerations for a spatially-based Approach"; TS N°10: "Environmental Management Needs for Exploration and Exploitation of Deep Sea Minerals"; TS N°11: "Towards the Development of a regulatory Framework for Polymetallic Nodules Exploitation in the Area"; TS N°12: "Implementation Workshop convened by the International Seabed Authority, 26-30 November 2012."

F. LA FONCTION CONSULTATIVE DU TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER

Aux termes de la CNUDM¹⁹⁴ et du statut du Tribunal, la fonction consultative est exercée par la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins. Mais le Tribunal en formation plénière peut donner des avis fondés sur d'autres accords internationaux¹⁹⁵. Les deux instruments précités n'envisagent guère la compétence consultative du Tribunal en formation plénière. On n'en trouve pas trace non plus dans le projet de la Commission préparatoire. Il s'agit d'une création d'une création du Tribunal à l'occasion de l'élaboration de son règlement de procédure en 1996 ; l'on a alors évoqué la possibilité pour le Tribunal plénier de donner des avis consultatifs. C'est pourquoi, la clause attributive de compétence se trouve dans le Règlement¹⁹⁶. Elle fait l'objet de l'article 138 qui prévoit que le Tribunal peut donner un avis consultatif sur une question juridique dans la mesure où un accord international se rapportant aux buts de la Convention prévoit expressément qu'une demande d'un tel avis est soumise au Tribunal.

Normalement, la procédure consultative est ouverte aux organisations internationales et à elles seules. Le mécanisme ne comporte ni réclamation, ni parties. C'est pourquoi la voie de la requête est le seul mode de saisine de la Chambre et du Tribunal par les organes habilités à demander des avis dans des matières spécifiées. L'avis consultatif est une consultation juridique dépourvue de force obligatoire et qui, comme énoncé individuel, n'a pas de force légale.

En revanche, il est possible qu'un organe chargé de fonctions juridictionnelles comme le Tribunal se voie prié, parce que son statut ne l'interdit pas, de donner un avis de droit. Il arrive parfois qu'un tribunal arbitral soit amené à rendre un avis consultatif¹⁹⁷.

194 Voir article 159 paragraphe 10 et 191 de la CNUDM.

195 Voir article 138 du Règlement du Tribunal ; Voir aussi, Tafsir Malick Ndiaye, « Les avis consultatifs du Tribunal international du droit de la mer », in L. del Castillo (ed.), *Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea*, op. cit. [Note 165] pp. 622-653.

196 Ibid.

197 Voir Tafsir M. Ndiaye, « Les avis consultatifs ... » op. cit. [Note 195] p.645.

Pour le tribunal plénier, la voie consultative est ouverte lorsqu'un accord international¹⁹⁸ se rapporte aux buts de la Convention. Ces buts de la Convention sont prolifiques. On peut citer: les ressources biologiques de la mer ; la conservation et la gestion « lesdites ressources ; l'environnement et les écosystèmes marins, la recherche scientifique marine, la pollution, la navigation marine, la criminalité en mer et la sécurité maritime; les créances maritimes et responsabilités; les transports maritimes.

Dans ces matières, il y a de nombreux problèmes qui peuvent utilement faire l'objet de demande d'avis consultatifs comme le révèlent les différents ateliers du Tribunal¹⁹⁹. Une question récurrente a trait au rôle des organismes régionaux de gestion des pêches et à la pêche illicite.

Comme le fait remarquer l'Ambassadeur Tommy Koh :

«FAO has repeatedly called the world's attention to the crisis in fisheries. The crisis is being caused by over-fishing by illegal, unreported and unregulated fishing, by the ineffectiveness of the regional fishery management organizations and by the use of destructive and unsustainable methods of fishing, such as, bottom trawling and dredge fishing. Urgent action is needed to tackle these problems. The world can learn from the successful experiences of Iceland and New Zealand in the management of their fisheries. The IMO should consider requiring all commercial fishing boats to be licensed and to carry transponders. We should also consider eco labelling for fish. Regional fishery management organizations should be established in all regions, and they should be allowed to make their decisions by majority votes rather than by consensus. Certain destructive methods of fishing should be banned²⁰⁰ ».

198 Il s'agit d'un traité au sens de l'article 1, al. a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

199 Voir, Tafsir Malick Ndiaye « Les avis consultatifs ... » op. cit.[Note 195] p.645.

200 Voir T. Koh, « UNCLOS at 30: Some Reflections » in L. del Castillo (ed.) Law of the Sea, op. cit. [Note 195] p.108.

Ce n'est pas un hasard si la première demande d'avis consultatif soumise au Tribunal plénier l'a été par le fait d'un ORGP (RFMO), en l'occurrence la Commission Sous-Régionale des Pêches (CSRP)²⁰¹.

L'article 138 du Règlement énonce un certain nombre de conditions à remplir pour que la demande d'avis consultatif sur une question juridique soit recevable. D'abord, il faut un accord international. Ensuite, l'accord en question doit se rapporter aux buts de la Convention. Après, il faut que l'accord international prévoit expressément qu'une demande d'un tel avis est soumise au Tribunal et enfin, l'avis consultatif doit porter sur une question juridique. La question juridique préalable qui a longtemps occupé le Tribunal dans cette affaire est celle de sa compétence pour rendre un avis consultatif²⁰², puisqu'il s'agissait de la première affaire où il devait le faire en formation plénière. Le Tribunal commencera par rappeler les articles 16 et 21 du statut et l'article 138 du règlement, avant de procéder à l'examen des différents arguments avancés par les participants à la procédure²⁰³.

Les principaux arguments avancés contre la compétence consultative du Tribunal sont que la Convention ne fait aucune référence explicite ou implicite à des avis consultatifs du Tribunal plénier et que si le Tribunal venait à exercer une compétence consultative, il agirait ultra vires au regard de la Convention.

D'autres participants se sont prononcés en faveur de la compétence consultative du Tribunal. Ils ont avancé que l'article 21 du statut constitue en soi une base juridique suffisante pour fonder la compétence du Tribunal plénier pour donner suite à une demande d'avis consultatif, si celle-ci est expressément prévue dans un accord international pertinent et qu'il n'y a aucune raison de supposer que la formule « toutes les fois que » (« all matters » en anglais) ne couvre pas la demande d'avis consultatif. Ils ont ajouté que l'argument selon lequel la formule « toutes les fois que » renvoie à « tous les différends » ainsi que celui selon lequel la compétence du Tribunal est limitée par l'article 288 paragraphe 2 de la Convention, ne peuvent être retenus. Ils ont fait observer que cet ar-

201 Demande soumise le 28 mars 2013; Voir ITLOS/Press 190 du 28 mars 2013. La CSRP, dont le siège est à Dakar (Sénégal) est composée de sept Etats-membres : Cap-Vert, Gambie, Guinée, Guinée-Bissau, Mauritanie, Sénégal et Sierra Leone.

202 Voir l'avis du 2 avril 2015 du TIDM en l'affaire N° 21, paragraphe 37-79.

203 Voir les paragraphes 40 à 47 pour les arguments avancés contre la compétence consultative du Tribunal plénier.

ticle est complété par le statut, notamment son article 21²⁰⁴.

Après avoir examiné les différents types d'arguments, le Tribunal précise que ce n'est pas l'expression « toutes les fois que cela est expressément prévu dans tout autre accord conférant compétence au tribunal » qui confère en soi une compétence consultative au Tribunal. C'est plutôt l'expression « autre accord » à l'article 21 du statut qui lui confère une telle compétence. Lorsqu'une « autre accord » attribue une compétence consultative au Tribunal, celui-ci peut exercer cette compétence « toutes les fois » que cela est expressément prévu dans - cet « autre accord ». L'article 21 et l'« autre accord » conférant compétence au Tribunal sont liés l'un à l'autre et constituent le fondement juridique de la compétence consultative du Tribunal²⁰⁵

Cette décision établit un précédent qui peut se révéler du plus grand bénéfice pour les Etats regroupés au sein des Organismes Régionaux de Gestion des Pêches (ORGP). Ce d'autant plus que dans son avis, le Tribunal indique que l'Etat du pavillon a l'obligation de prendre les mesures nécessaires, y compris les mesures d'exécution, pour veiller à ce que les navires battant son pavillon se conforment aux lois et règlements des Etats-membres de la CSRP²⁰⁶.

De plus, le Tribunal a décidé que la responsabilité de l'Etat du pavillon résulte d'un manquement à son obligation de « diligence due » concernant les activités de pêche INN menées par les navires battant son pavillon dans les ZEE des Etats membres de la CSRP²⁰⁷.

On a par là des exemples d'avancées significatives qui peuvent protéger singulièrement les Etats-membres des Organismes régionaux de gestion de pêche, lesquels peuvent désormais recourir au Tribunal pour se plaindre de la violation des mesures prises dans le cadre de la gestion et de la conservation des ressources biologiques qu'ils administrent.

204 Voir les paragraphes 48 à 57 pour les arguments avancés en faveur de la compétence consultative du Tribunal.

205 Voir le paragraphe 58 de l'avis consultatif du 2 avril 2015.

206 Réponse à la première question de la CSRP.

207 Voir réponse à la seconde question de la CSRP.

Le nouveau défi, qui risque de mettre en danger - si on n'y prend garde - la CNUDM elle-même, est la violation systématique de nombre de ses dispositions qui peut non seulement affecter l'ordre juridique des mers mais surtout la paix dans les relations internationales²⁰⁸. Il faudra penser à mettre en œuvre la partie XV pendant qu'il est encore temps. La répugnance des Etats à l'égard du règlement juridictionnel est inhérente à la structure même de la société internationale travaillée par des processus politiques et où les intérêts individualistes des Etats sont omniprésents. Les Etats doivent cependant agir en conformité avec la CNUDM qu'ils ont mis une décennie à négocier et qu'ils célèbrent à longueur d'années.

208 Voir Robin Churchill, « The Persisting Problem of Non-compliance with the Law of the sea Convention : Disorder in the Oceans », *the International Journal of Marine and Coastal Law* 27 (2012) 813-820 ; Idem « The Impact of State Practice on the Jurisdictional Framework Contained in the LOS Convention » in AG Oude Elferink (ed.) *Stability and Change in the Law of the Sea: The Role of the LOS Convention*, Martinus Nijhoff, Leiden 2005, p.91; J.A. Roach and R.W. Smith, *Excessive Maritime Claims*, 3^d edition, Martinus Nijhoff, Leiden, 2012; Comme le rappelle l'ambassadeur Tommy KOH: "I wish to express a serious concern about the tendency by some coastal states to expand their jurisdiction and their rights in violation of the Convention. Some States have drawn straight baselines when they are not so entitled. Other states have enacted laws and regulations governing activities in the Exclusive Economic Zones even though they have no jurisdiction over such activities under the Convention. Some states have acted in contravention of the regime of transit passage. States have shown very little integrity and fidelity to law when it comes to deciding whether a feature is a rock or an island. I think states should be less reluctant to protest against such actions by other states and be more willing to refer such disputes to dispute settlement" in L. del Castillo {ed.} *Law of the Sea*, op. cit. [Note 195] p. 108.

‘Challenges and Prospects of the new Law of the Sea’

INTRODUCTION:

1. The Third United Nations Conference on the Law of the Sea (UNCLOS) held unprecedented talks and gathering of nations, to define the maritime spaces between different categories of countries¹ The United Nations Convention on the Law of the Sea opened at its signature on the 10th of December 1982² at Montego Bay, Jamaica. It came, along with the final Act of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea - approved and signed by the participants - as an official expiation of the talks that led to the adoption of the Convention (1973 - 1982) as well as the adoption by the Conference of four resolutions.

2. This is a result of fourteen years of hard work, with the participation of more than one hundred and fifty representatives from all over the world, of all judicial systems, rich and poor, coastal States, archipelagic States, the islands, the landlocked States and those known as geographically disadvantaged in terms of oceanic space. These States gathered to draw out and establish a complete judicial system that could encompass all the aspects of the law of the sea, stressing that the problems that face maritime boundaries are closely related to one another and should be contemplated as a whole³. This process started in 1967, when the concept of Common Heritage of Mankind was discussed in the General Assembly of the United Nations regarding the preservation of the seabed and its pacific use⁴.

3. As René Jean Dupuy explains, although it is not always easy to draw the general rules in a social area with conflicting interests, the difficulties are more and more numerous and all the more complex when it comes to the heritage sharing. The discussions are more about spaces limits than principles. Hence, it is just to hide their interest or justify their appropriations. The freedom of the sea, like a wounded cetacean, is bound to wander at large⁵.

Judge for the International Tribunal for the Law of the Sea

1) R.J. Dupuy, "L'Océan partagé", Pédone 1979, pp.1.

2) UN Convention in the Law of the Sea, Entry into force: 16 November 1994

3) Ibid. Preamble

4) B. Zuleta UN Convention on the Law of the Sea, United Nations (1983), pp XX-XXIV.

5) R.J Dupuy, L Océan Partagé, p.1.

4. States-Parties The Convention s have pointed out that new facts, occurred since the United Nations Conferences on the Law of the Sea, held in Geneva in 1958 and 1960, have stressed the need for a new generally acceptable Convention on the law of the sea⁶. With the gaining or rather the recovering of independence of States, the wind of upheaval has blown the seas. The Convention, which deals with ail the aspects of the law of the sea, acts as a « Constitution of the oceans»⁷. It came into force twenty two years ago⁸ and has 168 Member-States to day. The very few States, like the United States of America, that have yet to adhere to the Convention, view it, nevertheless, as the backbone of applicable law.

5. As the Ambassador Tommy KOH, President of the third United Nations Conference on the Law of the Sea, states: « my dream that the Convention will become the « Constitution » of the world's oceans has come to pass. It is the constitution of the oceans because it treats the oceans in a holistic manner. It seeks to govern all aspects of the resources and uses of the oceans. In its 320 articles, and 9 annexes, as supplemented by the 1994 General Assembly Resolution 48/362 relating to Part XI of the Convention and the 1995 Agreement relating to the conservation and management of straddling fish stocks and highly migratory fish stocks, the Convention is bath comprehensive and authoritative"⁹ .

6. Indeed, UNCLOS is at the core of the ruling mechanism relating to the sea and its original aspects. The profound institutionalization makes the cooperation between Member-States compulsory. The institutions, such as the RFMO, are diverse and their raie very asserted. The Convention has also put the law of the sea under the jurisdiction of international Courts and Tribunals, defining an unprecedented system of disputes settlement, such as the delimitation of maritime boundaries between States¹⁰

6) See preamble UNCLOS.

7) In the words of Ambassador Tommy Koh (Singapore), President of the Third U nited Nations Conference on the Law of the Sea, who said in his speech at the closing session of the Montego Bay Conference on 11December 1982 that: "the q uestion is whether or not we have the right to a fair trial. My answer is in the affirmative, "in the Law of the Sea, op. Cit., (Note 2), "A constitution for the Oceans", Remarks by T. Koh, pp. XXXIII-XXXVII.

8) UNCLOS entered into force on 16 November 1994.

9) Tommy Koh "UNCLOS at 30: Some Reflections", chapter 8, of L. del Castillo (ed.), Law of the Sea, From the Grove to the I nternational Tribunal for the law of the Sea, liber Amicorum J udge Hugo Caminos , Brill / Nijhoff, 2015, p. 107

10)See, Tafsir Malick Ndiaye "The Judge, Maritime Delimitation and the Gray Areas", Indian Journal of International Law, Springer 2016, DOi 10.1007 / s40901-016-0027-2, pp. 1-41, spec. P.2.

7. The treaty law that gradually evolved, thanks to the codification conferences and delimitation bilateral agreements, acts as an important source of the law of delimitation. The works of the United Nations International Law Commission have produced the provisions of the 1958 Geneva Convention, relating to the delimitation of the territorial sea and the Continental shelf. The Third United Nations Conference on the Law of the Sea has spawned UNCLOS.

8. UNCLOS contains provisions related to the delimitation of the territorial sea, the continental shelf and the exclusive economic zone¹¹. Nevertheless, the delimitation dispute shows that these provisions do not hold the expected prominent role¹². Furthermore, the delimitation bilateral agreements have generated a quite indigent activity to enforce itself through customary handlings. It appears that the fundamental role in formulating the judicial rules and principles, governing the law of maritime delimitation lies with the international courts and tribunals¹³.

9. The oceans are a human working space of great importance as well as a pool of biological and non-biological resources. That is the reason why UNCLOS gives a major role to individual actors formally subject of international law¹⁴, as in the prompt release procedures or the

11) Ibid.

12) It should be recalled that in the North Sea Continental Shelf cases the International Court of Justice had refused to consider in Article 6 of the 1958 Geneva Convention on the Continental Shelf a rule of customary character. It had then to endeavor to define the legal principles which should govern the delimitation of the continental shelf between two States; See the North Sea Continental Shelf Case (Republic of Federal Republic of Germany v. Denmark) and (Federal Republic of Germany v. The Netherlands), judgment of 20 February 1969, ICJ 1969, p. 1. In the case of the Maritime Delimitation in the region between Greenland and Jan Mayen, the Court will have a more decided attitude: "Thus, for the delimitation of the continental shelf ... even if it were Article 6 of the 1958 Convention, but the customary law of the continental shelf as developed in the jurisprudence ...", Maritime delimitation case in the area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway), judgment of 14 June 1993, ICJ 1993, 38, paragraph 51; There is a perception that conventional law was thus thrown out of the law of maritime delimitation.

13) Indeed, the delimitation has generated more cases than any other subject of international law, whether at The Hague Court, the Arbitral Courts or the UNCLOS Annex VII tribunals.

14) The International Tribunal for the Law of the Sea has experienced nine cases of prompt release under article 292 of UNCLOS. These are the Business: Case No. 2 "Saiga" (No. 2); Case No. 5 "Camouco"; Case No. 6 "Monteconfurco"; Case No. 8 "Grand Prince"; Case No. 11 "Volga"; Case No. 13 "Juno Trader"; Case No. 14 "Hoshinmaru"; Case No. 15 "Tomimaru" and Case No. 19 "Virginia G"; See the Tribunal's website www.itlos.org. Similarly, the Seabed Disputes Chamber has received a request for an advisory opinion, Case No. 17 "Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities in the framework of activities in the Area".

activities in the area. Although the Convention is at the core of the normative mechanism, one must reckon that the instruments at disposal are numerous in regards to the law of the sea, given the dozens of texts¹⁵

10. That is to say, the sources of the law of the sea are prolific¹⁶. First, we have international treaties within the meaning of the 1969 Vienna Convention. Since the conclusion of the four Geneva Conventions, the law of the sea has been marked multilateral treaties among which is the UNCLOS, which encompasses both codification and progressive aspects¹⁷. The Convention is a series of multilateral treaties which sometimes fill in its gaps and implement them in specific, specialized or regional areas. We have what we call "the Agreements relating to the implementation of the UNCLOS" whose headings is enough to understand the purpose.

15) See A.V. Lowe and S.A.G. Talmon, Basic documents on the Law of the Sea, The Hart Publishing, Oxford and Portland, 2009, 1012 p., The authors explain in that: "One of the most striking characteristics of the Law of the Sea is the richness of its documentary sources. Its framework treaty, the monumental 1982 UN Convention on the Law of the Sea, is truly a framework (and one with many significant gaps) which holds together an extensive network of treaties, standards and other measures. Fertile mulch of state practice and case-law. By no means all of this material is readily available ... "Editor's Preface, p. XIII.

16) On historical aspects, see L. del Castillo (ed.), Op. Cit. [Note 9], p. 9-106; B. Zuleta op. Cit. [Note 4], p. XX; Donald R. Rotherwell and Tim Stephens, International Law of the Sea, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010, pp. 1-29. G. Gide!, The International Public Law of the Sea, Chateauroux, Mellotée, 1932, Tome 1.

17. In his closing address to the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Ambassador Tommy Koh's Chairman, Ambassador Tommy Koh, explained: "The third topic..... The argument that, except for Part XI, the Convention is unacceptable and legally insupportable. The regime of transit through the straits used for international navigation and the regime of archipelagic sea lanes are two examples of the many new concepts in the Convention. Even in the case of article 76 on the continental shelf, the article contains new law in which it has expanded the concept of continental shelf to include the continental slope and the continental rise. (...)", T. Koh, op.cit. (Note 2),

p.xxxv. ; The fact remains that UNCLOS is a Codification Convention on Conventional Questions of the Law of the Sea, in which it incorporates the Geneva Conventions. Indeed, UNCLOS "n'efface pas nombre de règles coutumières classiques dont elle précise les modalités d'application, et qui subsistent parallèlement », I. Savadogo, « Les navires battant pavillon d'une organisation internationale », L. Savadogo, "Ships flying the flag of an international organization" AFDI, 2007, p. 646.

11 On the one hand the 'Agreement on the application of Part XI of the United Nations convention on the Law of the Sea of 10 December 1982, adopted on 28 July 1994 "and the" the the United Nations Convention of 10 December 1982 on the conservation and management of fish stocks moving both within and beyond exclusive economic zone;, (straddling stocks) and highly migratory fish stocks, adopted on 4 August 1995 ", on the other hand. The 1994 agreement amends UNCLOS to which it becomes an integral part and provides that .

"The provisions of this Agreement and of Part XI shall be interpreted and applied together as a single instrument. In the event of any inconsistency between this 'Agreement and Part XI, the provisions of this Agreement shall prevail¹⁸. "

With to the on the mandate of the was to supplement UNCLOS in order to ensure the conservation and management of these stocks under better conditions and to avoid their overexploitation; within the meaning of the

12. UNCLOS on stocks have proved to be incomplete and have failed to ensure their sustainable use. They, rather, represent a general framework²⁰. They impose the States "the with measures to of the high seas²¹ and the obligation to cooperate in the conservation and management of such resources²² These obligations appear rather soft and recall obligations of behavior²³ Therefore, when assessing the status of UNCLOS and its impact in the contemporary law of the sea, account should be taken of those agreements and the practice of States in the implementation of the Convention²⁴

18 Agreement relating to the application of Part XI of the UNCLOS of 10 December 1982, Article 2 (1).

19) See Article 2 of the Agreement on straddling stocks of 4 August 1995.

20) See document of DOALOS of the United Nations A.Conf.164 / I.NF5. 2.1)

21) Article 117 of UNCLOS

22) Article 118 of UNCLOS

23) See, R. Casado Raigon, "Implementation of the provisions on high seas fisheries of the United Nations Convention on the Law of the Sea", *Maritime Spaces and Resources (ERM)*, 1994, No. 8, P.214.; Mr. Savini, "the regulation of fishing on the high seas by the General Assembly of the United Nations. About Resolution 44/225 on Large Drift Gillnets ", *AFDI* 1990, p.777.

24) In particular national legislation giving effect to the provisions of UNCLOS as well as acts enacted by international and regional organizations

13. In addition to these instruments, there are other specialized multilateral conventions dealing with various maritime activities within the framework of the International Maritime Organization (IMO), fisheries (FAO) or underwater resources (UNESCO). Moreover, other agreements deal with the most diverse matters of the law of the sea. One can mention: The United Nations Convention on the Conditions of Registration of Ships of 7 February 1986²⁶ The Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against Maritime Navigation of 10 March 1988; The United Nations Convention on the Arrest of Ships of 12 February 1999; The Abidjan Convention on Environmental Protection of 23 March 1981; the Oslo Operations Convention of February 1992 and the Barcelona Convention on the Protection of the Marine Mediterranean Agreement of 10 June 1995²⁷. Alongside these multilateral conventions, there are numerous bilateral conventions giving effect to the provisions of the Convention, in particular in the field of maritime delimitation.

25) Among the important conventions adopted within the framework of IMO are the SOLAS Convention and its amending protocols; The MARPOL Convention (1973/1978); The Inmarsat Convention (1976) and the SAR Convention of 1979. See, G. Librando, "The IMO and the Law of the Sea", in D.J. Attard (General Editor), *the IMLI Manual on International Maritime Law*, Vol. 1: The Law of the Sea, Oxford University Press, 2014, pp.577-605. For UNESCO, the Convention on the Underwater Cultural Heritage of 2001, see T. Scovazzi, "Protection of underwater cultural heritage: the UNCLOS and 2001 UNESCO Convention", *IMLI Manual op.cit.* Pp.443-461.; As for FAO, let us recall the 1993 Compliance Agreement and the 2009 Port State Measures. See Basic Documents op.cit. [Note 15] Nos. 54 and 65.

26) This Convention is not yet in force.

27) See Basic Documents cited above [Note 15] for these various Conventions.

By and large, many maritime boundaries in the world are not delimited. The total number of potential maritime boundaries is 420²⁸ and there are about 200 delimitation agreements to day. That is to say, That to law of maritime future.

14. Subsequently, the second important source is international customary law. By "asserting that matters not regulated by the Convention will continue to be governed by the rules and of international law³⁰, the Convention acknowledges the important role of law; born from its use and practice. It was intended to secure international navigation and gave rise to important notions that nowadays compose the legal system: internal waters; territorial sea; high seas, freedom of the seas; exclusive jurisdiction of the flag State; Historic bay, universal jurisdiction in the fight against piracy. This customary law was practiced until the middle of the twentieth century, when the codification of the law of the sea began, which also proved to be a creation work. Its importance is renewed: "especially with respect to those

areas of convention law which are not clearly articulated in the existing treaties or in areas where State practice may have extended the application of some of the treaty provisions³² in the treaties or in areas

The ICJ has recognized this phenomenon in many of these decisions³³ and in particular those relating to maritime delimitation³⁴

28) See, US Dept Of State, Bureau of Oceans and International Environment and Scientific Affairs, Limits in the Seas, No. 108, 1st revision, Maritime Boundaries of the World, 1990, 2.

(29) See the five volumes of J.L. Charney and L.M. Alexander, International Maritime Boundaries, The American Society of International Law, Nijhoff Publishers, 1993, 1998, 2002, 2007 and the three DOALOS volumes on "Maritime Delimitation Agreements", As well as volume 5 of Maritime Boundaries: World Boundaries, edited by Gerald H. Blake, Routledge, 2002.

30) Preamble of UNCLOS dated 10 December 1982.

31) See, R. Rothwell and T. Stephens, The International Law of the Sea, op. Cit [Note 16], p.22.

32) *Ibid.*

33) See, for example, the delimitation of the maritime boundary in the Gulf of Maine region (Canada / United States), Rec ICJ 1984, p. 246,

§§ 79-96; Case concerning the Continental Shelf Libya / Malta, Rec. ICJ. 1985, p. 13, §§ 26-34.

34) See Tafsir Malick Ndiaye, "The Judge, maritime delimitation and the Gray areas" op. Cit [Note 9]. See also, Continental Shelf Affairs in the North Sea, (FRG / Denmark) and (FRG / Netherlands), Rec ICJ 1969, p. See also, Dispute concerning the delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Gulf of Bengal (Bangladesh / Myanmar) before the International Tribunal for the Law of the Sea, Judgment of 14 March 2012, paragraph 183.

15. The importance of international customary law and its relationship with UNCLOS are recalled in the most diverse legal instruments³⁵ and this synchronous relationship of the two sources, in a rapidly changing law such as the law of the sea, is of prime importance. Then, we have the jurisprudence and the doctrine as other important sources of the law of the sea.

As E. Jouannet states:

« Comment ne pas souligner...l'apport de la CIJ dans la consolidation des règles coutumières sur le droit de la mer, de même qu'inversement dans le rejet de certains principes du domaine de la coutume ? L'ensemble de ses arrêts consacrés à ces questions en est une parfaite illustration³⁷».

It appears that the fundamental role in the formulation of the legal rules and principles governing the law of maritime delimitation, lies with international Courts and Tribunals - which define and specify them - rather than the States practice. With regard to the doctrine, its role although sometimes discussed has never been undermined in the field of the law of the sea.

35) See, for example, the UNESCO Convention on the Underwater Cultural Heritage of 2001 (Article 3); The 1993 FAO Agreement on Compliance (Preamble); The FAO Code of Conduct for Responsible Fisheries of 1995 (Article 3.1), the International Plan of Action for 2001 IUU fishing (Article 10), or the FAO Port State against IUU fishing (Preamble).

36) See Tafsir Malick Ndiaye, "The Judge, maritime delimitation ..." op. Cit [Note 9], p. 2.

37) E. Jouannet, "Droit non écrit", Denis Alland (dir.) Droit International public, Paris, PUF, 2000, Col. Droit fondamental, p. 289

"There have been few other bodies of international law influenced by the views of publicists as the law of the sea and the ongoing influence of Grotius is evidence of this phenomenon³⁸

16. Finally contemporary international law, and in particular the law of the sea, is influenced by non-binding legal instruments which are of the highest importance, and which are exhortatory or recommendatory. The resolutions of the plenary assemblies of international organizations play a leading role in that they draft the laws of the future³⁹. Some of them can be seen as the founding acts: the right of peoples to self-determination (resolution 1514 (XV)); the peaceful use of the seabed and its subsoil (resolution 2574 D (XXIV))⁴⁰, Declaration of Principles of the Seabed and its Subsoil and the Limits of National Jurisdiction (resolution 2749 (XXV)) which proclaims the common heritage of humanity symbolized by Part XI of UNCLOS, agenda 21 adopted in 1992 with its chapter 17 on the protection of the oceans⁴²

17. At FAO, two non-binding instruments are of particular attention. These are on the one hand the Code of Conduct for Responsible Fisheries⁴³ and the International Plan of Action to Prevent, Combat and Eliminate IUU Fishing⁴⁴. For the IMO, the Code of Conduct for the Suppression of Piracy⁴⁵

18. It may be noted from the foregoing that the normative system of the law of the sea is very rich and varied in a rapidly changing envi-

38) V. R. Rothwell et al. Op. Cit. [Note 31] p.24,

39) See, JP Pancraccio, Law of the Sea, Précis Dalloz 2010, 1st edition, where the author explains, p.54 "It will be observed that in those areas where the legal principles which constitute the framework of a right future are still little fixed, unstable, discussed, the least restrictive forms or instruments will be chosen. Thus, the resolutions of the General Assembly of the United Nations, which have no binding legal force for States, are more likely to intervene in sectors where the international community is in the process of defining the essential concepts of the subject matter and than its basic rules".

40) (40) Basic Documents N° 16.

41) (41) Basic Documents N° 17.

42) (42) Basic Documents N° 48.

43) (43) Basic Documents N° 58.

44) (44) Basic Documents N° 67.

45) (45) Basic Documents N° 90.

ronmenL That is whv t his legal system faces many challenges stemming from the approach adopted by UNCLOS itself, which is to share the ocean between the States of the world. The Convention determines, for each zone, its spacial limit and the regime applicable, i.e. The rights and obligation of different category of States. The preference granted to the zonal approach is due due to the Irriportance given to the claims of COJstal States and nuanced so!ut îons necessary to reconcile the d ai m s with the Interest of other States. The great weakness of the zonal approach lies in the divergence between nature and The extent of coastal States over mJntlrne areas essence, defined according to the criterion of distance without taking into account the intinsic nature of the ocean and the bio!ogical or non -biological resources that lie thereirL [See articles 3, 33, 57, 76 para. 1]. The main challenge here is the completion of the sharing (1). And since "only the charge is constant"⁴⁶ new problems have arisen whiche unknown at the tirne of the drafting of the Convention or which cannot be deait with solely on the basis of the Convention. This creates new challenges (II) that can open up new prospects for the law of the sea.

(46) This maxim is given to Buddha

I. CURRENT CHALLENGES: THE COMPLETION OF THE SHARING

19. The Convention shared the oceans all the States of the world and allocating maritime spaces among the various categories of countries. However, its implementation reveals that the rough edges are stubborn. The fundamental task for States to undertake, under the Convention is therefore to complete and finalise the process of delimitation of maritime areas in such a way as to have an effective of the method of allocation adopted by the Convention - the so-called zonal approach, which seeks to reconcile the demands of some with the interests of others - and to enable good governance of the seas and oceans. This zonal approach determines for each zone its spatial limits and the result, that is to say the rights and obligations of the different of State. The areas in question are: the territorial sea; The contiguous zone; Archipelagic waters; The exclusive economic zone; The continental shelf; The high seas; The international seabed area; internal waters; The archaeological zone and the historic bays. We have three different challenges here, first, tasks to be undertaken on the ground of the prescriptions of the UNCLOS. Second, Outstanding tasks are made of problems which were not apparent when the Convention was negotiated. And Third, problems relating of fundamental changes of circumstances.

20 This process relates to delimitation of maritime spaces between with adjacent coasts and the determination of the outer limit of the continental shelf beyond 200 nautical miles. This generates four forms of delimitation: unilateral delimitation (A), conventional delimitation (B), jurisdictional delimitation (C) and the determination of the outer limit of the continental shelf beyond 200 nautical miles or delineation (D)

A. THE UNILATERAL DELIMITATION

21. The unilateral delimitation concerns the separation of the national territory from an international space. It applies to areas under the jurisdiction of the coastal State: international, territorial sea, continental shelf and exclusive economic zone. The delimitation of such areas is the exclusive competence of the coastal State. However, it still has an in-

ternational aspect⁴⁷ The question of internal waters, which is absent from treaty law, deserves to be clarified. The same applies to criteria relating to the single dividing line⁴⁸. In the maritime delimitation, coastline, baselines, islands, shoals and other geographic or geodetic factors play an important role⁴⁹

47) As the ICJ states, "while it is true that the act of delimitation is necessarily a unilateral act because the riparian State alone has the capacity to do so, on the other hand, the validity of the delimitation with regard to States Thirds is a matter of international law", *Anglo-Norwegian Fisheries Affairs*, Judgment of 18 December 1951, Rec.1951, p.132. This recalls the regime applicable to nationality. "It does not depend either on the law or on the decisions of a State to determine whether that State has the right to exercise its protection in the case in question", ICJ, *Nottebohm second phase*, 1955, p. 20, "because international law leaves it to each State to regulate the attribution of its own nationality". *Ibid.* P.23, On the other hand, the internal validity of nationality is the first condition of its international validity. Indeed, insofar as international law recognizes the exclusive competence of States in the determination of nationality, it subordinates to its own requirements its effectiveness in the international order. That is why the challenge by a State of an act of nationality does not invalidate it but makes it unenforceable. As Brownlie remarks, "Nationality is a problem, *inter alia*, of attribution, and regarded in this way resembles the law relating to territorial sovereignty. National law prescribes the extent of the territory of a state, but this prescription does not preclude a forum which is international law from deciding questions of title in its own way, using criteria of international law", 1. Brownlie, *The Relations Of Nationality in Public International Law*, BYBIL, 1963, p. 290-291.

48) Like the Comment Y. Tanaka referring to the 1958 and 1982 Conventions on the Law of the Sea, "These treaties contain no provision with regard to the delimitation of internal waters, Case of a bay with several riparians. In addition to this, the single maritime boundary, which would delimit the continental shelf and the EEZ / fishery zone (FZ) by one line, is at issue. Considering that the factors to be taken into account may be different for the seabed and superjacent waters, it seems possible that the delimitation line of a continental and an EEZ / FZ would differ as well". Y. Tanaka, *International Law of the Sea*, Second Edition, Cambridge University Press, 2015, p.198.

49) V.T.M. Ndiaye, "The Judge and the Maritime Delimitation: Instructions for Use", *Governing Ocean Resources, New Challenges and Emerging Regimes*, a tribute to Judge Choon-Ho Park, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 139-161; Spec. P.145-147.

These various factual data make it possible for the State to determine the spatial basis for the exercise of its jurisdiction over maritime areas⁵⁰. Which means:

" the legal link between the territorial of the State and its certain adjacent maritime areas is established through its coasts. The notion of adjacency as a function of distance rests entirely on that of the littoral and not on that of the land mass ⁵¹

22 It appears that the determination of the relevant coast and its configuration (presence of islands, and other geographical factors) constitute a circumstance of particular importance in maritime delimitation. The entitlement of a State is based upon the areas to be delimited. As indicated by the ICJ, the title of a State on the Continental and exclusive economic zone is based on the principle that land dominates the sea because of the projection of coastal facades ⁵²

23. Land is the legal source of the power that a State can exercise in maritime extensions. Besides, it is the coast of the territory of the State that determines the entitlement on the submarine areas bordering the coast ⁵⁴. The role of the relevant coasts may have two distinct but related legal aspects in the context of the delimitation of the continental shelf and the exclusive economic zone.

50) The ICJ states in the North Sea Continental Shelf case, para, 96: "... the principle that land dominates the sea is applied; It is therefore necessary to look closely at the geographical configuration of the coasts of the countries whose boundaries the Continental Shelf should be delimited.

51) V. ICJ, *Libya v Malta*, judgment of 3 June 1985, paragraph 119 states: "The rights which a State may claim to have over the sea relate not to the extent of its territory behind its coasts, but with these coasts and with the way they border this territory, A State with a small area of land can claim to maritime territories much larger than a large State. It all depends on their respective sea frontages and how they present themselves".

52) See, case concerning the maritime delimitation in the Black Sea, (*Romania v, Ukraine*), Judgment of 3 February 2009, Rec, ICJ, 2009 para, 77, (S3)

53) ICJ, case concerning the Continental Shelf in the North Sea, rec. 1969, judgment of 20 February 1969, paragraph 51. (S4)

54) ICJ, Continental Shelf case (*Tunisia C Libya*) Judgment of 24 February 1982, paragraph 73, (55)

First, it is necessary to identify the relevant coast in order to determine, in the specific context of a case, the overlapping claims in those areas since the object of each delimitation is to resolve the problem of overlapping claims by drawing a divisive line of separation between the maritime spaces concerned.

24. Secondly, the relevant coasts should be identified for verification of any disproportion between the ratios of the coast lengths of each State to that of the maritime spaces located on either side of the delimitation line⁵⁵. Proportionality is the criterion for verifying the fairness of a delimitation. It looks at the length of the relevant coast or the composing elements of the area of the maritime zones to be allocated to each State⁵⁶

55) See the case concerning delimitation in the Black Sea, op.dt [Note 50], paragraph 78, also T.M. NDIAYE op.dt [Note 49], p 149 (S6)

56) The International Court of Justice has sometimes found it difficult to determine the relevant coasts. In the case of *Libya v. Malta* states: "... in the opinion of the court, no principled reason precludes the use of the proportionality test in much the same way as in the case *Tunisia / Libya*, which consists of determining the "relevant coasts", calculating the arithmetic ratios between the lengths of coast and the allocated areas and finally comparing these ratios in order to ensure the fairness of a delimitation between coasts facing each other as well as between adjacent ribs. But in this case, some practical difficulties may well make the test inappropriate in this form. These difficulties are particularly evident in the present case where, to begin with the geographical context, the margin of determination of relevant coasts and relevant areas is so wide that virtually any variant could be adopted; ; Then the area to which the judgment will in fact apply is limited by the existence of the claims of third States. It would be illusory to apply proportionality only to the areas within those limits; (...)", *Aff. Of the Continental Shelf Libya / Malta*, op.dt. (See footnote S above), para. 74. On the other hand, the primacy of coastal geography in terms of delimitation is a constant jurisprudence: "it is necessary to take a close look at the geographical configuration of the coasts of the countries whose continental shelf must be delimited", *Aff. Of the Continental Shelf in the North Sea*, op.dt. Paragraph 96; "The method of delimitation to be adopted must be in relation to the coasts of the parties actually bordering the continental shelf", *Case of the Delimitation of the Continental Shelf (United Kingdom, C. France) 1977*, RSA, Vol, XVIII, 130, 240; "A line of delimitation to be drawn in a given area is a function of the configuration of the coasts", a case concerning the delimitation of the maritime boundary in the Gulf of Maine region (*Canada C. United States of America*) 1984, Rec. ICJ 1984, p.246, para. 205.

25. As to the baselines, they are established in the Convention and make it possible to measure the breadth of the areas under national jurisdiction: territorial sea, contiguous zone, exclusive economic zone and continental shelf. Their route method and the "straight baselines" method.

26. According to article 5 of the Convention:

"Unless otherwise provided for in the convention the normal baseline from which the breadth of the territorial sea is measured, is the low-water mark along the coast, as shown on the large-scale charts officially recognized by the coastal State⁵⁷ "

In the case of straight baselines⁵⁸ their use implies the existence of an indented and cut away coast or the presence of a string of Islands along the coast or in the immediate vicinity of the coast, The course of the lines must not deviate appreciably from the general direction of the coast, and the breadth of the sea below the straight lines must be sufficiently connected with terrestrial domain to be subjected to the regime of internal waters.

27. These straight baselines may not be drawn to or from low-tide elevations unless lighthouses or similar facilities have been constructed or the alignment of such straight baselines has gained International recognition

28. Moreover, these lines cannot be drawn in such a way that the territorial sea of another State is cut off from the high seas or from an exclusive economic zone. Under Article 14 of the Convention the coastal State may, depending on the situation, establish baselines in accordance with one or more of the methods provided for in the preceding

57) Articles 5, 7, 9-11, 13-14 and 16 lay down the rules for the drawing of baselines for measuring the breadth of the territorial sea. Nevertheless, the lines specified in these provisions also make it possible to measure the width of the other spaces under the jurisdiction of the coastal State. The contrary provision referred to in Article 5 concerns: reefs, straight baselines, mouths of rivers, bays, harbors and shallow shoals.; See, Robin Churchill, "Coastal Waters," The IMLI Manual on International Maritime Law, Vol. I; The Law of the Sea, General Editor David J. Atard, Oxford University Press, 2014, pp. 1-25.

58) Article 7 of the Convention

articles. It should also be noted that there is a need for advertising measures, in particular for straight baselines, their legal status and regime. The challenge facing States is the impact of sea-level rise on the baselines, given that between 2000 and 2009 this level rose more than the previous, 5000 years⁵⁹.

59) See J Attenhoffer, "Baselines and Base Points: How the Case Law Withstands Rising Sea Levels and Melting Ice" (2010) "[Http://www.asil.org/losreports](http://www.asil.org/losreports)" (2014); D. Freestone and J. Pe-thick, "Sea Level Rise and Maritime Boundaries" in G.H. Blake (ed.), *Maritime Boundaries*, Routledge (1994), 73; In the case, "The Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between the People's Republic of Bangladesh and the Republic of India, award of 7 July 2014", the Tribunal said, paragraph 399: "The Tribunal will first address the instability of the coast Of the Raimangal and Haribhanga estuary. It notes that the coast of Bangladesh is unstable. In coming to this conclusion, the Court is guided by the documented changes in the form and form of some formations in the Raimangal estuary. South Talpatty / New Moore Island is one example. The Tribunal does not consider it necessary, however, to go into any detail on this issue, since it does not consider this instability to be a circumstance that would justify the adjustment of the provisional equidistance line in the delimitation of the exclusive economic zone and continental Shelf. This Decision of the International Court of Justice in the Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, ICJ Reports 2007, p. P.745, para. 281). That judgment considered the instability of a coast with respect to 116 whether the establishment of base points was feasible. Moreover, as this Tribunal has emphasized in respect of the territorial sea (see paragraphs 214-219, 248 above), only the present geophysical conditions are of relevance. Natural evolution, uncertainty and lack of predictability as to the impact of climate change on the marine environment, especially the coastal front of States, make all predictions concerning the amount of coastal erosion or accretion unpredictable. Future changes of the coast, including the consequences of climate change, cannot be taken into account in adjusting a provisional equidistance line»

B.CONVENTIONAL DELIMITATION: BILATERAL AGREEMENTS

29. The delimitation of maritime spaces between neighbors is of great importance in that it confers stability and permanence in their mutual relations. It happens that many maritime borders in our world are not delimited. The total number of borders Maritimes is 420⁶⁰ and there are only about 200 delimitation agreements to day, most of which have come into force⁶¹. This also means that the process has not been completed, especially since the existing delimitation agreements cover scarcely all maritime space. They relate mostly to the continental shelves and let indeterminate the other spaces; hence the recent tendency to establish single divisive lines embracing all areas under national jurisdiction. This is a major challenge in the years to come.

30. The conventional delimitation derives from a prescription of the Convention, which provides that any delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf must be effected by agreement. Articles 15, 74 and 83 of UNCLOS deals respectively with the delimitation of the territorial sea, the exclusive economic zone and the delimitation of the continental shelf. Article 15 of UNCLOS provides:

“When the coasts of two States are adjacent each other, neither of them shall be entitled, unless otherwise between to extend its territorial sea beyond the median line, all bridges of which are equidistant from the points nearest to from baselines from which the breadth of the territorial sea of each of the two States is measured ”.

31 However, this provision shall not apply where, to the existence of historical titles or other special circumstances, it is necessary to delimit the territorial sea of the two State', otherwise. Articles 74 and 83 of UNCLOS have identical wording and provide:

“1.The delimitation of the economic zone the continental between

60)See, US Dept. Of State, Bureau of Oceans and International Environment and Scientific Affairs, Limits in the Seas, No. 108; 1st revision, Maritime Boundaries of the World, 1990, 2.

61)The five volumes by J.L Charney and LM. Alexander, International Maritime Boundaries, The American Society of International Law, Nijhoff Publishers, 1993, 1998, 2002, 2007; And the four volumes published by DOALOS on "Maritime Delimitation Agreements", as well as volume S of Maritime Boundaries: World Boundaries, edited by Gerald H. Blake, Routledge, 2002. These books provide an insight into the «State of interstate practice.

n State:, whose coasts are adjacent or facing each other shall be effected agreement in accordance with international law as referred to in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice in order to achieve at an equitable solution.

2. If they do not reach an agreement within a reasonable time, the States concerned shall have recourse to the provided for in Part XV.

3. Pending the conclusion of the agreement referred to in paragraph 1, the interested States, in a spirit of understanding and cooperation, shall endeavor to conclude provisional arrangement of a practical nature and not to jeopardize or obstruct during this transitional period, the conclusion of the final agreement. The provisional arrangements shall be without prejudice to the final delimitation.

4. Where an agreement is in force between the interested States, questions relating to the delimitation of the economic zone (of the continental shelf) shall be settled in accordance with that agreement⁶²

62) With regard to the delimitation of the exclusive economic zone compared with that of the continental shelf, see: International Court of Justice: Continental Shelf case (Tunisia / Libya), Judgment of 24 February 1982; The case of maritime delimitation in the area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway), Judgment of 14 June 1993; Case concerning delimitation and territorial questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain) Judgment of 16 March 2001; Case concerning the land and sea boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria) Judgment of 10 October 2002; Dispute concerning the delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Gulf of Bengal (Bangladesh / Myanmar), International Tribunal for the Law of the Sea, Case No. 16, Judgment of 14 March 2012

32. States practice relating to the delimitation of the EEZ and the continental shelf is disparate. The delimitation agreements provide very little information on the principles and methods States in their negotiation to establish the delimitation line adopted⁶³. This practice could not be imposed on the customary basis. Indeed, the examination of the disputes over maritime delimitations shows that conventional requirements hardly occupy the central place that one was entitled to expect from them. As one author notes:

" In the drafting of these provision, there was disagreement between the supporters of equidistance » and the supporters of ({ equitable principles. The confrontation between the two groups was also linked to another difficult issue concerning peaceful settlement of disputes. Whilst the supporters of "equidistance" were, as part of the package, in favour of establishing a compulsory, system for the settlement of delimitation disputes, the supporters of "equitable principles" generally rejected the idea of compulsory judicial procedures" ⁶⁴ .

33. It was on this basis that Articles 74 and 83 were designed as an escape route that can never aspire to be a completeness. These provisions do not refer to a method of delimitation but merely states that delimitation must result in a fair result ⁶⁵, and the evocation of the status of the ICJ is not a source of clarity. It is none the less true that the delimitation agreements are objective in nature, that is to say they are opposable erga omnes and in the case of succession of State, they are binding to the suc-

63) See V. Leanza and M.C. Caracciolo, "The Exclusive Economic Zone" in the IMLI Manual op. Cit. [Note 11] pp.177-216; "Many of the international bilateral agreements do not deal specifically with the delimitation of this area, but they do delimit the seabed and subsoil marine and the water column. These agreements can be divided into three groups depending on their approach to the issue of delimitation: the first group, certainly the most numerous, uses the delimitation method of the median or equidistance; [...] the second group merely provides that the delimitation should be made in accordance with international law [...] another group establishes directly the geographical coordinates, without indicating which method was used in the delimitation, or resorts to methods other than that of the median Or equidistance "p. 205.

64) V. Tanaka op. Cit. [Note 48), p. 200-201; See also, Virginia Commentaries, Vol li, Dord recht, Nijhoff. 1993, p. 796 - 819. See also, M.D. Evans "Maritime Boundary Delimitation" Oxford Handbook of the Law of the Sea, Oxford University Press, 2015, p. 2S4-279.

65) According to the International Court of Justice "... delimiting with concern for achieving an equitable result, as required by international law in force, does not amount to delimiting inequity [which] is not a method Delimitation but only an objective which should be borne in mind when carrying out that purpose ". Case concerning land and sea boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria) Judgment of 10 October 2002, paragraph 294.

cessor at the time territorial transfer. Thus the principle of *uti possidetis* has been the latin American states as soon as their independence was proclaimed in the 19th century This principle has been received in Africa as the "intangibility of frontiers"⁶⁶.

It appears, however, that the fundamental role in the for formulation of the legal and principles governing the law of maritime delimitation lies with the International Court and the arbitral tribunals. The latter apply the rules indicated by the Court, while at the same time bringing some innovations which are taken up by the Court, enabling a mutual enrichment. International Courts and Tribunal have thus made it possible to develop the law of maritime delimitation.

66) See the Cairo Declaration of 21 July 1964, see also ICJ, case of the border dispute between Burkina Faso and Mali, ICJ 1986, p. 566, para. 23.

C. DELIMITATION BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS

35. UNCLOS provides that if they fail to reach an agreement within a reasonable time, the interested States shall resort to the procedures provided for in Part. Jurisdictional delimitation most often results from the failure of negotiations in the determination of the maritime boundary between two States.

36. Moreover, the existence of exclusive economic zones and the of technologies for the exploration and exploitation of mineral resources have made the delimitation of maritime areas a major problem of modern times. In particular:

"The recourse to ICJ in matters of maritime delimitation is an element of the general requirement for authoritative settlement of maritime boundaries, whether agreement, arbitration or judicial award; and this in turn is a function of the increased possibilities of extraction of the mineral resources of the seabed⁶⁸"

37. One should note the tendency of States to prefer the bilateral approach to delimitation issues even if they are in a geographical situation with several States. Most of the delimitation agreements are bilateral agreements and most of the proceedings are instituted by the notification of a special agreement even in circumstances where the judge or the arbitrator must take due account of the right of third parties, like in the case of non-intervention⁶⁹.

68) H. Thirlway "recent trends and challenges of the ICJ Jurisprudence", Japanese Yearbook of International Law vol. 55, 2012, p. 4-30, spec. P.8.

69) Ibid. P.9 in the case of intervention in the matter, rather an opposition of one or both parties was observed. This confirms the bilateral approach chosen by the States.

38. The delimitation presupposes knowledge of the entitlements of the two Parties in the interested area. Thus, the first issue to be considered by the judge is whether the parties have competing entitlements on the space to be delimited⁷⁰. The problem of the dividing line in overlapping maritime areas has been the subject of a voluminous dispute with regard to the EEZ. Moreover, the continental shelf beyond 200 nautical miles has grown and has increased the interest of States with submissions made to the Commission on the limits of the continental shelf and the shift in jurisprudence observed over the last few decades.

39. Maritime delimitation has in fact produced more cases than any other subject of international law, whether at The Hague Court, before the arbitral tribunals and today before the International Tribunal for the Law of the Sea and The Tribunals, annex VII of UNCLOS. In this way, it appears that the fundamental role in the formulation of rules and principles governing the law of maritime delimitation lies with International Courts and Tribunals rather than with interstate practice⁷².

70) In the case of the territorial and maritime dispute (Nicaragua v. Colombia), judgment of 19 November 2012, Rec. ICJ, 2012, p.624, para. 141, the Court said: "The Court will therefore begin by defining the relevant coasts of the parties, namely those overlapping projections, the delimitation of resolving the question of overlapping claims by tracing a line of separation between the maritime spaces ". It will point out in the case of the Continental Shelf Tunisia / Libya, Rec.1982, p.61, paragraph 73: "It is the coast of the territory of the State which is decisive for creating the title over the sub-seas along this coast ".

71) T.M. Ndiaye op. Cit. [Note 49], p.140.

the relationship between the Continental Shelf and the Exclusive Economic Zone on the resources of the seabed and subsoil. Rights on the continental shelf are inherent, due to the legal regime while the EEZ must be claimed and its creation proclaimed by the State⁷².

As Y. Tanaka remarks

« Considering that the factors to be taken into account may be different for the seabed and superjacent waters, it seems possible that the delimitation line of a continental shelf and an EEZ/FZ would differ as well. A divergence of factors relevant to the seabed and superjacent waters may entail the risk of creating two competing lines dividing coincident areas and create a situation in which part of the EEZ belonging to one state may overlap part of another state's continental shelf. Such a situation would give rise to complex problems relating to jurisdiction⁷³.”

41. Another difficult problem relates to the title to the continental shelf comprising, according to the UNCLOS, the seabed and its subsoil beyond its territorial sea, throughout the natural prolongation of the land territory of that State to the outer edge of the Continental limit, or up to 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured, when the outer edge of the continental margin is at a lower distance. In other words, the title to the continental shelf is based both on the criterion of the distance and on that of the natural prolongation. This, especially since UNCLOS allows the coastal State to fix the outer limit of its continental shelf when it extends beyond 200 nautical miles⁷⁴.

42. On the basis of the previous considerations, the judge determines the method of delimitation and constructs the provisional equidistance line. He examines, if necessary, the relevant circumstances before verifying the absence of disproportion in accordance with the three-step paradigm that now appears as the solution to the maritime delimitation

72) See D. Attard, *The Exclusive Economic Zone in International Law*, Oxford University Press, Oxford 1987; F. Orrego Vicuna, *The Exclusive Economic Zone*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

73) Y. Tanaka *op. cit.* [Note 48] p.198. The author explains: "The institution of the EEZ includes seabed where the EEZ is established [LOSC, art.56 {1}]. Accordingly seabed is no longer the continental shelf, but the seabed of the EEZ. Thus, theoretically, such a single maritime boundary becomes simply the boundary of the EEZ. Strictly speaking, the expression of "a single maritime boundary between the continental shelf and the EEZ might be questioned". *Ibid.* Footnote n ° 04.

74) UNCLOS, s. 76 paras. 2-7, see *Nicaragua v. Colombia op. cit.* [Note 24] para. 121.

dispute. In fact, since the Continental Shelf case in the North Sea, some twenty delimitation cases have been submitted to international jurisdictions and most of the judgments or sentences have been rendered.

43. At the beginning, the jurisprudence concerned delimitations of continental shelves. Nowadays, jurisdictions are called upon to determine maritime boundaries with a single line dealing with all maritime spaces. Indeed, the very difficult legal issue that arises is whether or not the line of the continental shelf should be granted to the water column. *This is the challenge faced by International Courts and Tribunals*. In the case of maritime delimitation in the Black Sea, the ICJ stated that:

"Paragraphs 4 of articles 74 and 83 of the UNCLOS are relevant to assess Romania's position that the instruments of the year 1949 have established, around the Snake Island a boundary delimiting the exclusive economic zones and the continental shelf beyond of point 1.(...) it is clear from the practice of States that a new agreement is necessary for a chosen line to be used to delimit another. This is usually the case when States agree to use the line delimiting their continental shelf to mark the boundaries of their respective exclusive economic zone⁷⁵ ».

75) Case concerning the maritime delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine) Judgment, ICJ Reports 2009, p. 61, para. 69.

44. It should also be noted that maritime delimitation proceedings have been introduced on the basis of compulsory jurisdiction, i.e. on the basis of compulsory procedures resulting in mandatory decisions, in accordance with Part XV of UNCLOS. Therefore, four cases have been submitted to the arbitral tribunals of Annex VII: *Arbitral Tribunals: Barbados v. Trinity and Tobago*; *French Guiana v. Suriname*; *Bangladesh v. India* and *Philippines v. China*.

D. THE DELINEATION:

45. The purpose here is to determine the outer limit of continental shelves extending beyond 200 nautical miles⁷⁶, also called delineation. Under the UNCLOS⁷⁷, Continental shelf of a coastal State includes the seabed and its subsoil beyond its territorial sea, over the whole extent of the natural prolongation of the land territory of that State to the outer edge of the continental margin, or up to 200 nautical miles of the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured, when the outer edge of the continental margin is at a lower distance.

46. There are three important elements in these provisions. First, the distance of 200 nautical miles of the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured. Then, the concept of the natural prolongation of the territory of the coastal State, and finally the outer edge of the Continental margin. Where the outer edge of the continental margin extends beyond 200 nautical miles, the outer limit of the continental shelf shall be determined on the basis of the Paragraph 4 of Article 76, which resorts to geomorphological criterion. On the basis of geological data and the shape and contour of the undersea topography, geomor-

76) See V. Marotta Rangel, *The Continental Shelf in the 1982 Convention on the Law of the Sea*, RCADI, 1985 - V, volume 194, pp. 342-364; L. Lucchini, "Article 76 of the United Nations Convention of 10 December 1982 on the Law of the Sea" in *The Continental Shelf extended under the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982. Optimization of demand*, INDEMER, Paris, Pédone, 2004, pp.9-29; R. Churchill and V. Lowe, *The Law of the Sea*, 3rd ed. Manchester University Press, 1999; D. R. Rothwell and T. Stephens, *The International Law of the Sea*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010, p. 98-119.

77) Article 76 (1).

phological criterion arises logically from the notion of natural prolongation of the territory of the coastal State⁷⁸. The geomorphological criterion gave rise to the Irish amendment which combines two methods, allowing the coastal State to have criteria for determining the edge of its continental margin: this is on one hand, the Gardiner formula and the Hedberg Formula, on the other. In this way, article 76 of the UNCLOS uses geomorphological concepts - Gardiner and Hedberg formulas - to determine the outer edge of the Continental shelf beyond 200 nautical miles.

47. The Gardiner formula refers to the thickness of sedimentary rocks. It is stated in article 76, Paragraph 4 (a) (i) which provides:

"(...) the coastal State defines the outer edge of the continental margin when it extends beyond 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured, by:

i. A line drawn in accordance with paragraph 7 with reference to the extreme fixed points where the thickness of the sedimentary rocks is at least one-hundredth of the distance between the point and the foot of the continental slope".

78) See V. Marotta Range! op. Cit. [Note 76] p.348; H. Hed berg, "Relation of Political Boundaries on the Ocean Floor", Virginia Journal of International law, 1976, pp.S7-75.

This formula has an intimate connection with the criterion used to assess the presence or absence of hydrocarbon resources⁷⁹.

The Hedberg formula relates to the 60 nautical miles at the foot of the continental slope. For the purposes of the Convention,

"The State shall define the outer edge of the continental margin when it extends beyond 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured, by (ii) a line drawn in accordance with paragraph 7 with reference to fixed points not more than 60 nautical miles from the foot of the continental slope⁸⁰».

In the absence of evidence to the contrary, the foot of the continental slope coincides with the most marked break at the base of the slope⁸¹.

48. Moreover, the coastal State determines the outer limit of its continental shelf by linking a length of lines, not exceeding 60 nautical miles from the fixed points defined by longitude and latitude coordinates 82 • It may choose between the Irish and Hedberg formulas, the one which appears to him the most favorable. However,

"The fixed points that define the marked lines on seabeds, the outer limit of the continental shelf, drawn according to paragraph 4 (a) (i) and (ii), shall be located at a distance not exceeding 350 nautical miles of the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured, or at a distance not exceeding 100 nautical miles from the 2,500 meter isobath which is the line connecting the points of 2500 meters of depth⁸³.

49. On an underwater ridge, paragraph 6 of Article 76 provides that the outer limit of the continental shelf shall not exceed a line drawn 350 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured. This paragraph does not apply to shoals that are natural

79) See Tanaka, op. Cit. [Note 48] p.135.

80} Article 76, paragraph 4 (a) (ii) of U NCLOS

81) Article 76, paragraph 4 (b) of UNCLOS

82) Article 76, paragraph 7 of U NCLOS

83) Article 76, paragraph 5 of U NCLOS

features of the continental margin, such as plateaux, Thresholds, ridges, benches or spurs.

50. The UNCLOS has established the Commission on the Limits of the Continental Shelf, a scientific and technical body prescribed by article 76, paragraph 8, and annex II of the Convention⁸⁴. Its task is to formulate recommendations on States' claims for the continental shelf beyond 200 nautical miles. The coastal State has sole competence to determine the outer limits of its continental shelf beyond 200 nautical miles. However, it must do so on the basis of the recommendations issued by the Commission. The Commission comprises 21 members, expert in geology, geophysics or hydrography, elected by the States Parties from among their nationals⁸⁵. The members of the Commission are elected for a term of five years.

84) A. de Marfly-Mantuano, "The Work of the Continental Shelf Limits Commission" in *The Extended Continental Shelf*, op.dt. [Note 76] pp.31-44; O. Roughton and C. Trehearne, "The Continental Shelf" in the *IMLI Manual on International Maritime Law, Vol. 1, the Law of the Sea* op.cit.pp.137-175, spec.pp.154-174. Paragraph 8 in fine of Article 76 states: "The Commission shall make recommendations to the coastal States on questions concerning the fixing of the outer limits of their continental shelf. The limits fixed by a coastal State on the basis of these recommendations shall be final and binding".

85) UNCLOS, Annex II, Article 2, paragraph

They are eligible for re-election. They shall not be instructed by any government or any authority external to the Commission and shall refrain from any action likely to adversely affect their image as a member of the Commission⁸⁷.

The Commission has two essential functions. On the one hand, to examine the data and other information submitted by the coastal States with regard to the outer limit of the continental shelf when that shelf extends beyond 200 nautical miles and submit recommendations in accordance with article 76, and the Memorandum of Understanding adopted on 29 August 1980 by the Third United Nations Conference on the Law of the Sea. On the other hand, at the request of the coastal interested States to issue scientific and technical advice for the establishment of the data⁸⁸.

51. The Commission functions through subcommittees composed of seven members appointed in a balanced manner taking into account the specific elements of each request submitted by the coastal State. Members of the Commission who are nationals of the coastal State that has submitted an application may not be members of the sub-committee examining the application⁸⁹. The subcommittee shall submit its recommendations to the committee, which shall approve them by a two-thirds majority of the members present and voting. These recommendations of the Commission are submitted to the coastal State which submitted the request and to the Secretary-General of the United Nations⁹⁰.

Due to the technical complexity of determining the outer edge of the continental margin and the limit of the continental shelf, the Commission adopted its Scientific and Technical Guidelines on 13 May 1999, which present themselves as an authorized exegesis of Article 76 of the UNCLOS.

86) UNCLOS, Annex II, Article 2, paragraph 4.

87) Rules of Procedure of the Commission dated 17 April 2008, CLS / 40 / Rev.1, Rule 11 (CLCS Rules of Procedure).

88) UNCLOS, Annex II, Article 3 (1).

89) UNCLOS, Annex II, Article 5. The same shall apply to a member of the Commission who has assisted the coastal State by providing scientific and technical advice on the route. *Ibid.*

90) UNCLOS, Annex II, Article 6.

52. As of 26 April 2016, seventy-seven applications were submitted to the Commission. It presented 24 recommendations to the coastal States concerned. It should be noted that when considering the applications submitted to it, the Commission decides on the validity of the outer limit of the continental shelf beyond 200 nautical miles; and it does so on a scientific and technical level. It shall refrain from interfering with pending maritime delimitation disputes. In that case:

"The Commission shall not consider the request made by the State party to the dispute and shall not take a decision on the request, except with the prior agreement of all States Parties to the dispute. Dispute ...⁹²".

The problem, therefore, is whether the international courts are equipped to deal with a delimitation of a continental shelf beyond 200 nautical miles.

91) See document CLCS / 11 (CLCS Scientific and Technical Guidelines) adopted by the Committee on 13 May 1999 at its fifth session. The deadline for submission of applications is 10 years from the entry into force of the Convention for the State concerned. This time limit was extended on 29 May 2001 (see SPLOS / 72) and the possibility of submitting preliminary information on the outer limit of the continental shelf beyond 200 nautical miles was offered to coastal States [SPLOS / 183]. 20 June 2008. Concerning the interpretation and application of UNCLOS in the examination of applications - the Commission lacking legal experts - consideration was given to the possibility of establishing a mechanism for requesting an advisory opinion on Questions of interpretation of provisions other than Article 76 and Annex II of the Convention. However, the proposal was withdrawn and the Commission decided to consider this matter. See document CLCS / 74 of 30 April 2012 on the state of play of the work of the Commission [Address by its President]. See also A. G. Oude Elferink "The Establishment of Outer Limits of the Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles by the Coastal State: The Possibilities of Other States to Impact on the Process ", 2009, 241JMCL, p.535.

(92) See CLCS / 1 / 3, annex 1.

53. Although the determination of the outer limit of the continental shelf and the delimitation of the Maritime boundary are two different concepts, they have an intimate connection and most of the applications submitted to the Commission are related to a maritime boundary⁹³.

54. As noted by the ICJ, the procedure before the Commission aims at the delimitation of the outer limit of the continental shelf and, consequently, the determination of the extent of the seabed which is a matter for national legislation.

55. It is distinct from the delimitation of the Continental Shelf, governed by Article 83 of the UNCLOS, which shall be effected by agreement between the interested States or through recourse to dispute settlement procedures⁹⁴. The Convention makes a clear distinction between the delimitation of the continental shelf and the delimitation of its outer limit beyond 200 nautical miles.

56. The fact that the outer limit of the Continental Shelf beyond 200 nautical miles has not been established has not prevented the Tribunal from determining the existence of title to the Continental Shelf between the interested States. However, the Tribunal did not determine the outer limit of the Continental Shelf beyond 200 nautical miles. Rather, it extended the dividing line on this side. In this regard, the International Tribunal for the Law of the Sea established a precedent by recognizing itself as competent to delineate - not to draw the outer limit - the Continental Shelf between two States beyond 200 nautical miles in the case of Bangladesh / Myanmar in the Gulf of Bengal. It states:

93) B. Kwiatkowska, "Submission to the UN Commission on the limits of the Continental Shelf: The Practice of Developing States in cases of Disputed and unresolved maritime boundary delimitation or land disputes maritime --other gold, part one" (2013) 28 IJ MCL 219, 230; see also B. M. Magnusson "Is there a Relationship between the temporal and the Delineation Delimitation of the continental shelf beyond 200 Nautical Miles" (2013) IJ MCL 28, 465; Bjorn Kunoy "Delimitation of the year Indicative Overlapping area of Entitlement to the outer Continental Shelf" BYBIL, 2012, OUP, p. 61-81.

94) Question of the continental shelf delimitation between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the coast of Nicaragua (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, judgment of 17 March 2016, p.37, paragraph 112.

« décide qu'au-delà de cette limite de 200 milles marins, la frontière maritime se poursuit le long de la ligne géodésique, visée au paragraphe 5, qui commence au point 11 en suivant un azimut de 215° ; jusqu'à ce qu'elle atteigne la zone où les droits des Etats tiers peuvent être affectés⁹⁵».

57. The outer limit of the continental shelf beyond 200 nautical miles is attracting increasing interest due to the advancement of technology in the exploration and exploitation of mineral resources. It should be noted that the distinction between the delimitation of the continental shelf and its delineation, that is to say, the delimitation of its outer limit beyond 200 nautical miles, may open the way to the creation of what is known as the "Grey Area", the "Alta Mar" or the "Outer Triangle"⁹⁶.

95) Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh / Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012, p.4, paragraph 6; See also A. G. Oude Elferink, "ITLOS approach to the delimitation of the continental shelf beyond 200 Nautical Miles in the Bangladesh / Myanmar Case: Theoretical and Practical Difficulties" in contemporary Developments in International Law, Essays in Honour of Budislav VUKAS, Brill Nijhoff 2015, pp. 230-249; The author explains p.240 "The Court's starting points to the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles - that Article 83 of UNCLOS Does not make a distinction entre areas Within and beyond That distance - might at first sight to be beyond scem Reproach. The wording of the article is neutral in this respect. HOWEVER, Article 83 is silent on the content of the substantive rules to be Applied, aim only Refers to the result May require Applying different principles and rules within and beyond 200 nautical miles. Article 83 in so far not to provide the same delimitation methodology within and beyond 200 nautical miles "; See, in addition, B. KUNOY, "the admissibility of a plea to an international adjudicative forum to delimit the Outer Continental shelf prior to the adoption of final recommendations by the Commission on the Limits of the Continental Shelf" (2010) IJMCL, 237; R.R. Churchill, "The Bangladesh / Myanmar Case: Continuity and Novelty in the Law of Maritime Boundary Delimitation", (2012) 1 CJICL, 137; B. Magnusson op. Cit. [Note 93] P.465.

96) See Tafsir Malick Ndiaye, "The Judge, Maritime Delimitation and the Gray Areas", Indian Journal of International Law, 2016, Vol.56, [DOI: 10-1007 / s40901-016-0027-2].

58. In that zone a State may have sovereign rights over the continental shelf while another State has sovereign rights over the superjacent waters of the EEZ. In other words, one benefits from the oil while the other has the fish for him; thus making it necessary for States to cooperate in order to remove them from the difficulties associated with the exercise of their sovereign rights.

59. The Grey Area ⁹⁷ is:

« An area lying within 200 miles from the coast of one state, but beyond a maritime boundary with another state. One state is excluded from exercising jurisdiction in this area because it lies beyond the maritime boundary, and the other state is excluded from exercising 200-miles-zone jurisdiction because the grey area on its side of the boundary lies beyond 200 miles from its coast. The possibility of creating a grey area stems from the fact that there is a discrepancy between entitlement to the EEZ and the principle applicable to its delimitation. Entitlement to this zone is solely based on distance from the coast, but its delimitation between states can be affected on the basis of principles other than distance from the coast. This results in a line which reaches the outer limit of the EEZ at a point which is non-equidistant from the coast of the states concerned. If such a line is applied to limit the maritime zones of both states involved, a grey area is created»⁹⁸.

97) In the Rejoinder of the United States of America in the Gulf of Maine Case, Mr. Colson explains "The final preliminary outcome of geographical significance which we call deal - and then set aside - is the matter of the so-called gray Area. (...) Let us turn now to the four reasons we give to suggest that the gray area is not a matter of the chamber in the case. First, the gray area has been known to have been used for a long time. Second, the three United Nations Law of the Sea Conferences have paid no heed to the gray area issue. Third, State practice has not been concerned with this issue. And, fourthly, the parties have provided a means of dealing with the issue in the Special Agreement.

(...) Figure 109 of our presentation shows two charts - one of the Chile-Peru maritime boundary and the other of the Peru-Ecuador maritime boundary. (...) in the case of the boundary between Chile and Peru, the gray area created by the boundary measure approximately 7,800 square nautical miles. In the case of the boundary between Peru and Ecuador it is smaller, measuring about 400 square nautical miles (...). Kenya-Tanzania, Colombia-Ecuador, the Gambia-Senegal, Guinea-Bissau-Senegal, the northern boundary between Portugal and Spain, and Brazil-Uruguay. Accordingly, the fact that the United States is not the only country in the world, [...] The case of the Gulf of Maine case (Canada / United States of America), vol. VII {ICJ, Plaidoiries, Gulf of Maine case), which would be created by the United State line, is approximately 5,700 square nautical miles, Pp. 217-220. The judgment was delivered on 12 October 1984 by the Chamber constituted by an order of the Court of 20 January 1982. (Delimitation of the maritime boundary in the Gulf of Maine region, Judgment, ICJ Reports 1984 at 246) .

98) A.G. Oude Elferink, "Does Undisputed Title to a Maritime Zone Always Exclude its Delimitation: The Gray Area Issue," International Journal of Marine and Coastal Law, Vol. 13, No. 2, 1998, p. 143-192, spec. P.143.

60. The expression "Grey Area" reveals the uncertainties of its legal status. The gray area refers to a geographical area that is the subject of claims or claims that Overlapping and covering the exclusive economic zone, continental shelf or extended continental shelf of two or more coastal States. As a result, the Grey Area poses numerous legal problems relating to the principles applicable to delimitation with in and beyond 200 nautical miles; To the relationship between the rights and titles of the Exclusive Economic Zone and those of the continental shelf, and in particular whether or not to create such an area in the ab initio determination of the boundary or boundaries of the EEZ or the territorial sea¹⁰⁰.

99) See Shaun Lin and Clive Schofield, "Lessons from the Bay of Bengal", *GJ*, the Geographical Journal, Vol. 180, No. 3, September 2014, pp. 260-264; *Spc.* 260, where the authors explain that "between the Bangladesh and Myanmar (Bay of Bengal Case), the ITLOS delimited a maritime boundary with respect to multiple distinct maritime jurisdictions (territorial sea, exclusive economic zone and continental shelf). ITLOS did not, however, resolve the issues of marine governance that the two states face in the Bay of Bengal, leaving a number of complex and potentially problematic issues outstanding, including the unique creation of what was termed a "Gray area", the governance arrangements for which are open to debate.

100) In the aforementioned Gulf of Maine case [Note 97], Canada suggests in its Counter-Memorial (p.239) that the Gray Zone could be eliminated by allocating it to the State holding a title Uncontested on the said zone, with the consequence of three possible scenarios: "1) a boundary which intersects the 200 nautical miles limits in the vicinity of the equidistance line, eliminating or diminishing the gray area; 2) If the single maritime boundary principle is maintained, one party will have continental shelf jurisdiction in the gray area; And 3) If overlapping jurisdictions are accepted, one party will have continental shelf jurisdiction and the other jurisdiction over the water column ".The latter case is that adopted in the jurisprudence of the Bay of Bengal.

61. The creation of a Grey Area in the determination of the boundary relating to the Exclusive Economic Zone or the territorial sea depends on the relationship between the title and the delimitation of maritime spaces. The title on these spaces is dependent on the criterion of distance measured from the coast with the notable exception of the historical titles. On the other hand, the delimitation of the Exclusive Economic Zone or of the continental shelf between States whose coasts are adjacent or opposite may be effected on the basis of principles or criteria other than that of the distance measured from the coast.

62. In the case of the delimitation of the maritime boundary in the Gulf of Bengal¹⁰¹ the International Tribunal for the Law of the Sea applied the three-step paradigm¹⁰² It determined the method of delimitation, drawn the provisional equidistance line before verifying the absence of disproportion. It decided that the method in this case to delimit the Economic Zone Exclusive and the continental shelf between Bangladesh and Myanmar is the equidistance / relevant circumstances method¹⁰³ .

63. As recalled by the Tribunal¹⁰⁴, the delimitation assumes the existence of an overlapping title area. Title and delimitation are two distinct but complementary concepts. The Parties also recognize the close relationship between title and delimitation. Bangladesh states that: "The Tribunal must, before delimiting, answer to the following question: does either Party have a title to the continental shelf beyond 200 miles? ". Similarly, Myanmar pointed out that "the determination of the rights of the two States on a continental shelf beyond 200 nautical miles and their respective extent is a prerequisite for any delimitation".

101) Dispute concerning the delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Gulf of Bengal, International Tribunal for the Law of the Sea, Case No. 16, Judgment of 14 March 2012, paras 177-340. Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh / India), Arbitral Award of 7 July 2014; Maritime dispute between Peru and Chile, c.I.J. decision of 27 January 2014 available at: www.icj-cij.org/docket/files/137/17930.pdf; Territorial and maritime dispute between Nicaragua and Colombia, C.I.J. decision of 19 November 2012, Rec. 2012, p. 624

102) See paragraphs 35 to 60 above.

103) Judgment, op. Cit. [Endnote 101], para. 23.

104) Ibid. Paragraphs 397-398

64. In this case, the parties issued competing claims on the continental shelf beyond 200 nautical miles. Part of this overlapping area is also claimed by India. Each party rejects the title of the other on the continental shelf beyond 200 nautical miles. In addition, Myanmar asserts that the question of the title of Bangladesh or Myanmar to the continental shelf beyond 200 nautical miles is not within the jurisdiction of the Tribunal as it is within the exclusive competence of the Commission on the Limits of the Continental Shelf and not the Tribunal.

65. The delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles resulted in a Grey Area extending beyond 200 nautical miles from the coast of Bangladesh but within 200 nautical miles of the Myanmar coast, locating within the delimitation line of Bangladesh. The parties opposed the status of the Grey Area and the manner in which it should be treated.

66. In any event, the determination of the outer limit of the continental shelves beyond 200 nautical miles constitutes one of the greatest challenges of the generations to come in the perspective of the completion of the sharing of the ocean initiated by the approach defined in the UNCLOS.

II. NEW CHALLENGES AND PROSPECTS

67. The new challenges and prospects relate to many problems that have arisen after the signing of the UNCLOS and therefore could not be covered by UNCLOS even though its preamble reckons that States Parties to the Convention are

"Animated by the desire to settle, in a spirit of mutual understanding and cooperation, all problems regarding the law of the sea (...) and aware that the problems of maritime spaces are closely linked and should be considered as a whole¹⁰⁵".

68. These problems are not taken into account by the Convention and which, in order to be treated, need be not only a very sustained multilateral cooperation but also a fairly fertile imagination leading to interpretations favored by the most. The current trend and subject of ongoing discussions around the world on the law of the sea show that today everything revolves around what is called the governance of the seas and oceans¹⁰⁶ which is gaining momentum. As has been pointed out:

« Many contemporary oceans threats including overfishing, climate change and other pollution problems, and security concerns such as the trafficking in weapons of mass destruction and other illicit cargos, pose profound challenges to an issue-by-issue and zone-by zone approach to oceans management¹⁰⁶ ».

69. For the time being, the debate has to do with activities on the high seas and on good governance. For the most part, the coastal states are reluctant to discussions which could jeopardize their sovereign rights acquired after great struggle, with the consecration of the concept of an exclusive economic zone.

105) See J. Van Dyke, D. Zaelke and Hewison (eds.), *Freedom for the Seas in the 21st century; Ocean Governance and Environmental Harmony* (Washington DC, Island Press, 1993, Haward and J. Vince, *Oceans Governance in the Twenty First Century: Managing the Blue Planet*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008.

106) See, D. Rothwell and T. Stephans, *The International Law of the Sea*, Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 461; D. R. Rothwell, D.L. Vander Zwaag (eds.), *Towards Principled Oceans Governance*, London, Routledge, 2006, p.3.

70. One has to note that, the new challenges facing the world go beyond the EEZ and challenge the community of States as a whole. One can mention the management and conservation of the living resources of the high seas (A), the consequences of climate change and environmental law (B), seabed genetic resources (C), piracy (D), the implementation of Article 82 of the Convention (E) and the advisory function of the Tribunal (F) which we shall examine in this order.

A. MANAGEMENT AND CONSERVATION OF THE HIGH SEAS BIOLOGICAL RESOURCES

71. The consecration of the concept of EEZ by UNCLOS, which was supposed to put an end to the conflict of interest between coastal States and flag States, only exasperated it. The enjoyment by the coastal State of sovereign rights for the purpose of exploration and exploitation, conservation and management of the natural, biological or non-biological resources of the superjacent waters in its exclusive economic zone has had the effect of shifting the fleet of what was considered the high seas to areas adjacent to the EEZ where the proportion of catches has increased¹⁰⁷.

72. This is a result of the State subsidy policy which has facilitated the entry into service of many fishing vessels. Therefore, the official gross tonnage of the world fleet has increased exponentially, jeopardizing the sustainability of the resource.

73. The fishing capacity of fishing vessels has increased significantly due to the new fishing techniques used, all the more so as the technology is very well developed. Innovations are increasingly amazing, especially in the field of fish tracking: use of aircraft and sonar in purse seine fi-

107) See, FAO, State of the World Fisheries and Aquaculture, at www.fao.org/D/CREP/003/X8002E/8002e_04.htm # Po. 0, 1 October 2004; D. Montaz "Agreement on the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks", AFDI, [vol. 41, 1995, p. 676-699]; The Director General of FAO indicated that "Consequently today there are too many vessels chasing too few fish" in www.fao.org/WAICENT/OIS/PRESSNE/ Press Release 1 October 2001.

sheries and guided trawling. Recent use of floating trawls, new net maneuvers, fish pumps, the use of synthetic fibers, new techniques for freezing and processing fish, nesting boats, factory ships accompanied by number of vessels of lesser tonnage responsible for catching fish and relying on an extensive network of ports of convenience or natural shelters where unloading repairs and other rotations of crews occur ¹⁰⁸.

74. This arsenal generates indiscriminate and incidental catches at the same time as it destroys the marine habitat and prevents the reproduction of fish. The consequence is overfishing, overexploitation of stocks and, above all, the very disturbing presence of illegal, unreported and unregulated fishing¹¹⁰ which is disastrous and destructive to both the maritime economy and the global ecosystem. Illegal fishing is highly organized. Pirate ships develop their activities with impunity, being persuaded to always escape control, as States do not always have the means to establish a true fisheries police and the waters under their jurisdiction do not always have the necessary supervision. As Rachel Baird points out:

"Tactics such as sharing intelligence, reflagging to non-members of RFMO's challenging the vessel name and call sign, and creating elaborate corporate webs to conceal ownership are indicative of an emerging corporate element in IUU fishing. Furthermore, IUU fishers have exploited limitations in the international law of the sea which were not apparent when UNCLOS was negotiated" ¹¹¹

108) See FAO, Collaboration between international institutions in the field of fisheries, document COFI / 71 / g (b), Annex III, p. 15; Tafsir Malick Ndiaye "Illegal, Unreported and Unregulated Fishing in West Africa", in Liber Amicorum Raymond Ranjeva, Paris, Pedone 2013, pp. 233-264, spec. 235; Baird Rachel, "Illegal, Unreported and Unregulated Fishing: An Analysis of the Legal,

Economie and Historical Factors Relevant to its Development and Persistence" (2004), Melbourne Journal of International Law 13; s (2), p. 299-335.

109) See M. Savini "The regulation of fishing on the high seas by the General Assembly of the United Nations. About Resolution 44/225 on large driftnets »AFDI 1990, p. 777.

110) T. M Ndiaye op. Cit., P. 235-236; R. Baird op. Cit. [Note 108] p.300.

111) Ibid.

75. In order to ensure the sustainability of straddling and highly migratory stocks and other biological resources adjacent to their exclusive economic zones, coastal States have initiated diplomatic actions leading to the agreement on the conservation and management of straddling stocks and highly migratory species.¹¹²

This agreement deals primarily with the management and conservation of the living resources of the high seas. It establishes principles for the conservation and management of fisheries, defines the flag State's enforcement obligations and powers.

76. Coastal States and flag States should cooperate to ensure the sustainability of the stocks concerned; make use of the most reliable scientific evidence; apply the precautionary approach; minimize pollution, waste, discards, catches by lost or abandoned gear, catches of fish and other non-target species, and the impact on associated or dependent species and in particular endangered species; protect biological diversity in the marine environment; prevent and eliminate overexploitation and overcapacity and ensure the sustainable exploitation of fisheries resources; Take into account the interests of artisanal and subsistence fishing; collect and share complete data; encourage and carry out scientific research to improve the conservation and management of fisheries; and enforce conservation and management measures through effective monitoring, control and surveillance systems¹¹³.

77. The agreement establishes a mechanism for international cooperation on stocks. Coastal States and States fishing on the high seas

112) "Agreement for the Implementation of the UNCLOS Provisions of 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of Fish Stocks Traveled both Within and Beyond Economic Zones (Straddling stocks) and highly migratory fish stocks", Doc A / conf. 164/33, adopted by consensus on 4 August 1995, and entered into force in December 2001. See Mr. W. Lodge and N. Nandan, "Some Suggestions for Better Implementation of the United Nations Agreement on Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks of 1995" (2005) 20 *IJMC* 345; R. Churchill "Fisheries and Their Impact on the Marine Environment: UNCLOS and Beyond" in MCRIBEIRO (ed.), 30 Years After the signing of UNCLOS: The Protection of the Environment and the Future of the Law of the Sea, in Proceedings Of the International Conference, Faculty of Law, University of Porto, 15-17 November 2012, pp. 23-53, spec. Pp. 35-36.

113) Article 5 of the Agreement on Straddling Stocks op. Cit. [Note 112]

should cooperate either directly or through appropriate sub regional or regional fisheries management organizations or arrangements to establish management and conservation measures for fisheries.

Only States that are members of these organizations or that agree to implement conservation measures have access to the fishery resources to which these measures apply ¹¹⁴.

78. UNCLOS provides that the flag State¹¹⁵ shall effectively exercise its jurisdiction and control in the administrative, technical and social aspects on vessels flying its flag.

These general provisions are complemented by the Agreement on straddling stocks which establishes a system for the control of fishing vessels on the high seas by the flag State by subjecting their activities to licenses or authorizations to be issued by the flag State¹¹⁶

The flag State must open an "in-depth investigation" and must take legal action if it has sufficient evidence of allegations of contravention; with the other States having to cooperate to this end ¹¹⁷. The agreement confers police powers on States other than the flag State. It sets in place detailed rules for the Inspections, boarding and investigations which may be exercised, if need be, to fail u res of the flag State¹¹⁸.

79. Mandatory and non-mandatory fisheries instruments were developed under the auspices of FAO. Two treaties have emerged: the 1993 Compliance Agreement and the Agreement on Port State Measures. The original intent behind the drafting of the project and the negotiations on

114) Ibid. Article 8 (1). The essential contribution of the Agreement on straddling stocks in this respect 'is to define the desirable institutional characteristics of an effective Order to bring about the sustainable management of fisheries. These include, but are not limited to, measures to ensure the long-term sustainability, agreement on participatory rights. (RFMO), RFMO, M. Lodge (eds.), RFMO, and RFMO.), Chatham house, April 2007, pp. 4-5.

115) Article 94 Relating to Flag State Obligations.

116) See Article 18 of the Agreement, paragraph 3 of which provides 'a national register of fishing vessels authorized to fish on the high seas'. This Article 18 is a reminder of the agreement adopted on 23 November 1993 by the FAO Compliance Agreement.

117) Articles 19 and 20 of the Agreement.

118) Article 21 very detailed of the agreement; See also Tafsir M. Ndiaye "Illegal fishing ..." op. Cit. [Note 108]. Pp. 241-243.

the compliance agreement was to address the issue of reflagging¹¹⁹ In the absence of consensus on this issue, delegates focused on the concept of flag State responsibility and the «Free flow of information on deep-sea fishing operations»¹²⁰.

80. As regards the responsibility of the flag State, each party is required to take the necessary measures to ensure that fishing vessels entitled to its flag does not carry out any activity that could compromise the effectiveness of international conservation and management measures. In granting fishing authorization, the party must ensure that it is able to effectively exercise its responsibilities upon that vessel, under the agreement. Moreover, the agreement requires the flag State to take coercive measures. Furthermore, the flag State is required to ensure that ships are marked and provide the necessary information concerning fishing operations, their catches and their unloading.

81. With regard to the Agreement on Port State Measures, it should be recalled that in the light of the International Plan of Action against unreported and unregulated illegal Fishing and the 2005 FAO-like mechanism relating to Port State Measures, FAO organized a technical consultation in Rome to draft a legal instrument measures relating to Port State measures¹²³ Three sessions of technical consultation were held. This consultation led to the draft Agreement on Port State Measures to Prevent, Deter and eliminate illegal, Unreported and Unregulated Fishing as of 18 May 2009¹²⁴. The Agreement has just been ratified by six

119) See G. Moore, "The FAO Compliance Agreement" in M. Nordquist and J. More (eds.), *Current Fisheries Issues and the FAO of the United Nations*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2000, p.

120) Ibid. The official text of the agreement is "Agreement to Promote Compliance with International Conservation and Management Measures by Fishing Vessels on the High Seas", adopted on 23 November 1993. It entered into force on 24 April 2003.

121) Article 3 (2).

122) See R. Rayfuse, "To our Children's Children: From Promoting to Achieving Compliance in High Seas Fisheries," *International Journal of Maritime and Coastal Law*, Vol. 20, Nos. 3 and 4, 2005, p.514; See also Article 3, paragraphs 6, 7 and 8 of the Agreement.

123) 23-27 June 2008; From 26 to 30 January 2009 and from 4 to 8 May 2009.

124) . See [ftp://bftp.fao.org/FI/ DOCUMENT/ tc-psm/2009/PSM Agreement f.Pdf](ftp://bftp.fao.org/FI/DOCUMENT/tc-psm/2009/PSM%20Agreement%20f.pdf)

States on 16 May 2016¹²⁵, bringing the number of ratifications to 30, i.e. more than the 25 ratifications required for its entry into Force. It entered into force on 5 June 2016.

82. Non-mandatory fisheries instruments have also been developed under the auspices of FAO. These include the Code of Conduct for Responsible Fisheries and four voluntary instruments developed under this Code on specific issues.

83. The Code, which is exhortatory or recommendatory, must be interpreted and applied in accordance with the relevant rules of international law as reflected in UNCLOS¹²⁶ and in accordance with the Agreement on Straddling Fish Stocks and other applicable rules including those set out in Chapter 17 of Action 21. The Code details the main elements constituting responsible fisheries: general principles, fisheries management, fisheries operations, aquaculture, integration of fisheries and coastal zone management, post-harvest practices and trade, fisheries research.

84. As regards to the other instruments dealing with specific issues, they are formulated in the form of action plans and, in particular, the International Plan of Action to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported and Unreported Fishing Regulation. This plan was adopted by consensus at the twenty-fourth session of the Committee on Fisheries and by the FAO Council at its one hundred and twentieth session on 23rd June 2001. This plan of action is an important instrument for States that are in the process of developing their national action plan against IUU fishing¹²⁷.

125) These are: Dominica, Guinea-Bissau, Sudan, Thailand, Tonga and Vanuatu. Adopted as an FAO Agreement in 2009, after several years of diplomatic efforts, this Agreement is the first binding international treaty that deals specifically with illegal fishing.

126) Code of Conduct for Responsible Fisheries, Article 3 (1).

127) The following States adopted their National Plan of Action against IUU fishing on the basis of the FAO Action Plan: Cambodia, Canada, Spain, the United States, Kuwait, Latvia, Mexico, Norway, New Zealand and Venezuela. See also document A / 63/128; Union 1005/2008 establishing a Community system to prevent, deter and eliminate IUU fishing, on 29 September 2008.

85. While the coastal State enjoyed considerable powers under article 56 and many of the rights listed in article 62 of the UNCLOS, several important problems in activities deriving from fishery, which are possible niches for IUU fishing, are not considered by the Convention. One need only to think of the activities of support vessels in bunkering, transshipment; of the transport of frozen fish by refrigerated transport vessels ("Reefers") or the processing activities on trawlers such as filleting.

86. When these different activities are carried out in the it is that the UNCLOS will fall short of the practice of States, which, under the jurisprudence¹²⁸, makes it possible to find elements of response to problems not dealt with by the Convention.

87. *The fundamental challenge raised here is the nature of the obligation relating to the conservation and management of the living resources of the high seas.*

These obligations are neatly soft and less reminiscent of the obligatory nature than the exhortatory or the recommendatory. They essentially revolve around the obligation of States to negotiate with a view to taking conservation measures with regard to their nationals¹³⁰. The UNCLOS contains few specific guidelines to implement this very general obligation or to assess its efficiency. The exercise by the flag State of its jurisdiction and control over vessels flying its flag is very loose because of the weakness of the obligations imposed on it.

128) See, for example, the request for an advisory opinion of the SRFC to the International Tribunal for the Law of the Sea, Case No. 21, Opinion of 2 April 2015.

129) See, R. Baird op. Cit., [Note 62] p.308; U NDOALOS, The Law of the Sea: The Regime for High-Seas Fisheries, Status and Prospects, 1992, 26 paragraph 78; R. Churchill op. Cit., [Note 108] p.48; Y. Tanaka, "The Changing Approaches to Conservation of Marine Living Resources in International Law", Zao RV 71 (2011), pp.291-330, spec.297-301 ; G.L. Kesteven, "MSY Revisited: A Realistic Approach to Fisheries Management and Administration", Mar. Pol'y 21 (1997), 73; S.A. Murawski, "Ten Myths Concerning Ecosystem Approaches to Marine Resource Management" Mar. Pol'y 31 (2007), pp. 681 and ss.

130) Articles 117 and 118 of UNCLOS, see also Articles 5, 8 and 10 of the (Agreement on Straddling Stocks, op. cit.[note 66]

88. One has to think of the practice of "reflagging" and the manipulations related to the consent of the State¹³¹ as well as to the question of the genuine link. But then, how to take up the challenge and what prospects to offer? The adoption of new legal instruments is certainly not the solution¹³² although the need to strengthen the mechanism of coercive measures is necessary. In this regard, it is to be welcomed that the Agreement on Port State Measures of 5 June 2016, entered into force with the six new ratifications registered on 16 May 2016. On the other hand, as Robin Churchill points out::

131) A relevant illustration of these manifestations is offered by the principle of the relative effect of treaties with regard to third parties, which is an instrument of legal limitation available to third States which may evade the measures laid down in the Regional fisheries Agreements. The established rule of customary law is laid down in the Vienna Conventions. One of its aspects states that a treaty does not create rights or obligations for a third party, enshrining respect for consent: *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, or *res inter alios acta aliis neque necet neque prodest*.

The rights and obligations created by treaties can be distinguished on the basis of jurisprudence. For the rights, the arbitral award in the case of *Clipperton Island* (28 January 1931) and that of the *Central Rhodope Forest* case (29 March 1933). As regards obligations, one can cite the arbitral award in the *Palmas* case (4 April 1928), the judgment of the Permanent Court of International Justice in the case concerning the Territorial Jurisdiction of the International Commission of the Oder (10 September 1929) and the judgment of the PCIJ of 7 June 1932 in the case of the *Zones franches in Haute Savoie* and in the country of *Gex*.

In practical terms, large-scale fleet holders deliberately choose not to become parties to the Conventions establishing Regional Fisheries Management Organizations that govern the high seas to avoid resource management and conservation measures. Biological resources of the high seas. In other words, "this means that the efforts to manage high seas fisheries can be undermined either by noncompliant third party states or by states who do sign to the Selected measures (...)" In the context of identifying strategies for the elimination and deterrence of IUU fishing, the consent of flag states is required to impose tighter, more effective flag states controls. Flag state consent for the effective implementation of the Catch Documentation Scheme and the Vessel Monitoring System (VMS) in addition to limitations on the freedoms of high seas fishing states", R. Baird op. Cit. (Note 108] p.311; See also Erik Franckx, "Pacta Tertiis and the Agreement for the Implementation of the Straddling and Highly Migratory Fish Stocks Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea", *Tulane Journal of International and Comparative Law*. Vol.8, 2000 pp.49-81; Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, Article 34. (Entered into force on 27 January 1980).

132) Indeed, what could be called an international charter of fisheries is very extensive: UNCLOS (1982), Compliance Agreement (1993), United Nations Agreement on Straddling Fish Stocks (1995); Agreement on Port State Measures (2009); As far as I am concerned, non-compulsory instruments: the Code of Conduct for Responsible Fisheries (1995) and the four international plans of action, in particular the FAO International Plan of Action to Combat IUU Fishing; Guidelines for deep-sea fishing (29 August 2008).

" In any case, if past practice is anything to go by, any additional law/soft law measures would be likely to be centred exclusively or largely on high sea fishing, whereas non-sustainable fishing is least as much a problem in fisheries within national jurisdiction. Instead of further legislation, the following types of action may prove more useful"¹³³.

89. These proposals, paired with the objectives of the Code of Conduct for Responsible Fisheries and, implemented in a coordinated manner between the coastal States, the flag State and the port State, each as far as it is concerned, could prove to be of a great profit for the community of States. The electronic registration of catches adopted by RFMOs, notably the ICCAT, should be welcomed, as well as the incorporation of the IMO numbering system and the Lloyd's Register into the public data bases on fishing vessels, as it is done in The Western and Central Pacific Fisheries Commission (WCPFC). Cooperation among States should also be encouraged in regard to the listing of IUU fishing vessels and conducting joint stock assessments.

133) The author makes eight proposals: "Financial and technical assistance to improve the capacity of poor states to manage their EEZ fisheries effectively; Tackling subsidies; Prohibiting imports of fishery products in IUU fishing as the EU and the USA have been doing for the past three or four years; The encouragement of ethical consumerism through development of better labeling and certification schemes; The establishment of more marine protected areas both within and beyond national jurisdiction; "Churchill op. Cit., P. [Note 112], p. 49-52.

These different proposals could be usefully supplemented by the translation into concrete measures of the very relevant principles in Article 2 of the FAO Code of Conduct for Responsible Fisheries on the objectives of the Code; See also Report of the Secretary-General of the United Nations, Oceans and the Law of the Sea of 1 September 2015, A / 70/74 / Abd.1, p. 21-24, paragraphs 74-83; OECD, Green Growth in Fisheries and Aquaculture, OECD Green Growth Studies, Paris, OECD Publishing, 2015

B. THE CONSEQUENCES OF CLIMATE CHANGE

90. The consequences of climate change on the oceans are expected to be on the agenda of the Law of the Sea for a long time and may well be the concern of a number of international institutions. The 2010 report of the United Nations Secretary-General on Oceans and the Law of the Sea highlights the various aspects of these consequences: "rising sea levels; the melting of ice in the Arctic Ocean; the issue of ocean acidification; the challenges of marine biodiversity; the increase in the frequency of extreme weather events and transfers in the distribution of biological species¹³⁴". Therefore, the United Nations General Assembly keep stressing the urgent need to address the effects of climate change and ocean acidification on the marine environment and marine biodiversity and recommends a number of measures¹³⁵. One of the key measures is to raise public awareness about the negative effects of climate change on the oceans¹³⁶.

91. Indeed, as part of its revised mandate, approved by the General Assembly, UN-Oceans, the inter-agency coordination mechanism for oceans and coastal issues, strived to develop an online database containing an inventory of mandates and activities¹³⁷. In accordance with its mandate¹³⁸ the UN-Oceans Coordinator held the sixteenth meeting of the Consultative Process on the works of this mechanism¹³⁹. UN-Oceans also organized a briefing session on the activities of UN-Oceans members on issues relating to the Oceans, climate change and the acidification of Oceans, in the margins of the Conference of the Parties (COP 21) at the United Nations Framework Conference on Climate Change in Paris¹⁴⁰.

134) See United Nations document A / 6S/69 / Add.2, para. 374.

135) United Nations GA, Resolution 69/24S

136) See, Report of the Secretary-General of the United Nations "Oceans and the law of the sea", dated 1 September 2015, doc. A / 70/74 / Add.1, p. 40, para. 142.

137) Ibid.

138) See Resolution 68/70, annex.

139) See www.un.oceans.org.

140) See also, [http://unfccc.int/files/meetings/Bonn_jun_2015/application/pdf/un_oceans_statement_long_final_draft_rev_\(3\).pdf](http://unfccc.int/files/meetings/Bonn_jun_2015/application/pdf/un_oceans_statement_long_final_draft_rev_(3).pdf).

92. The issue of climate change is an issue of global concern. It is multidimensional¹⁴¹ in that it covers the most diverse and dissimilar fields¹⁴².

93. As Ph. Sands indicates:

"It is plain that climate change poses significant challenges to international law. The subject transcends the classical structure of an international legal order that divides our planet into territorially defined areas over which states are said to have sovereignty. Issues associated with climate change permeate national boundaries: emissions or actions in one state will have adverse consequences in another, and in areas over which states have no jurisdiction or sovereignty. (...) there is no other issue like climate change, where the sources of the problem according to the IPCC-are so many and so broad, requiring actions that touch upon virtually every aspect of human endeavor and action. Each of us contri-

141) See United Nations document A / 6S/69 / add.2, para. 374; R. Rayfuse and Scott (eds.) *International Law in the Era of Climate Change*, London, 2012; Dryzek, Norgaard and Schlosberg (eds.), *Oxford Handbook of Climate Change and Society* Oxford, 2011; A. Boyle, "Climate Change and Ocean Governance", in M.C. RIBEIRO (ed.), *30 years after the signature of the UN CLOS ... op. [Note 112]*, p. 357-382, where the author writes: "Rather, the important lesson is that climate change should be on the negotiating agenda of all international institutions. It is a human rights issue. It is a trade issue. It is also an outcome of the Convention for the Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment", p. 358.

142) As stated in the 2014 Synthesis Report for Decision-Makers: "1) Human influence on the climate system is clear; 2) many of the changes are unprecedented; 3) the atmosphere and oceans have warmed, which amounts of snow and ice have diminished, and sea level has risen; 4) anthropogenic greenhouse gas emissions are very likely to have been the dominant cause of the observed warming since the mid-20th century; 5) Continued emissions ... will cause further warming and long-lasting changes ... increasing the likelihood of severe, pervasive and irreversible impacts; 6) limiting climate change would require substantial and sustained reductions in greenhouse gas emissions; 7) It is very likely that heat waves will occur more often and last longer, and that extreme precipitation events will become more intense and frequent in many regions. The ocean will continue to warm and acidify, and global mean sea level to rise; 8) Many aspects of climate change and associated impacts will continue for centuries; 9) The risks of abrupt or irreversible changes increase as the magnitude of the warming increases; 10) Without additional mitigation efforts ... warming by the end of the 21st century will lead to high, wide-spread and irreversible impacts globally and 11) there are multiple mitigation paths that are likely to limit 2 ° C relative to pre-industrial levels. The IPCC, *Climate Change 2014 Synthesis Report, Summary for Policymakers*, http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/AR5_SYR_FINAL_SPM.pdf.

butes to climate change; each of us will be affected by climate change

143. "

94. Given the prolific nature of the problems posed by the changes and, above all, their differences in nature, several specialty criteria will have to be put in place to deal with the situation. Sea level rise is likely to affect many of the islands and low-tide elevations that may disappear. The problem of rights on maritime areas that fell under the jurisdiction of those islands after their disappearance and the disappearance of the shoals will have consequences on the determination of the baselines.

95. Scientists have found that sea-level rise was faster from 2000 to 2009 than in the previous 5,000 years¹⁴⁴. The immediate challenge to this situation is the protection of archipelagos likely to be threatened by sea-level rise and coastal populations. The various island formations of certain archipelagos are at a very low level above the present level of the sea.

96. The melting of continental glaciers and polar ice will impact on the law of the sea. It will create new exploitable continental shelves, new shipping routes and maybe a new piracy due to the unemployment of indigenous peoples as well as the migration of fish stocks to these new ice free areas. This situation can create new fishing activities, thus, a new hydrocarbon or gas industry, that is to say, a possible pollution.

This means that multiple stakes will emerge and it will require a very close international cooperation to remove these areas from a geo-economic and geostrategic conflicting situation.

97. In the meantime, States may rely on UNCLOS for the protection and preservation of the marine environment. "States have an obligation to protect and preserve the marine environment". They are, thus, required to take measures to prevent, reduce and contrai pollution of the ma-

143) Ph. Sands, "Climate Change and the Rule of Law: Adjudicating the Future in International Law", Public Lecture, United Kingdom Supreme Court, 17 September 2015, S30 pm, pp. 1-21, spec.p.6.

144) It is estimated that one third of the increase is due to the melting of continental glaciers and polar ice (winter mean temperature in Antarctica rose by 6 degrees in 50 years), another third to Dilation of sea water because of its warming, even minimal, the last third causal being still indeterminate. See J.P. Pancraccio, *Law of the Sea*, Précis Dalloz 2010, p. 2.

rine environment.

In particular, States must take all necessary measures to ensure that activities under their jurisdiction or control are conducted in such a way as not to cause pollution damages to other States, as well as their environment and to ensure that the pollution due to incidents or activities under their jurisdiction or control does not extend beyond the areas where they exercise sovereign rights¹⁴⁷

98. This principle of non-injurious use of the environment¹⁴⁸ appears to be a due diligence obligation¹⁴⁹, and therefore likely to involve the responsibility of a State.

99. The other major challenge is the acidification of the oceans, of which the scientific knowledge is scarce, leading the International Community to take note of the situation. As Tommy Kah points out:

145) This is the case for the archipelagos of Tuvalu (Pacific Ocean), the Maldives (Indian Ocean) and the Seychelles (Indian Ocean). These archipelagos are classified as Small Island Developing States, many of whose islands are only 1 or 2 meters above sea level; which exposes them singularly.

146) Article 192 of UNCL05. Article 194 (5) states that 'measures taken pursuant to this part shall include measures necessary to protect and preserve rare or delicate ecosystems and the habitat of threatened or threatened species and other marine organisms Of extinction ". These obligations should be considered in tandem with those relating to the conservation and management of the living resources of the high seas as contained in articles 117 to 120 of U N CLOS.

147) Article 194 (2).

148) See Tafsir Malick Ndiaye "The international responsibility of States for damage to the marine environment", in B. Vukas, SOSIC

T. (eds), International Law. New concepts, continuing dilemmas, Liber Amicorum Boziclar Bakotic, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden / Boston 2010, pp. 265-279, spec. 267; See also the Basel Convention of 22 March 1989 on the control of transboundary movements of hazardous wastes, International Legal Materials (ILM), Vol. 28, p. 649 (1989).

149) See ITLOS, Case No. 17, Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities in connection with activities in the area (an advisory opinion request to the House for the Settlement of Disputes funds Paragraphs 115-120.

153) As requested by the United Nations General Assembly in paragraph 91 of Resolution 61/222. The Working Group held several meetings from 2006 to 2015.

"The nexus between climate change and the oceans is insufficiently understood. People generally do not know that the oceans serve as the blue lungs of the planet, absorbing Co2 for the atmosphere and returning oxygen to the atmosphere. The oceans also play a positive role in regulating the world's climate system. One impact of global warming on the oceans is that the oceans are getting warmer and more acidic. This will have a deleterious effect on our coral reefs. In view of the symbiotic relationship between land and sea, the world should pay more attention to the health of our oceans

¹⁵¹.

C. MARINE GENETIC RESOURCES:

100. The issue is being considered by an Ad hoc Open-ended Informal Working established by the United Nations General Assembly in 2004 to address issues related to the conservation and sustainable use of the biodiversity in the areas beyond national jurisdiction "the Ad Hoc Working Group"¹⁵²

101. This work is carried out within the Open-ended informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea ("the Consultative Process").. which focuses on marine genetic resources and agrees that the Working Group must address this issue ¹⁵³ . Discussions were held on the legal regime to be applied to marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction in accordance with UNCLOS also the General Assembly asked States to keep addressing this issue as part of the of the Ad Hoc Working Group mandate, to take the work forward¹⁵⁴

151) See, T. Koh, in L. Del Castillo (ed.) Law of the sea, from Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea, Liber Amicorum Judge Hugo Caminos, Brill / Nijhoff, 2015, p.108 ; Indeed, in its resolution, the U N General Assembly said, I quote: "§81 Takes note of the Intergovernmental Panel on Climate Change, including its conclusions that if we do not yet know the consequences of ocean acidification on marine biology, the progressive acidification is expected to have a negative impact on marine shells and their dependent species and, in this regard, encourages States to continue urgently research on ocean acidification, especially programs of observation and measurement ", A / RES / 62/215 of 14 March 2008, Resolution adopted by the U N General Assembly on 22 December 2007, p . 16, para. 81.

152) See A / 61/65 and Corr. 1

153) As requested by the United Nations General Assembly in paragraph 91 of Resolution 61/222. The Working Group held several meetings from 2006 to 2015.

154) See document A / RES / 62/215 of 14 March 2008, p.24, para. 133.

102. The International Community is doubly conscious of the abundance and diversity of marine genetic resources and their value in terms of benefits, goods and services that can be derived from, on one hand. On the other, it is also conscious of the importance of research on marine genetic resources in order to better understand and better manage marine ecosystems and their potential uses and applications ¹⁵⁵

103. The first meetings of the Informal Working Group showed very little progress in discussions where there was persistent disagreement and divergence on the issue of the applicable legal regime for marine biodiversity, including marine genetic resources in areas, beyond national jurisdiction (BBNJ).

104. The particular nature of genetic resources, the knowledge of which must be enhanced, makes discussions very difficult. The question that arises is that of their place of attachment: are they resources belonging to the seabed or to superjacent waters? The answer to this question reflects on the applicable rules of the law of the sea. Thus, two opposing and exclusive points of view clashed in the process. On the one hand, some States have argued that the fundamental principle to be applied in this area is that of the Common Heritage of Mankind, while other States have asserted the principle of freedom of the high seas.

155) Ibid. Paragraphs 134 and 135; See also J. Wehrli and Th. Cottier "Towards a treaty instrument on marine genetic resources" in M. C. Ribeiro (ed.), 30 years after the signature of the UNCLOS ... op. Cit. [Note 112] pp. 517-549 where it is said "The law, and international law, finds itself in the classic constellation of ex post evaluation of the implications of rules not per se designed to deal with novel and impending challenges. [...] Even the deep sea, which belongs to the mammals and fish, including sea stars, sponges, jellyfish and bottom-dwelling fish, worms, molluscs, crustaceans, and a board range of single- That of organizations ", p. Allsopp et al., World Watch Report 174: Oceans in Peril: Protecting Marine Biodiversity, World Watch Institute, Washington DC, September 2007, p. 7 ; T. Heidar, "Overview of the BBNJ Process and Main Issues", Cil International Workshop, Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction: Preparing for the PrepCom, Singapore, 3-4 February 2016

105. Three types of arguments are expressed to support the different positions. First, the question of whether the regime applicable to the area refers to resources other than minerals. It is well known that UNCLOS understands by resource ail in situ solid, liquid or gaseous mineral resources in the area that are on the seabed or subsoil thereof, including polymetallic nodules and the resources, once extracted from the area, are called "minerals"¹⁵⁶. The argument is sometimes developed making an analogy with the status of sedentary species on the continental shelf.

106. Next, the question of whether Article 143 of UNCLOS can be invoked in support of the idea that the prospecting of genetic resources should be conducted exclusively for peaceful purposes and in the interests of mankind as a whole in accordance with Part XIII ¹⁵⁷. Finally, the question of whether the International Seabed Authority is destined or not to play any role in this matter, since the Authority is the organization through which States Parties organize and control activities in the area¹ including the administration of its resources.

107 In 2011, the Working group was to recommend the establishment of a process whereby the legal framework for the conservation and sustainable use of marine biodiversity in areas not under national jurisdiction reflects the different point of views of States. In particular, "taken together and as a whole", issues relating to marine genetic resources, including those related to benefit sharing, measures such as area management including marine protected areas, environment impact studies, capacity building and transfer of marine technology.

108. This recommendation will be adopted by the United Nations General Assembly and presented as the "package deal" for negotiations in the development of an international legally binding instrument rela-

156) See UNCLOS, Article 133 (a) and (b).

157) The words of Article 143 (1) of UNCLOS relating to "Marine Scientific Research" in the Area, that is to say, the seabed and subsoil beyond the limits of The national court.

158) Article 157, paragraph 1, of the UNCLOS.

ting to UNCLOS on the conservation and sustainable use of marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction¹⁵⁹

109. The Working Group continued to examine these issues in the context of the new process. It held two workshops in 2013 on marine genetic resources and on the conservation and sustainable use of marine biodiversity, on the other. The General Assembly was of the view that the Working Group should hold several meetings to prepare for the decision it was due to take at its 69th session and for which it sought recommendations on terms of reference application scope, the parameters, and the opportunities for drafting of an international instrument relating to the Convention.

Having considered the recommendations¹⁶¹ of the Ad Hoc informal Working Group and welcoming the progress made by the Working Group in implementing its mandate¹⁶², the General Assembly decided to adopt an international instrument on 19 June 2015.

110. It also decides to set up, before the date of an Intergovernmental conference, a Preparatory Committee, open to all Members States of the United Nations, members of specialized agencies and to the Convention¹⁶³. The Committee shall submit substantive recommendations to the

159) See United Nations document A / RES / 69/292 of 6 July 2015 on the Resolution adopted by the General Assembly on 19 June 2015 "Development of an international instrument relating to UNCLOS on the conservation and sustainable use of marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction", p. 2 para. (1).

160) 114) See A / RES / 69/292 op. Cit. (Note 113] where the first recital states: "The General Assembly, Reaffirming the commitment made by the Heads of State and Government in paragraph 162 of the outcome document of the United Nations Conference on Sustainable Development in Rio de Janeiro, Brazil, from 20 to 22 June 2012, entitled "The future we want", which it endorsed in its resolution 66/288 of 27 July 2012, to address urgently the issue of conservation and sustainable use of marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction, building on the work of the Ad Hoc Open-ended Informal Working Group on Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction, including a decision on the development of an international instrument relating to the United Nations Convention on the Law of the Sea The end of its sixty ninth session"

161) See doc. A / 69/780, annex, sect. 1.

162) See Resolutions 66/321 of 24 December 2011 and 67/78 of 11 December 2012.

163) See A / R ES / 69/292 op. Cit paragraph 1 (a).

General Assembly on the elements of the international legally binding instrument draft relating to the Convention. The Committee shall take into account the various reports of the Co-Chairs on the work of the Ad hoc Informal Working Group on issues relating to the conservation and sustainable use of marine The committee began its work in 2016 and will hold two sessions of two weeks each. The first session was held from 28 March to 8 April and the second from 26 August to 9 September. The same will apply in 2017 and the Preparatory Committee will report to the General Assembly on the progress of its work at the end 2017. The Preparatory Committee is chaired Ambassador Eden Charles of Trinidad and Tobago¹⁶⁴.

111. The General Assembly of the United Nations decided that before the end of its seventy-second session it would take a decision, taking into account the report of the Preparatory Committee, on the organization and date of the opening of an intergovernmental conference, to be held under the auspices of the United Nations; The recommendations of the Preparatory Committee and the development of an international legally binding instrument related to the Convention.

164) Ibid. For the Organization and Operation of the Preparatory Committee, paragraph 1, subparagraphs (a) to (k).

D. PIRACY

112. The origins of piracy¹⁶⁵ goes back to the birth of maritime navigation. That is to say, it has been practiced for millennia¹⁶⁶ As a result, its repression is governed by customary law codified by UNCLOS¹⁶⁷. The place of commission of the act of piracy is the high seas, that is to say all parts of the sea, not included in the EEZ, the territorial sea where the internal waters of a State are located, neither in the archipelagic waters of an archipelagos State. The provisions of the Convention relating to piracy, however, apply to the exclusive economic zone. In these two zones, the flag State exercises its jurisdiction given that the vessels sail under its flag and are subjected to its exclusive jurisdiction on high seas. It should be recalled that a vessel operating under the flags of several of which it makes use at his convenience, shall not be entitled. in respect

165) See Lilian Del Castillo (ed.), *Law of the Sea, From the Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea*, Liber Americorum Judge Hugo Caminos, Brill / Nijhoff, 2015, Part 8, Chap 23, Angela Del Vecchio *Fight Against Piracy and the Enrica Lexie Case* ", pp. 397-422; Chap 24: Y. Dinstein "Piracy vs. International Armed Conflict" pp. 423-434; Chap 25: E. Gonzalez-Lapeyre "A new consideration on maritime piracy" pp. 435-455; Chap 26: James L. Kateka "Combining Piracy and Armed Robbery off the Somali Coast and the Gulf of Guinea", pp. 456-468; Chap. 27: H. Tuerk, "Combating Piracy: New Approaches to an Ancient Issue," p. 469-492.

166) In the *Odyssey*, Homer refers to the fact that Ulysses, in his youth, had developed acts of piracy and Menelaus recognizes to his children that piracy had been the source of his wealth. Narrative reported by E. Gonzalez-Lapeyre op. Cit. [Note 165] p.435. The author explains that "at that time, sailing in the Mediterranean Sea and across the Aegean Sea, involved an enormous danger in view of the possible attacks of the pirate ships. During the Middle Ages, the so-called Vikings, who came from northern Europe, became a real whip not only for transport but immediately to the coastal populations, basically those of Scotland, England, Ireland and France, where they occupied Normandy at the beginning of the tenth century, a territory which, precisely, still retains the denomination of its conquerors " Pp. 435-436; See also by the same author, "Sea transport and port regime", RCADI, volume 308, 2005, pp.263-264; J. Goodwin, "Universal Jurisdiction and the Pirate: Time for an Old Couple to Part", 39 Vand. J. Transnat'L 973 (2006): 976. D. Konig "Maritime Security: Cooperative Means to Address New Challenges" GYBIL, Vol. 57, 2014, p. 209-223.

167(C) Any act intended to incite or to commit the acts defined in letters (a) and (b) "

168) Article 86 of UNCLOS.

169) Article 58 (2) provides that: "Articles 88 to 115, as well as other relevant rules of international law, shall apply to the exclusive economic zone in so far as they are not incompatible with This Part "

of any third state, to any of these nationalities and shall be regarded as a vessel without nationality¹⁷⁰ .

113. To effectively combat piracy, exceptions to the rule of exclusive jurisdiction of the flag State had to be contemplated. For example, a warship that crosses a foreign ship on the high seas may board it if it has reasonable grounds to suspect that the ship is engaged into piracy.

114. In addition, any State, on the high seas or in any other place not under the jurisdiction of any State, may seize a pirate ship, or a vessel caught following an act of piracy and arrest the persons and seize the goods on board. The courts of the State which made the seizure may decide on the penalties to be imposed, as well as on the measures to be taken in respect of the ship or property¹⁷². Moreover, all States have an obligation to cooperate in the suppression of piracy on the high seas or in any other place not under the jurisdiction of any State. This is one of the few subjects in which universal jurisdiction is recognized by customary international law as reflected in the Convention by the right of seizure of a ship and access.

115. Nowadays, piracy is not only developed on the high seas. One can even say that it gradually leaves the open sea to get closer to the coasts. Today, the pirates' favorite place of action is the Arabian Sea and the Gulf of Aden, the South China the Gulf of Guinea, the Indian Ocean, the Strait of Malacca, Latin America and the Caribbean. With the melting ice of the Arctic, leading to new shipping routes between Europe and Asia, the phenomenon of piracy is likely to emerge because the indigenous peoples in those parts of the world will gradually lose their traditional activity and will have to seek some occupations. As of 1 September 2013, 6727 acts of piracy against vessels have been reported to the IMO since it started, in 1984, to produce the relevant statistics.

170) Article 92, paragraph 2, of UN CLOS.

171) Article 110, paragraph 1(a) of U N CLOS

172) Article 105 of the Convention

173) Article 100 of the Convention

116. The evolution of piracy¹⁷⁵ is at odds with the normative system. It is nowadays that acts piracy are committed in the territorial sea, even in internal waters or in ports. This situation generates a legal vacuum that will require a rather singular interpretation of the existing rules to deal with it. The resurgence¹⁷⁶ of the phenomenon has been attributed to a series of factors: poverty of coastal populations, who divert oil cargoes or demand ransoms; to free absence of government or State bankruptcy; economy in recession; IUU fishing and toxic waste discharge by foreign vessels; a failing police force¹⁷⁷.

117 In West Africa - for instance - the of IUU fishing is disastrous and destructive to the region's maritime economy and ecosystem. Pirate ships develop their activities with impunity since they are persuaded to always escape control as States do not have the means to establish a real fishery police and the waters under their jurisdiction are not monitored. Trawlers catch ail available fish of protected or standards. And then discard them at sea. They destroy the nets of local artisanal fishermen, break their canoes. They use heavy nets that will drag the ocean, thus, destroying the marine habitat but especially the nurseries for the juveniles, which prevents the fish from breeding. This situation has resulted in the closure of a number of a number of fishing villages, putting fishing communities out of work.

117. The tackling of the root causes of piracy has led ta a decline in the phenomenon. The international community is working on this and, since 2012, the downward trend has been confirming. It must be sa id that international cooperation to combat the phenomenon has proved to be very effective.

As Doris Konig points out:

« A comprehensive approach and cooperation are the only means to deal with maritime security phenomena. The center of coordination, co-

174) See IMO-MSC, "Reports on Acts of Piracy and Armed Roberts against Ships", MSC. 4 / Wax. 199, 13 August 2013, available at: <http://www.imo.org/Our Work / Security / Piracy Armed Robbery / Reports / Documents / 199-June 2013>. Pdf.

175) See H. Tuerk, op. Cit. (Note 16S]. 475-476.

176) Ibid.

177) See Tafsir Malick Ndiaye, "IUU fishing ..." op. Cit. (Note 108] p. 233; J. Kateka op. Cit. [Note 165] 464-466.

operation, and progressive development has been the Contact Group on Piracy off the Coast of Somalia. Focused on interstate cooperation at the outset, it soon became a forum where States, UN entities, international and regional organisations, industry groups, and other stakeholders worked together efficiently and effectively¹⁷⁸».

119. An international mechanism to combat piracy should be set up, but the result is very inconclusive at the present time. Perhaps the issue should be addressed pragmatically tackling the root causes. This is because the idea put forward in international gatherings to amend the statutes of existing international Courts and Tribunals to deal with piracy, seems very unrealistic insofar as amendments to multilateral treaties take a long time and result is not guaranteed *ab initio*¹⁷⁹. Pragmatism and the effective implementation of the principle of universal jurisdiction should succeed.

E. THE EXPLOITATION OF THE EXTENDED CONTINENTAL SHELF PAYMENTS AND CONTRIBUTIONS

120. These are contributions in cash or in kind for the exploitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles, which is the subject of article 82 of the UNCLOS¹⁸⁰ the implementation of which presents

178) D. König *op. cit.* [Note 166] p. 223; H. Tuerk, *op. cit.* [Note 165] p. 477.

179) View United Nations Contact Group on Piracy off the Coast of Somalia: Working Group 2 on Legal Issues, Discussion Paper on Prosecution of Pirates: An International Mechanism? 3 March 2009, pp. 2-3.

180) Article 82 of the UNCLOS provides that: "1-The coastal State shall pay contributions in cash or in kind for the exploitation of the non-living resources of the continental shelf beyond 200 nautical miles on the basis of which the breadth of the territorial sea is measured. 2-Contributions are paid each year for the entire production of a given operating site, after the first five years of operation of this site. In the sixth year, the contribution rate is 1 per cent of the value or volume of production at an operating site. This rate then increases by one percentage point per year until the twelfth year, from which it remains 7%. Production does not include resources used in the operation. 3. Any developing State which is a net importer of a mineral extracted from its continental shelf shall be exempt from such contributions in respect of that mineral. 4-Contributions shall be made through the Authority, which shall distribute them among the States Parties on the basis of equitable sharing criteria, taking into account the interests and needs of developing States, in particular the least developed developing States or Landlocked".

real challenges for the International Seabed Authority (AIFM / I SA)¹⁸¹. It is no accident that thirty-five years after the signing of UNCLOS its regime has not yet been determined.

In July 2013 the members of the Assembly of the Authority devoted part of the Secretary-General report¹⁸² discussions to the conclusions of the international workshop organized by the Authority on the review of the application of article 82 of the United Nations Convention on the Law of the Sea¹⁸³.

The purpose of this international workshop was to prepare preliminary drafts for consideration by States whose continental shelf extends beyond 200 nautical miles and by the competent organs of the International Seabed Authority.

181) See Chircop Aldo, "Operationalizing art. 82 of UNCLOS: A new raie for ISA "Ocean Yearbook, 18 (Chicago) Vol. 18, 2004, p. 39S- 412; ISA: International Seabed Authority Hand book 2004, Kingston, Jamaica, ISA 2004, 89 p .; DOALOS, ISA. Marine Mineral Resources: Scientific Advances and Economic Prospects, New York, IJN 2004, 125 p .; Mr. Wood, International Seabed Authority (ISA), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2012; Mr. Lodge "Current Legal Development / International Seabed Authority" 2009, 24, IJMCL, 185; LDM Nelson, "The New Deep Seabed Mining Regime" 1995, 10 IJMCL 189, 190-192; D. Leary, "Moving the Marine Genetic Resources Debate Resources Debate Forward: Some Reflections" 2012, 27 IJ MCL 435; P. Drankier and al. "Marine Genetic Resources in Areas Beyond National Jurisdiction: Access and Benefit Sharing" 2012, 27 IJMCL 375-409; A.G. Oude Elferink and E.J. Molenaar (eds.), The International Legal Regime of Areas Beyond National J urisdiction: Current and Future Developments, Martinus Nijhoff, 2010; According to the International Seabed Authority Technical Study No. 5, "Submissions made by coastal States until September 2008 with respect to the Continental shelf beyond 200 nm covered more than 23 million square kilometers, while the world's EEZs are estimated at approximately 260 million square kilometers, In ISA Technical Study No. 5: Non-living Resources of the Continental Shelf beyond 200 Nautical miles: Speculations on the implementation of Art. 82 of the United Nations Convention on the Law of the Sea (2010) 16, at http://www.isa.org.jm/files/docuymnts/EN/Pubs/Techstudy_5.pdf. Of 14 May 2014.

182) See Press Release of the International Seabed Authority, Nineteenth Session, Kingston, 15-26 July 2013, FM / 19/2. 183).

183) See "Implementation of Article 82 of the United Nations Convention on the Law of the Sea: Report of an International Workshop International Seabed Authority in collaboration with the China Institute for Marine Affairs in Beijing, The People's Republic of China, 26-30 November 2012, ISA Technical Study: No.12 ".

121. The Working Group¹⁸⁴ discussed four major themes: the relationship between the Authority and States with an extended continental shelf, under article 82; the terminology of article 82; the functions and tasks that derive from the article and the possible options to facilitate implementation.

122. First, article 82 establishes a relationship at two levels. On the one hand, reciprocal obligations between States-Parties established under the Convention which are the result of the intimate connection between articles 76 and 82. The provisions of article 82 appears first and foremost as an expectation of States-Parties, which is to say that the obligation to pay contributions in respect of exploitation is a debt of the OCS State to other States--Parties. On the other hand, the implementation of article 82 liaises the State with the extended continental shelf with the International Seabed Authority. That is why it is said that "contributions are made through the Authority"¹⁸⁵

In other words, the Convention requires a cooperative relationship between the State and the Authority, which is governed by good faith. The role of the Authority in this relationship must be interpreted in the light of its mandate under the Convention. On the other hand, it refers not on the periodicity of the relationship and on the structure, organ or process to govern it. The Authority is supposed to receive the contributions in the form of deposits until they are allocated among the beneficiaries in compliance with the Convention, although it does not have the powers expressly conferred by article 82 on the control and compliance with the Convention.

It appears that transparency - the principle of good governance is essential in the implementation of the provisions of Article 82. In order to do so, administrative procedures must be established¹⁸⁶ to address the problems and flaws of article and in particular , notifications to States

184) This is the purpose of Annex 1 of the aforementioned Report: Report of Working Group on Implementation Guidelines and Model Article 82 Agreement Presented by Professor Chircop as facilitator, and Dr. Galo Carrera, Consulate of Mexico in Nova Scotia and New Brunswick , Canada, as Rapporteur.

185) Article 82, paragraph 4, of the UNCLOS.

186 See, in this regard, the working paper of the above-mentioned workshop "Development of Guidelines for the implementation of Article 82

with extensive continental shelves, at the beginning, the suspension and the end of production. The Working Group explored the advantages and drawbacks of a standardized approach compared to a case-by-case for the sake of consistency, predictability and efficiency. It turns out that the diversity of resources requires a certain flexibility in the procedures. The question of the flow of information between the State and the Authority was examined in detail. It emerged from the review that a format for the presentation of information should be established to accompany contributions. The Working Group also considered the question of the in-kind contribution to ensure access to the resource to beneficiary States Parties¹⁸⁷.

123. Next, the Working Group addressed the issue of terminology. It appears that article 82 does not define the following key terms "Resources", "all production", "value", "volume", "site", "Payments", "contributions in kind" / each year '

It seems that these different words have been used to achieve the necessary compromise and that is why they are hardly terms dedicated. And the working group worked to define them in their context to facilitate common understanding. He says:

«Therefore, reasonably consistent understanding among States Parties to facilitate implementation and avoid potential disputes regarding interpretation is an important consideration. The development of a guide to assist OCS States with the implementation of Article 82 would need to address this matter) ¹⁸⁸

Thus, the eight terms are defined to provide the context and the spirit in which they were chosen¹⁸⁹, to establish a common understanding.

124. In regards to third major theme., the functions and tasks were examined. The Convention does not define them. And the Working Group sought to establish them for both the States and the Authority. For States with extensive continental shelves, the following issues, were identified: a particular site eligible under Article 82; the date of commencement of production; the suspension of the grace period; suspen-

187. See Report of Working Group A, cited in footnote 138, paragraphs 2-9.

188) Ibid. Paragraph 10.

189) Ibid. Paragraphs 11-17.

sion of production that affects contributions, announcement of future payments; In-kind contributions; the announcement of the change of option; and the date of the end of production. Concerning notifications from the Authority to States, the following issues were considered: Acknowledgment of receipt of formal notification by the annual Bank instructions for payments; Receipt of payments; In-kind contributions; and the annual bank statement certifying payments and contributions received. In addition, the annual report of the Secretary-General of the Authority should inform Member States on the status of payments and contributions received and the related problems on the basis of information received from States with extensive continental shelves ¹⁹⁰

125. Finally, the last theme regards the structure formal or informal and the necessary process to facilitate the administrative relationship between the States and the Authority. The Working after having rejected the methods of UNCLOS Part XI and the agreement on Straddling stocks, opted for "Memorandum of Understanding between OCS States and the ISA, but not discussed in depth ¹⁹¹. Participants at the international workshop noted that many topics could not be addressed and further studies would be required" They stressed the importance of continuing to review, through the competent bodies of the Authority the means of establishing a system for the pragmatic and functional application of article 82 ¹⁹². It should be noted that the series of technical studies of the International Seabed Authority proves to be a wealth of important information¹⁹³.

190) Ibid. Paragraphs 19-22. 191) 191) Ibid. Paragraph 23.

192) Press release of 15 July 2013 cited above. [Note 136].

193) See ISA TECHNICAL STUDY SERIES: Technical Study (TS) - TS N° 1: "Global Non-Living Resources on the Extended Continental Shelf: Prospects at the Year 2000"; TS No. 2: "Polymetallic Massive Sulphides and Cobalt-Rich Ferromanganese crusts: Status and Prospects"; TS N° 3: "Biodiversity, species Ranges and Gene Flow in the Abyssal Pacific Nodule Province: Predicting and Managing the impacts of Deep Seabed Mining"; TS No. 4: "Issues associated with the implementation of Article 82 of the UNCLOS; TS N° 5: "Non-living resources of the continental Shelf beyond 200 nautical miles: Speculation on the implementation of Article 82 of the UNCLOS"; TS No. 6: "A Geological Model of Polymetallic Nodule Deposits in the Clarion Clipperton Fracture Zone"; TS N° 7: "Marine Benthic Nematode Molecular Protocol Handbook (Nematode Barcoding)"; TS N° 8: "Fauna and cobalt-Rich Ferromanganese Crust Seamounts"; Chemosynthetic Ecosystems: Justification of and considerations for a spatially-based Approach"; TS No. 10: "Environmental Management Needs for Exploration and Exploitation of Deep Sea Minerals"; TS N° 11: "Towards the Development of a Regulatory Framework for Polymetallic Nodules Exploitation in the Area"; TS No. 12: "Implementation Workshop

F. THE ADVISORY FUNCTION OF THE INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF SEA

126. Under UNCLOS¹⁹⁴ and the statutes of the Tribunal the advisory function is exercised by the Seabed Disputes Chamber. However, the Tribunal in plenary may give opinions based on other international agreements¹⁹⁵). These two instruments hardly contemplate the advisory jurisdiction of the Tribunal as a full court. Nor is there any trace of it in the draft of the Preparatory Commission. This is a creation of the Tribunal in the drafting of its Rules of Procedure in 1996; the possibility for the Tribunal to give advisory opinions was raised. For this reason, the jurisdiction clause is found in the Rules¹⁹⁶. It is the subject of article which provides that the Tribunal may give an advisory opinion on a legal question insofar as an international agreement relating to the purposes of the Convention expressly provides that a request for such an opinion is submitted to it.

127. Normally, the advisory procedure is open to international organizations and to them alone. The mechanism does not include any claim or parties. This is why the application is the only way of referring cases to the Chamber and the Tribunal by bodies authorized to request opinions in specified matters. The advisory opinion is a legal consultation devoid of binding force and which, as an individual statement, has no legal force. On the other hand, it is possible that a body with legal functions, such as the Tribunal, is requested, because its statute does not prohibit it, from giving legal advice. In some cases, an arbitral tribunal may have to deliver an advisory opinion¹⁹⁷.

128. For the Full Tribunal the consultative channel is open when an

convened by the International Seabed Authority, 26-30 November 2012."

194) See Article 159, paragraphs 10 and 191 of UNCL05.

195) See Rule 138 of the Rules of the Tribunal; See also, Tafsir Malick Ndiaye, "The Advisory Function of the International Tribunal for the Law of the Sea", in L. del Castillo (ed.), *Law of the Sea, from the International Tribunal for the Law of the Sea*. Cit. [Note 165] pp. 621-653.

196) Ibid.

197) See Tafsir M. Ndiaye, "The Advisory Function ..." op. Cit. [Note 195] p.645.

international agreement¹⁹⁸ relating to the Convention provides so. The purposes of the Convention are prolific. These include: biological resources of the sea; conservation and management of such resources; marine environment and ecosystems, marine scientific research, pollution, marine navigation, crime at sea and maritime safety; Maritime claims and liabilities; Maritime transport.

129. In these matters, there are many problems which can usefully be the subject of requests for advisory opinions as revealed by the various workshops of the Tribunal¹⁹⁹. A recurrent issue relates to the role of regional fisheries management bodies and illegal fishing.

130. As Ambassador Tommy Koh noted:

«FAO has repeatedly called the world's attention to the crisis in fisheries. The crisis is being caused by over-fishing by illegal, unreported and unregulated fishing, by the ineffectiveness of the regional fishery management organizations and by the use of destructive and unsustainable methods of fishing, such as, bottom trawling and dredge fishing. Urgent action is needed to tackle these problems. The world can learn from the successful experiences of Iceland and New Zealand in the management of their fisheries. The IMO should consider requiring all commercial fishing boats to be licensed and to carry transponders. We should also consider eco-labelling for fish. Regional fishery management organizations should be established in all regions, and they should be allowed to make their decisions by majority votes rather than by consensus. Certain destructive methods of fishing should be banned²⁰⁰».

131. It is no coincidence that the first request for an advisory opinion submitted to the full Tribunal was made by an RFMO, in this case the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)²⁰¹. Article 138 of the Rule of the Tribunal sets out a number of conditions that must be met in order for an application for an advisory opinion on a legal issue to be admissible. First, there must be international agreement. Second, the agree-

198) This is a treaty within the meaning of Article 1 para. (A) of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969.

199) See, Tafsir Malick Ndiaye "The Advisory Function ..." op. Cit. [Note 195] p.645.

200) See T. Koh, "UN CLOS at 30: Some Reflections" in L. del Castillo (ed.) *Law of the Sea*, op. Cit. [Note 19S] p.108.

201) Application submitted on 28 March 2013; See ITLOS / Press 190 of 28 March 2013. The CSRP, which is based in Dakar, Senegal, consists of seven member states: Cape Verde, Gambia, Guinea, Guinea-Bissau, Mauritania, Senegal and Sierra Leone.

ment in question must relate to the purposes of the Convention. Thereafter, the international agreement expressly provides that a request for such an opinion is submitted to the Tribunal and, finally, the advisory opinion must relate to a legal question. The preliminary legal question which has long occupied the Tribunal in this case is that of its jurisdiction to render an advisory opinion²⁰² since this was the first case in which it had to do so in plenary session. The Tribunal will begin by recalling articles 16 and 21 of the statutes and article 138 of the rules of procedure before examining the various arguments put forward by the participants in the proceedings²⁰³.

132. The main arguments put forward against the Tribunal's advisory jurisdiction are that the Convention makes no explicit or implicit reference to advisory opinions of the Tribunal Full Court, and that if the Tribunal were to exercise advisory jurisdiction would act *ultra vires* under the Convention.

133. Other participants expressed support for the Tribunal's advisory jurisdiction. They argued that article 21 of the Statute constitutes in itself a sufficient legal basis for the jurisdiction of the full Court to give effect to a request for an advisory opinion if it is expressly provided for in a relevant international agreement, there is no reason to assume that the phrase "all matters" does not cover the request for an advisory opinion. They added that the argument that the phrase "whenever" refers to "all disputes" as well as the Tribunal is limited by article 288 (2) of the Convention, cannot be upheld. They the Statute, in particular Article 21²⁰⁴

134. After examining the various types of arguments, the Tribunal specifies that the expression "whenever expressly provided for in any other agreement conferring jurisdiction on the tribunal" confers not an advisory jurisdiction on the Tribunal. It is rather the expression "other agreement" in article 21 of the statute which confers on it such competence. When the expression "other agreement" assigns an advisory

202) See ITLOS Opinion of 2 April 2015 in Case No. 21, paragraph 37-79.

203) See paragraphs 40 to 47 for the arguments put forward against the Advisory Jurisdiction of the Tribunal of the Whole.

204) See paragraphs 48 to 57 for the arguments in favor of the Tribunal's advisory jurisdiction.

power to the Tribunal, the Tribunal may exercise that jurisdiction "whenever" expressly provided in this "other agreement". Article 21 and the "other agreement" conferring jurisdiction on the Tribunal are related to each other and constitute the legal basis for the Tribunal's advisory jurisdiction²⁰⁵.

135. This decision establishes a precedent that can prove to be of great benefit to the States grouped within the Regional Fisheries Management Organizations (RFMOs). This is all the more so since, in its opinion, the Tribunal indicates that the flag State is under an obligation to take the necessary measures, including enforcement measures, to ensure that vessels flying its flag comply with Laws and regulations of the member states of the CSRP²⁰⁶. This advisory opinion singularly gives teeth to the Convention and lays the groundwork for future actions against flag States. It also opens up the prospect of submitting new questions to the Tribunal.

136. The Tribunal further held that the responsibility of the flag State resulted from a breach of its due diligence obligation for IUU fishing activities by vessels flying its flag in the EEZs of Member States of the CSRP²⁰⁷. This provides examples of significant advances that can significantly protect Member States from Regional Fisheries Management Bodies, which can now resort to the Tribunal to complain about the violation of measures taken in the management and Conservation of the biological resources they administer.

137. The new challenge, which risks jeopardising UNCLOS itself and its legitimacy, is the systematic violation of many of its provisions, thus, affecting not only the legal order of the seas, but also International relations. These include: Drawing of straight baselines under conditions contrary to article 7; claiming the exercise of jurisdiction in contiguous zones for security reasons contrary to Article 33; the breadth of territorial seas exceeding 12 nautical miles, contrary to article 3, or the violation by flag States of article 94 of the Convention. It will be necessary to

205) See paragraph 58 of the Advisory Opinion of 2 April 2015.

206) Reply to the first question of the CSRP.

207 See answer to the second question of a CSRP.

consider implementing Part XV while there is still time. The reluctance of States towards legal adjudication is inherent in the very nature of the structure of international society which is shaped by political processes and where the individualistic interests of States are omnipresent. States must, however, act in accordance with UNCLOS, which they have spent a decade negotiating and been celebrating all year long.

208) See Robin Churchill, "The Persisting Problem of Non-Compliance with the Law of the Sea Convention: Disorder in the Oceans", *International Journal of Marine and Coastal Law* 27 (2012) 813-820; Idem "The Impact of State Practice on the Jurisdictional Framework Contained in the LOS Convention "in AG Oude Elferink (ed.) *Stability and Change in the Law of the Sea: The Role of the LOS Convention*, Martinus Nijhoff, Leiden 2005, p.91; J.A. Roach and R. W. Smith, *Excessive Maritime Claims*, 3rd edition, Martinus Nijhoff, Leiden, 2012; As Ambassador Tommy KOH reminds us: "I wish to express a serious concern about the tendency of some States to extend their jurisdiction in violation of the Convention. Some States have drawn straight baselines when they are not so entitled. Other states have enacted laws and regulations governing activities in the Exclusive Economic Zones. Some states have acted in contravention of the regime of transit passage. States have shown a little bit of integrity and fidelity to law when it comes to deciding whether a feature is a rock or an island. I think states should be less reluctant to protest against such actions by other states and be more willing to refer such disputes settlement "in L. del Castillo (ed.) *Law of the Sea*, Op. Cit. [Note 195] p.108.

The judge, maritime delimitation and the grey areas

Tafsir Malick Ndiaye

The Author(s) 2016. This article is published with open access at Springerlink.com

Abstract The delimitation of maritime areas between neighbours is of vital importance in that it provides for stable and long-lasting relations. With the maritime boundary delimitation, international law has been enriched with a new chapter that has developed steadily in proportion with the related challenges and expectations. After nearly a century of practice, international courts and tribunals achieve a very useful result in boundary delimitation: a single maritime boundary employing the now well-established three-stage equidistance-relevant-circumstances method. The paper examines the Wade-mecuum of the move and the emergence of jurisprudence addressing delimitation of a State's maritime entitlements located beyond 200 nautical miles from the baselines, i.e., the so-called Outer Continental Shelf and the legal regime thereof.

Keywords The UNCLOS • The ITLOS • Maritime delimitation

1 Introduction

With maritime delimitation, international law has been enriched with a new chapter that has developed rapidly in proportion with the related challenges and expectations. The delimitation of maritime areas between neighbours is of vital importance in that it provides for stable and long-lasting relations.

The author is a Judge of the International Tribunal for the Law of the Sea, Hamburg, Germany. Opinions expressed in this article are personal.

Tafsir Malick Ndiaye (E)
International Tribunal for the Law of the Sea, Hamburg, Germany
e-mail: ndiaye@itlos.org

Published online: 31 May 2016

Springer

Many maritime boundaries in the world are, however, not delimited. The total number of potential maritime boundaries is 420,¹ yet there are only about 200 boundary agreements to date. This implies that disputes relating to maritime delimitation have many days ahead of them. To settle such disputes, States shall have to negotiate among themselves or use available dispute resolution mechanisms.

Customary law, developed progressively through conferences on codification and bilateral boundary agreements, appears a priori as an important source for maritime boundary delimitation law.

Proceedings of the UN International Law Commission led to the 1958 Geneva Conventions on the delimitation of the territorial sea and the continental shelf. The third United Nations Conference on the Law of the Sea gave rise to the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) of 10 December 1982. The latter provides for the delimitation of the territorial sea, the continental shelf and the economic exclusive zone. However,² a review of maritime delimitation disputes reveals that these provisions hardly occupy the central place they are expected to. Moreover, bilateral boundary agreements have not produced adequate practice of the law to be able to impose itself as customary law.

The fundamental role in the formulation of legal rules and principles that should govern the law on maritime delimitation therefore appears to be the responsibility of the International Court of Justice (ICJ) and arbitrary tribunals. The tribunals apply the delimitation rules as indicated by the Court while occasionally introducing some innovations, which are later adopted by the ICJ in a spirit of mutual benefit. It is worth noting at this point that the International Tribunal for the Law of the Sea

1. The US Dept of State, Bureau of Oceans and International Environment and Scientific Affairs, *Limits in the Seas*, No: 108, 1st Rev (Maritime Boundaries of the World, 1990).

2 It may be recalled that in the *North Sea Continental Shelf (Germany v Denmark)* Merits, Judgment [1969] ICJ Rep 3, the ICJ refused to apply the provisions of Article 6 of the 1958 Geneva Convention on the continental shelf as a rule of customary law. It hence focused on defining the legal principles that should govern the delimitation of the continental shelf between the two States. It nonetheless had a more marked attitude in the maritime delimitation case in the region located between Greenland and Jan Mayen (*Denmark v Norway*) [1993] ICJ Rep 61 [51]: 'For the delimitation of the continental shelf ... even if customary law on the continental shelf was to be applied instead of Article 6 of the 1958 Convention as developed in the jurisprudence'. There is the impression that customary law was hence ousted in favour of maritime delimitation law.

(ITLOS) was first seized of a maritime delimitation case with the presentation of the case on the dispute regarding the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal on 14 December 2009.³

The judge, maritime delimitation and the grey areas

International courts aided in developing what can now be referred to as maritime delimitation law, which we will endeavour to present in the form of an instruction manual or a notice on handling a maritime delimitation case. We will examine the applicable law (2), delimitation principles (3) and then the delimitation of the maritime border (4). We will lastly study the consequences of the delimitation method on the spatial distribution of State jurisdictions with respect to their rights and obligations including in the grey area (5).

2 The applicable law

The review commences with the presentation of the overall geographical setting; in other words, the maritime area within which delimitation should be determined; this area can be illustrated on a map.⁴ The judge may then recall the origin and evolution of the dispute, as indicated on the documents presented by the parties,⁵ prior to addressing the applicable law.

It is developed out of international custom and treaties, for instance,

³ Proceedings instituted in the dispute concerning the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal, ITLOS /Press 140 (16 December 2009).

⁴ See, for example, Maritime delimitation in the Black Sea (Romania v Ukraine) Judgment [2009] ICJ Rep 69.

⁵ See, Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea and Guinea-Bissau, 19 RIAA 149-196 (14 February 1985) [18, 24].

the Conventions on the law of the sea concluded in Geneva (Geneva Conventions) on 29 April 1958 and the UNCLOS on 10 December 1982. Articles 15, 74 and 83 of the UNCLOS relate, respectively, to the delimitation of the territorial sea, the EEZ and the continental shelf⁶

The review of the jurisdiction clause, regardless of whether it is an arbitration clause or the application itself, allows the judge to determine the conditions of referral to the court and verify if these were met at the time the documents instituting the proceedings were submitted, thereby authorizing the judge to be seized of the case.

3 Principles of delimitation

The maritime delimitation that the judge will carry out shall rely on the determination of the relevant coasts and the relevant maritime zones of each party.

3.1 The relevant coasts

Relevant coasts are crucial in the delimitation exercise. They are the basis of a State's entitlement to the areas to be delimited. As indicated

⁶ Article 15 of the Convention stipulates: Where the coasts of two States are opposite or adjacent to each other, neither of the two States is entitled, failing agreement between them to the contrary, to extend its territorial sea beyond the median line every point of which is equidistant from the nearest points on the baselines from which the breadth of the territorial seas of each of the two States is measured. The above provision does not apply, however, where it is necessary by reason of historic title or other special circumstances to delimit the territorial seas of the two States in a way which is at variance therewith. Articles 74 and 83 of the Convention are similarly worded and provide that: (1) The delimitation of the exclusive economic zone [continental shelf] between States with opposite or adjacent coasts shall be effected by agreement on the basis of international law, as referred to in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, in order to achieve an equitable solution. (2) If no agreement can be reached within a reasonable period of time, the States concerned shall resort to the procedures provided for in Part XV. (3) Pending agreement as provided for in paragraph 1, the States concerned, in a spirit of understanding and cooperation, shall make every effort to enter into provisional arrangements of a practical nature and, during this transitional period, not to jeopardize or hamper the reaching of the final agreement. Such arrangements shall be without prejudice to the final delimitation. (4) Where there is an agreement in force between the States concerned, questions relating to the delimitation of the exclusive economic zone [continental shelf] shall be determined in accordance with the provisions of that agreement. The UNCLOS, 1833 UNTS 3 (1982).

by the ICJ, the title of a State to the continental shelf and to the EEZ is based on the principle that the land dominates the sea through the projection of the coasts or the coastal fronts.' The land is the legal source of the power which a State may exercise over territorial extensions to seaward.⁸ Moreover, the coast of the territory of the State is the decisive factor for title to submarine areas adjacent to it.⁹ It is therefore important to determine the relevant coasts of each party to the case, which confer legal entitlement of countries to the continental shelf and the EEZ, i.e., those whose projections overlap, because the purpose of delimitation is to resolve the issue of overlapping claims by drawing a line of separation between the maritime areas concerned.

As explained by the ICJ,¹⁰ the role of relevant coasts can have two different though closely related legal aspects in relation to the delimitation of the continental shelf and the EEZ. First, it is necessary to identify the relevant coasts in order to determine what constitutes in the specific context of a case the overlapping claims to these zones. Second, the relevant coasts need to be ascertained in order to check, in the third and final stage of the delimitation process, whether any disproportionality exists in the ratios of the coastal length of each State and the mari-

7 Maritime delimitation in the Black Sea, *supra* note 4, 89 [77].

8 North Sea Continental Shelf Case [1969] ICJ Rep 51 [96].

9 See the subject matter of delimitation disputes are indeed many: in the *Grisbadarna Case (Norway v Sweden)* [1909] 11 RAA 147 ff, the arbitral award of 14 March 1908 stipulates: 'Article 3: The Arbitral Tribunal shall decide whether the boundary line should be considered, either wholly or in part, as fixed by the Boundary Treaty of 1661 with the map annexed thereto, and in what manner the line thus established should be drawn; that in so far as the boundary line shall not be considered as fixed by that Treaty and map, the Tribunal shall determine the boundary line'; first, the outstanding dispute between the two Emirates of Dubai and Sharjah concerning the demarcation of the boundaries between them shall be referred to arbitration in the *Continental Shelf Case (Tunisia/Libya)* [1982] ICJ Rep 18 ff article one of the special agreement of 10 June 1977 stipulates: 'The Court is requested to render its judgement in the following matter: What principles and rules of international law may be applied for the delimitation of the area of the continental shelf appertaining to the Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya and to the area of the continental shelf appertaining to the Republic of Tunisia and the Court shall take its decision according to equitable principles and the relevant circumstances which characterize the area as well as the new accepted trends in the Third Conference on the Law of the Sea.'

10. *Romania v Ukraine*, *supra* note 4, 89 [78]

time areas falling either side of the delimitation line¹¹ Any part of the coast of one Party which, because of its geographic situation, cannot overlap with the extension of the coast of the other is to be excluded from further consideration by the Court.¹² After ascertaining the relevant coasts of each party, the judge establishes the ratio between the lengths of the respective coasts of each State and then verifies if there is any disproportionality between the ratio of the lengths of the coasts of each party and that of maritime areas on either side of the delimitation line.¹³

3.2 The relevant maritime zone

11 North Sea Continental Shelf Case, supra note 8, 51 [96].

12 Tunisia v Libya, supra note 9, [1982] ICJ Rep 61 [75].

13 The ICJ has often faced difficulties to determine relevant coasts. In the Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v Malta) [1985] ICJ Rep [74] states: 'In the view of the Court, there is no reason of principle why the test of proportionality, more or less in the form in which it was used in the Tunisia/ Libya case, namely the identification of -relevant coasts", the identification of "relevant areas" of continental shelf, the calculation of the mathematical ratios of the lengths of the coasts and the areas of shelf attributed, and finally the comparison of such ratios, should not be employed to verify the equity of a delimitation between opposite coasts, just as well as between adjacent coasts. However, there may well in such a case be practical difficulties which render it inappropriate in that form. These difficulties are particularly evident in the present case where, in the first place, the geographical context is such that the identification of the relevant coasts and the relevant areas is so much at large that virtually any variant could be chosen, leading to widely different results, and in the second place the area to which the judgment will in fact apply is limited by reason of the existence of claims of third States. To apply the proportionality test simply to the areas within these limits would be unrealistic;...' However, the primacy of coastal geography in terms of delimitation is settled jurisprudence: 'It is ... necessary to examine closely the geographical configuration of the coastlines of the countries whose continental shelves are to be delimited' North Sea Case, supra note 1, [1969] ICJ Rep [96]; '...the method of delimitation which it adopts for the Atlantic region must be one that has relation to the coasts of the Parties actually abutting on the continental shelf of that region.' 'The coast of each of the Parties ... constitutes the starting line from which one has to set out in order to ascertain how far the submarine areas appertaining to each of them extend in a seaward direction, as well as in relation to neighbouring States situated either in an adjacent or opposite position,' Tunisia v. Libya, supra note 9, [1982] ICJ Rep [74]; 'The delimitation line to be drawn in a given area will depend upon the coastal configuration,' Gulf of Maine case. In the case concerning the Gulf of Maine area (Canada v United States of America) [1984] ICJ Rep 246 ff, the special agreement of 29 March 1979 stipulates in its article 2: the Chamber is requested to decide, in accordance with the principles and rules of international law applicable in the matter as between the Parties, the following question: What is the course of the single maritime boundary that divides the continental shelf and fisheries zones of Canada and the United States of America I.. .]. 2) The Chamber is requested to describe the course of the maritime boundary in terms of geodetic lines connecting geographic coordinates of points. The Chamber is also requested for illustrative purposes only to depict the course of the boundary on ... chart ... [1984] ICI Rep [205].

Seaward projections of relevant coasts of the coastal State and the encroachment effect of these projections on those at sea of the other coastal State determine maritime delimitation. This means therefore that the delimitation exercise only takes into account coasts that generate overlapping titles. It is for this reason that the utility of the notion of relevant maritime zone is often challenged. The ICJ¹⁴ sought to justify the use of this notion. It observed that the legal concept of the "relevant area" has to be taken into account as part of the methodology of maritime delimitation.

In the first place, depending on the configuration of the relevant coasts in the general geographical context and the methods for the construction of their seaward projections, the relevant area may include certain maritime spaces and exclude others which are not germane to the case in hand. Secondly, the relevant area is pertinent to checking disproportionality. This will be done as the final phase of the methodology. The purpose of delimitation is not to apportion equal shares of the area or indeed proportional shares. The test of disproportionality is not in itself a method of delimitation. It is rather a means of checking whether the delimitation line arrived at by other means needs adjustment because of a significant disproportionality in the ratios between the maritime areas which would fall to one party or other by virtue of the delimitation line arrived at by other means, and the lengths of their respective coasts.

The Court further observes that¹⁵ for the purposes of this final exercise in the delimitation process the calculation of the relevant area does not purport to be precise and is approximate. The object of delimitation is to achieve a delimitation that is equitable, not an equal apportionment

14 *Romania v Ukraine*, supra note 4, 99 [110].

15 *Ibid* [111].

of maritime areas.¹⁶

The relevant maritime zone covers the entire area of coastal extensions of litigating States. These projections may overlap those of third-party States.¹⁷

After establishing the relevant maritime zone, the judge will then proceed with the maritime delimitation requested by the litigating parties. To this end, he shall make use of the applicable rules on delimitation that emerge from the jurisprudence in the absence of rules in the UNCLOS.

4 Delimitation of the maritime boundary

4.1 The method of delimitation

It is outlined by the ICJ¹⁸ in the Case Concerning the Continental shelf (Libya /Malta) in which it states: 'In applying the equitable principles thus elicited, within the limits defined above, and in the light of the relevant circumstances, the Court intends to proceed by stages; thus, it will first make a provisional delimitation by using a criterion and a method both of which are clearly destined to play an important role in producing the final result; it will then examine this provisional solution in the light of the requirements derived from other criteria, which may call for a correction of this initial result.'

16. Germany v Denmark, supra note 2, 21-22 [18], the Court states: '[...] having regard both to the language of the Special Agreements and to more general considerations of law relating to the regime of the continental shelf, its task in the present proceedings relates essentially to the delimitation and not the apportionment of the areas concerned, or their division into converging sectors. Delimitation is a process which involves establishing the boundaries of an area already, in principle, appertaining to the coastal State and not the determination de novo of such an area. Delimitation in an equitable manner is one thing, but not the same thing as awarding a just and equitable share of a previously undelimited area, even though in a number of cases the results may be comparable, or even identical.' In the delimitation case (Greenland v Jan Mayen), supra note 2, [64], the Court states: '[...] Thus the law does not require a delimitation based upon an endeavour to share out an area of overlap on the basis of comparative figures for the length of the coastal fronts and the areas generated by them. The task of a tribunal is to define the boundary line between the areas under the maritime jurisdiction of two States; the sharing-out of the area is therefore the consequence of the delimitation, not vice versa.'

17 Romania v Ukraine, supra note 4, 100 [112], the Court notes that the delimitation will occur within the enclosed Black Sea, with Romania being both adjacent to, and opposite Ukraine, and with Bulgaria and Turkey lying to the south. It will stay north of any area where third-party interests could become involved.

18 Libya v Malta, supra note 13, 46 [60]

The provisional delimitation line is determined, using methods that are geometrically objective and also appropriate for the geography of the area in which the delimitation is to take place. So far as delimitation between adjacent coasts is concerned, an equidistance line will be drawn unless there are compelling reasons that make this unfeasible in the particular case.¹⁹ So far as opposite coasts are concerned, the provisional delimitation line will consist of a median line between the two coasts. No legal consequences flow from the use of the terms "median line" and "equidistance line" since the method of delimitation is the same for both.²⁰

Equidistance and median lines are to be constructed from the most appropriate points on the coasts of the two States concerned, with particular attention being paid to those protuberant coastal points situated nearest to the area to be delimited.

The Court considers therefore the extent to which the Court may, when constructing a single-purpose delimitation line, deviate from the base points selected by the Parties for their territorial seas. When construction of a provisional equidistance line between adjacent States is called for, the Court will have in mind considerations relating to both Parties' coastlines when choosing its own base points for this purpose. The line thus adopted is heavily dependent on the physical geography and the most seaward points of the two coasts. In keeping with its settled jurisprudence on maritime delimitation, the first stage of the Court's approach is to establish the provisional equidistance line. At this stage, the judge pays no heed to any relevant circumstances, and the line is drawn in accordance with strictly geometric criteria on the basis of objective data.²¹ Based on the coastal configuration of litigating States, the provisional line may vary: an equidistance line between adjacent coasts and a median line between opposite coasts, for example. Given that the course of the final line should result in an equitable solution,²² the Court

19. Case Concerning the Territorial and Maritime Dispute in the Caribbean Sea (Nicaragua v Honduras), [2007] ICJ Rep 745 [281], it is stated: '... the Court finds itself within the exception provided for in Article 15 of UNCLOS, namely facing special circumstances in which it cannot apply the equidistance principle. At the same time equidistance remains the general rule.'

20 This is stated by the ICJ in the aforementioned Black Sea Case, *supra* note 4, 101 [116].

21 *Ibid* 101 [118].

22 In compliance with the first paragraphs of Articles 74 and 83 of the UNCLOS.

will at the second stage consider whether there are factors calling for the adjustment or shifting of the provisional equidistance line in order to achieve an equitable result.²³ This is the second part of the delimitation exercise to which the Court will turn, having first established the provisional equidistance line.

In the third stage, the Court will verify that the line does not, as it stands, lead to an inequitable result by reason of any marked disproportion between the ratio of the respective coastal lengths and the ratio between the relevant maritime area of each State by reference to the delimitation line. A final check for an equitable outcome entails a confirmation that no great disproportionality of maritime areas is evident by comparison to the ratio of coastal lengths.²⁴

4.2 The provisional equidistance line

This includes two key stages: selection of base points and consequently the construction of the line itself. The geography of the area to be delimited plays an important role in the selection of base points. The

23 Case Concerning the Land and Maritime Boundary (Cameroon and Nigeria, Equatorial Guinea intervening) [2002] ICJ Rep <<http://www.icjci.org/docket/files/94/7453.pdf>>. On 29 March 1994, the Government of Cameroon filed an application in the Registry of the ICJ in which it observed that 'delimitation [of the maritime boundary between the two States] has remained a partial one and, despite many attempts to complete it, the two parties have been unable to do so.' It consequently requested the court, 'In order to avoid further incidents between the two countries, [...] to determine the course of the maritime boundary between the two States beyond the line fixed in 1975.' In the Case between Cameroon and Nigeria, the ICJ states in [288]: 'The Court has on various occasions made it clear what the applicable criteria, principles and rules of delimitation are when a line covering several zones of coincident jurisdictions is to be determined. They are expressed in the so-called equitable principles/relevant circumstances method. This method, which is very similar to the equidistance/special circumstances method applicable in delimitation of the territorial sea, involves first drawing an equidistance line, then considering whether there are factors calling for the adjustment or shifting of that line in order to achieve an "equitable result."' See also the aforementioned case *Nicaragua v Honduras*, supra note 19, 741 [271].

24 *Romania v Ukraine*, supra note 4, 103 [122]: 'This is not to suggest that these respective areas should be proportionate to coastal lengths: as the Court has said "the sharing out of the area is therefore the consequence of the delimitation, not vice versa". *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v Norway)*, Judgment, [1993] ICJ Rep 67 [64]

judge will therefore always describe the general geographical context when called upon to carry out maritime delimitation.

In the case of the Black Sea delimitation, the Court had to indicate the conclusions drawn from the fact that the dispute related to both adjacent and opposite coasts. The Court will identify the appropriate points on the Parties' relevant coast or coasts which mark a significant change in the direction of the coast, in such a way that the geometrical figure formed by the line connecting all these points reflects the general direction of the coastlines. The points thus selected on each coast will have an effect on the provisional equidistance line that takes due account of the geography.²⁵

According to the Court,²⁶ the geography shows that the capacity of the coasts to generate overlapping titles indicates the existence of two areas: in one case, the coasts are adjacent; in the other, they are opposite. In practice, the first conclusion which the Court draws from this is that, on the Romanian coast, the significant base points from which the equidistance line and the median line must be established are the same, since this coast is both adjacent and opposite to the Ukrainian coast. The second conclusion is that, as the Ukrainian coast consists of two portions—one adjacent to the Romanian coast, the other opposite to it—the base points to take into account must be defined separately, according to whether the adjacent or opposite portion is concerned. The third conclusion is the identification of a turning-point on the equidistance line where the effects of adjacency give way to those of the coasts on the opposite side, resulting in a change in the direction of the line. Lastly, the Court will need to consider the relevance or otherwise of Serpents' Island in terms of the choice of base points.

After describing the views of Parties on base points to be taken into consideration in order to draw the provisional equidistance line between adjacent coasts of the two parties, the Court examined the question of whether the base points to be used could be the same as those selected by each State to determine the outer limit of its territorial sea. In this respect, the Court observed²⁷ that the geometrical nature of the first stage of the delimitation exercise leads it to use as base points those which the geography of the coast identifies as a physical reality at the time of

25. *Ibid.*, 105 [127]

26. *Ibid.* [128].

the delimitation. That geographical reality covers not only the physical elements produced by geodynamics and the movements of the sea, but also any other material factors that are present.

The Court upholds the dual principle of baselines and base points. It appears that the base points and baselines for the purpose of delimitation are independent of those that serve to measure the breadth of the territorial sea and other maritime jurisdictions. The Court²⁸ observes that the issue of determining the baseline for the purpose of measuring the breadth of the continental shelf and the EEZ and the issue of identifying base points for drawing an equidistance / median line for the purpose of delimiting the continental shelf and the EEZ between adjacent/opposite States are two different issues.

In the first case, the coastal State may determine the relevant base points in compliance with provisions of the UNCLOS.²⁹ This is, however, an exercise that always has a point of international relevance.³⁰ In the second case relating to the delimitation of maritime zones between two States or more, the Court cannot rely on the selection of base points by one of the parties. When called upon to delimit the continental shelf and EEZ, the Court shall use base points in reference to the physical geography of relevant coasts.

After identifying the base points on the coastlines of the two parties, the Court will trace the provisional equidistance line based on those points, which will be identical to the provisional median line. This line will be confronted with the relevant circumstances in order to achieve an equitable result.

4.3 The relevant circumstances

When the provisional equidistance line is drawn, the judge considers whether any factors calling for an adjustment or displacement of this line to achieve an equitable result.³¹ These factors, considered as relevant

27. Ibid [131].

28. Ibid [137].

29. These include articles 7, 9, 10, 12 and 15 of the UNCLOS.

30. Fishries case (United Kingdom v Norway) [1952] ICJ Rep 116 [132].

31. This principle was constructed over a long period from 1969 Case Concerning the North Sea Continental Shelf, Tunisia v Libya (1982), Case Concerning the Gulf of Maine (1984) and Libya v Malta (1985) with the (contd.)

circumstances,³² allow the judge to ensure that the provisional equidistance line that has been drawn based on the geometrical method from base points identified on the Parties' coastlines is not, in the light of the special circumstances, perceived as inequitable. If such was the case, the judge would adjust the line in order to reach an equitable solution.³³

Regarding applicable rules, the Court observes that the respective length of coasts can play no role in identifying the equidistance line which has been provisionally established. Delimitation is a function which is different from the apportionment of resources or areas.³⁴ There is no principle of proportionality as such which bears on the initial establishment of the provisional equidistance line.

Where disparities in the lengths of coasts are particularly marked, the Court may choose to treat that fact of geography as a relevant circumstance that would require some adjustments to the provisional equidistance line to be made.

The Court acknowledged that 'a substantial difference in the lengths of the parties' respective coastlines may be a factor to be taken into consideration in order to adjust or shift the provisional delimitation line.'³⁵ The Court found that the disparity between the lengths of the coasts of Jan Mayen and Greenland (approximately 1:9) constituted a "special circumstance" requiring modification of the provisional median line, by moving it closer to the coast of Jan Mayen, to avoid inequitable

famous statement of principle of the Court: 'but in any event the baselines as determined by coastal States are not per se identical with the points chosen on a coast to make it possible to calculate the area of continental shelf appertaining to that State. In this case, the equitableness of an equidistance line depends on whether the precaution is taken of eliminating the disproportionate effect of certain "islets, rocks and minor coastal projections".' *Libyan Arab Jamahiriya v Malta*, supra note 13, 48 [64].

³² *Cameroon v Nigeria*, supra note 23, 441 [288].

" *North Sea Case*, supra note 2, 53 [53].

³⁴ As provided for in paragraph 1 of articles 74 and 83 of the UNCLOS.

³⁵ *North Sea Continental Shelf*, supra note 2, 22 [18].

results for both the continental shelf and the fisheries zone.³⁶

In the Case Concerning the Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine area (Canada v. United States of America), the Court examining 'the equitable criteria that may be taken into consideration for an international maritime delimitation' stated:

[T]he fact that to take into account the extent of the respective coasts of the Parties concerned does not in itself constitute either a criterion serving as a direct basis for a delimitation, or a method that can be used to implement such delimitation. The Chamber recognizes that this concept is put forward mainly as a means of checking whether a provisional delimitation established initially on the basis of other criteria, and by the use of a method which has nothing to do with that concept, can or cannot be considered satisfactory in relation to certain geographical features of the specific case, and whether it is reasonable or otherwise to correct it accordingly. The Chamber's views on this subject may be summed up by observing that a maritime delimitation can certainly not be established by a direct division of the area in dispute proportional to the respective lengths of the coasts belonging to the parties in the relevant area, but it is equally certain that a substantial disproportion to the lengths of those coasts that resulted from a delimitation effected on a different basis would constitute a circumstance calling for an appropriate correction.³⁷

The question of special circumstances to be taken into consideration will be dealt with at a later stage by the Court. According to the Court,³⁸ although there may be no legal limit to the considerations which States may take account of, this can hardly be true for a court applying equitable procedures. For a judge, although there is assuredly no exhaustive list of considerations, it is evident that only those that are pertinent to

36 Cameroon v Nigeria, supra note 23, 446 [301].

37 Maritime Delimitation (Greenland and Jan Mayen), supra note 16, the Court observed that 'it should however be made clear that taking account of the disparity of coastal lengths does not mean a direct and mathematical application of the relationship between the length of the coastal front of eastern Greenland and that of Jan Mayen,' [69]; In the Case between Libya and Malta, the Court observed: 'If such a use of proportionality were right, it is difficult indeed to see what room would be left for any other consideration; for it would be at once the principle of entitlement to continental shelf rights and also the method of putting that principle into operation. Its weakness as a basis of argument, however, is that the use of proportionality as a method in its own right is wanting of support in the practice of States, in the public expression of their views at (in particular) the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, or in the jurisprudence,' supra note 13, 45 [58]. In the same case, the Court considered that the difference between the lengths of the relevant coasts of Malta and Libya (1:8 ratio) was 'so great as to justify the adjustment of the median line' and that 'the degree of such adjustment does not depend upon a mathematical operation and remains to be examined'; *ibid.*, 50 [68].

38 Case Concerning the Gulf of Maine, supra note 13, 323 [185]

the institution of the continental shelf as it has developed within the law, and to the application of equitable principles to its delimitation, will qualify for inclusion. Otherwise, the legal concept of continental shelf could itself be fundamentally changed by the introduction of considerations strange to its nature.

In fact, the judge will only focus on circumstances relating to the legal title of the State on disputed maritime areas and which will allow him to draw a delimitation line that is acceptable and equitable for parties. After taking into consideration, or not, one or more relevant circumstances likely to result in the adjustment or shifting of the provisional delimitation line, the judge will determine and draw what will become the final delimitation line. All that remains is to verify the absence of disproportionality for the judge to fully accomplish his task..

4.4 Verification of the absence of disproportionality

The judge will now turn to check that the result thus far arrived at, so far as the envisaged delimitation line is concerned, should not lead to any significant disproportionality by reference to the respective coastal lengths and the apportionment of areas that ensue. The ICJ³⁹ recommends the attitude to be adopted. Views contained in the judgment in the case concerning the delimitation of continental shelf between the United Kingdom and the French Republic are decisive.⁴⁰ In examining the concepts of "proportionality" and "reasonable evaluation of natural features," the Tribunal stated:

[P]articuliar configurations of the coast or individual geographical features may, under certain conditions, distort the course of the boundary, and thus affect the attribution of continental shelf to each State, which would otherwise be indicated by the general configuration of their coasts. The concept of "proportionality" merely expresses the criterion or factor by which it may be determined whether such a distortion results in an inequitable delimitation of the continental shelf as between the coastal States concerned. It is disproportion rather than any general principle of proportionality which is the relevant criterion or factor ... there can never be a question of

39 *Libya v Malta*, supra note 13, [48].

40. *North Sea Continental Shelf*, supra note 2, [98]: "...to be taken account of [...] the element of a reasonable degree of proportionality which a delimitation effected according to equitable principles ought to bring about between the extent of the continental shelf appertaining to the States concerned and the lengths of their respective coastlines.

completely refashioning nature ... it is rather a question of remedying the disproportionality and inequitable effects produced by particular geographical configurations or features ... Proportionality, therefore is to be used as a criterion or factor relevant in evaluating the equities of certain geographical situations, not as a general principle providing an independent source of rights to areas of continental shelf ... proportionality is not in itself a source of title [...], but is rather a criterion for evaluating the equities of certain geographical situations ... The element of proportionality ..., its role being rather that of a criterion to assess the distorting effects of particular geographical features and the extent of the resulting inequity.⁴¹

Checking the absence of disproportionality can only be approximate. Diverse techniques have in the past been used for assessing coastal lengths, with no clear requirements of international law having been shown as to whether the real coastline should be followed, or baselines used, or whether or not coasts relating to internal waters should be excluded;⁴² each maritime delimitation case is a "unicum."⁴³

After half a century, maritime delimitation has reached maturity with its three stages. The first stage, which is the starting point, consists of drawing a provisional equidistance line. The second stage consists of ensuring that this line produces an equitable result in which case the pro-

41 Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic, XVIII RIAA 189 and ff., [100, 101, 246, 250]; see also *Guinea v. Guinea-Bissau*, XIX RIAA 183-184 [94-95].

42 *Black Sea Delimitation*, supra note 4, 129 [212].

43 *Ibid.*, [213]

visional line becomes final.⁴⁴ However, if the provisional equidistance line does not produce an equitable result, the judge shall adjust or shift this line based on the relevant circumstances of the case; this is the third and final stage. This three-stage paradigm will render great service to the judge in his search for a solution to the maritime delimitation dispute by offering stability and predictability. We shall now discuss what is referred to as the "Grey area", the "Alta mar" or the "Outer triangle".

5 The grey area

The Grey Area⁴⁵ is an area lying within 200 miles from the coast of one state, but beyond a maritime boundary with another state. One state is excluded from exercising jurisdiction in this area because it lies beyond the maritime boundary, and the other state is excluded from exercising 200-miles-zone jurisdiction because the grey area on

44. (1984) ICJ Rep 290(81)

45. In the Reply of the United States of America in the Case Concerning the Gulf of Maine, Mr. Colson explained: 'The final preliminary issue of geographical significance with which we will deal-and then set aside-is the matter of the so-called grey area.

[...] Let us turn now to the four reasons we would give to suggest that the grey area is not a matter that should concern the Chamber in this case. First, the grey area issue has been known for some time and to our knowledge it has never deterred States from applying a method or methods other than the equidistance method when it was equitable to do so. Second, the three United Nations Law of the Sea Conferences have paid no heed to the grey area issue. Third, State practice has not been concerned with this issue. And, fourth, the Parties have provided a means for dealing with the issue in the Special Agreement. [...] Figure 109 of our presentation shows two charts—one of the Chile-Peru maritime boundary and the other of the Peru-Ecuador maritime boundary. [...] In the case of the boundary between Chile and Peru, the grey area created by the boundary measure approximately 7,800 square nautical miles. In the case of the boundary between Peru and Ecuador it is smaller, measuring about 400 square nautical miles [...]. We would also point out that areas of various sizes exist worldwide, including such negotiated delimitations as those between Kenya-Tanzania, Colombia-Ecuador, The Gambia-Senegal, Guinea-Bissau-Senegal, the northern boundary between Portugal and Spain, and Brazil-Uruguay. Accordingly, the fact that a grey area would exist were the United States line or others through the Northeast Channel to prevail, is not an unusual circumstance such as to warrant the Chamber's concern. The grey area in this case, which would be created by the United States line, is approximately 5700 square nautical miles,' ICJ Oral Proceedings, Gulf of Maine Case (Canada/United States of America), vol. VII, 217-220. Judgment was delivered on 12 October 1984 by the Chamber formed pursuant to the Court order of 20 January 1982. (Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, [1984] ICJ Rep 246)

its side of the boundary lies beyond 200 miles from its coast. The possibility of creating a grey area stems from the fact that there is a discrepancy between entitlement to the EEZ and the principle applicable to its delimitation. Entitlement to this zone is solely based on distance from the coast, but its delimitation between states can be effected on the basis of principles other than distance from the coast. This results in a line which reaches the outer limit of the EEZ at a point which is non-equidistant from the coast of the states concerned. If such a line is applied to limit the maritime zones of both states involved, a grey area is created.⁴⁶

The expression "grey area" reveals the uncertainties of its legal status. The grey area refers to a geographic area that is the focus of overlapping claims in the EEZ, the continental shelf or the extended continental shelf of two or more coastal States.⁴⁷

Consequently, the Grey area poses numerous and complex legal issues relating to applicable principles for delimitation within and beyond the 200-nautical-mile limit, the relation between rights and entitlements to the EEZ and the continental shelf, and in particular, the possibility or not to create such an area in determining ab initio the boundary, the EEZ limits or the territorial sea.⁴⁸

46 AG Oude Elferink, *Does Undisputed Title to a Maritime Zone Always Exclude Its Delimitation: The Grey Area Issue*, 13 (2) *Intl J Marine and Coastal L* (1998) 143-192, 143.

47 See, Shaun Lin and Clive Schofield, *Lessons from the Bay of Bengal ITLOS Case: Stepping Offshore for a "Deeper" Maritime Political Geography*, 180 (3) *The Geographical J* (2014) 260-264, 260, where the authors explain: 'The ITLOS delimited a maritime boundary with respect to multiple distinct maritime jurisdictional zones (territorial sea, exclusive economic zone and continental shelf) between Bangladesh and Myanmar (Bay of Bengal Case). ITLOS did not however, wholly resolve the issues of marine governance that the two states face in the Bay of Bengal, leaving a number of complex and potentially problematic issues outstanding, including the unique creation of what was termed a "grey area", the governance arrangements for which are open to debate.'

48 In the *Case Concerning the Gulf of Maine*, supra note 13, Canada suggests in its Counter-Memorial, 239 that the Grey area could be eliminated by awarding it to the State holding the undisputed title to the said area, with three possible consequences: '(1) A boundary which intersects the 200-nautical-mile limits in the vicinity of the equidistance line, eliminating or diminishing the grey area; (2) If the single maritime boundary principle is maintained, one party will have continental shelf jurisdiction in the grey area and neither party will have fishery zone or EEZ jurisdiction; and (3) If overlapping jurisdictions are accepted, one party will have continental shelf jurisdiction and the other jurisdiction over the water column.' The latter was selected in the jurisprudence of the Bay of Bengal.

5.1 Entitlement and delimitation

The creation of a grey area in determining boundaries relating to the EEZ or the territorial sea depends on the existing relation between the entitlement and the delimitation of maritime areas. Entitlement to these areas is dependent on the criterion of distance measured from the coast with the notable exception of historical entitlements.

However, delimitation of the EEZ or continental shelf between States with adjacent or opposite coasts may be carried out based on principles and criteria other than that of the distance measured from the coast.

In the case concerning delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal,⁴⁹ the ITLOS applied the three-stage paradigm.⁵⁰ It determined the method of delimitation, drew the provisional equidistance line and verified the absence of disproportionality. It decided that the method to be used for delimiting the EEZ and the continental shelf between Bangladesh and Myanmar was the relevant equidistance/circumstances method.⁵¹

As reiterated by the Tribunal,⁵² delimitation presupposes an area of overlapping entitlements. Entitlement and delimitation are two distinct concepts yet they are interrelated. Parties also recognize the interrelationship between entitlement and delimitation. Bangladesh states: 'The Tribunal must answer this question before it can delimit the shelf: does either Party have an entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles? Likewise, Myanmar observes that 'the determination of the entitlements of both States to a continental shelf beyond 200 nautical miles and their respective extent is a prerequisite for any delimitation.'

In the present case, the Parties have made claims to the continental

49 Dispute Relating to the Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh v Myanmar) ITLOS, Case no. 16, Judgment of 14 March 2012 [177-340]; Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration Bangladesh v India < http://www.pcacpa.org/showpage.asp?pag_id=1376>; Maritime Dispute (Peru v Chile)[2014] <www.icj-cij.org/docket/files/137/17930.pdf>; Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v Colombia) [2012] ICJ Rep 624,

50 Ibid [35-60],

51. Bangladesh v Myanmar, *ibid* [23].

52 Ibid [397-398]

shelf beyond 200 nautical miles which overlap. Part of this area is also claimed by India. Each Party denies the other's entitlement to the continental shelf beyond 200 nautical miles. Furthermore, Myanmar argues that the Tribunal cannot address the issue of the entitlement of either Bangladesh or Myanmar to a continental shelf beyond 200 nm, as this is an issue that lies solely within the competence of the Commission on the Limits of the Continental Shelf (CLCS), not of the Tribunal.

The delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles gives rise to a grey area located beyond 200 nautical miles from the coast of Bangladesh but within 200 nautical miles from the coast of Myanmar, yet on the Bangladesh side of the delimitation line. The Parties differ on the status and treatment of the Grey area.

Myanmar does not dispute that, 'as a matter of principle, the delimitation of the continental shelf, including the shelf beyond 200 nautical miles, could fall within the jurisdiction of the Tribunal.'⁵³

Myanmar asserts in its Counter-Memorial that, as a general matter, the question of the Tribunal's jurisdiction to delimit the continental shelf beyond 200 nautical miles should not arise in this case, because the delimitation line should terminate well before reaching the 200-nautical-mile limit from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured.⁵⁴

Myanmar adds: 'Even if the Tribunal were to decide that there could be a single maritime boundary beyond 200 nautical miles (quod non), the Tribunal would still not have jurisdiction to determine this line because any judicial pronouncement on these issues might prejudice the rights of third parties and also those relating to the international seabed area.

Myanmar argues: 'As long as the outer limit of the continental shelf has not been established on the basis of the recommendations of the CLCS, the Tribunal, as a court of law, cannot determine the line of delimitation on a hypothetical basis without knowing what the outer limits are.'⁵⁶ It maintains:

⁵³Counter-Memorial of Myanmar, in, *Bangladesh v Myanmar*, *ibid* [1.14].

⁵⁴ *Ibid* [1.15].

⁵⁵ *Ibid* [1.16].

⁵⁶ *Ibid* [1 . 1 7].

A review of a State's submission and the making of recommendations by the Commission on this submission is a necessary prerequisite for any determination of the outer limits of the continental shelf of a coastal State "on the basis of these recommendations" under article 76 (8) of UNCLOS and the area of continental shelf beyond 200 nautical miles to which a State is potentially entitled; this, in turn, is a necessary precondition to any judicial determination of the division of areas of overlapping sovereign rights to the natural resources of the continental shelf beyond 200 nautical miles. To reverse the process, ... to adjudicate with respect to rights the extent of which is unknown, would not only put this Tribunal at odds with other treaty bodies, but with the entire structure of the Convention and the system of international ocean governance.⁵⁷

In support of its position, Myanmar cites the *Arbitral Award in the Case concerning the Delimitation of Maritime Areas between Canada and France (St Pierre and Miquelon)*, which states: 'It is not possible for a tribunal to reach a decision by assuming hypothetically the eventuality that such rights will in fact exist.'⁵⁸ In the view of the arbitral tribunal, any decision on delimiting the continental shelf beyond 200 nautical miles between France and Canada would have been based solely on hypothetical rights. Myanmar also cites the ICJ judgment in the *Nicaragua v. Honduras* case, asserting that the Court there declined to delimit the continental shelf beyond 200 nautical miles between Nicaragua and Honduras because the CLCS had not yet made recommendations to the two countries concerning their continental shelf beyond 200 nautical miles. The judgment cited by Myanmar to this effect states:

[...] It should also be noted in this regard that in no case may the line be interpreted as extending more than 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured; any claim of continental shelf rights beyond 200 miles must be in accordance with Article 76 of UNCLOS and reviewed by the CLCS established thereunder.⁵⁹

Myanmar elaborated on its position during the oral proceedings, stating, *inter alia*, that in principle it did not question the Tribunal's jurisdiction. The two Parties did indeed accept the jurisdiction of the Tribunal on the same terms, in accordance with the provisions of article 287, paragraph 1, of the Convention, for the 'settlement of [the] dispute ... relating to the delimitation of [the] maritime boundary between the two countries in the Bay of Bengal.' According to Myanmar, the only pro-

⁵⁷ Rejoinder of Myanmar [A.17].

⁵⁸ [1992] XXXI RIAA 293 [81].

⁵⁹ *Nicaragua v Honduras*, *supra* note 19, 659, 759 [319].

blem concerned the possibility that the Tribunal might exercise such jurisdiction to decide on the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles.

Myanmar further contended that, if the Tribunal 'nevertheless were to consider the Application admissible on this point-quod non-', it 'could not but defer judgment on this aspect of the matter until the Parties, in accordance with Article 76 of the Convention, have taken a position on the recommendations of the Commission concerning the existence of entitlements of the two Parties to the continental shelf beyond 200 [nautical miles] and, if such entitlements exist, on their ... extension' towards the outer limits of the continental shelf of the two countries.⁶⁰

Bangladesh is of the view that the Convention expressly empowers the Tribunal to adjudicate disputes between States arising under articles 76 and 83, in regard to the delimitation of the continental shelf. As the Convention draws no distinction between jurisdiction over the inner part of the continental shelf, i.e., that part within 200 nautical miles, and the part further away, delimitation of the entire continental shelf is, according to Bangladesh, covered by article 83, and the Tribunal plainly has jurisdiction to carry out delimitation beyond 200 nautical miles.⁶¹

Responding to Myanmar's argument that 'in any event, the question of delimiting the shelf beyond 200 [nautical miles] does not arise because the delimitation line terminates well before reaching the 200 [nautical mile] limit,' Bangladesh states that 'Myanmar's argument that Bangladesh has no continental shelf beyond 200 [nautical miles] is based instead on the proposition that once the area within 200 [nautical miles] is delimited, the terminus of Bangladesh's shelf falls short of the 200 nautical mile limit.'⁶² Bangladesh contends '[t]his can only be a valid argument if the Tribunal first accepts Myanmar's arguments in favour of an equidistance line within 200 nautical miles. Such an outcome would require the Tribunal to disregard entirely the relevant circumstances relied upon by Bangladesh'.⁶³

60 ITLOS/PV.11/11, 9, 18-23.

61. Memorial Submitted by Bangladesh, in, Bangladesh v Myanmar, .supra note 49, [4.23]. 62.

62.Reply of Bangladesh [4.30].

63 Reply of Bangladesh [4.40].

With reference to Myanmar's argument regarding the rights of third parties, Bangladesh contends that a potential overlapping claim of a third State cannot deprive the Tribunal of jurisdiction to delimit the maritime boundary between two States that are subject to the jurisdiction of the Tribunal, because third States are not bound by the Tribunal's judgment and their rights are unaffected by it. Bangladesh points out that so far as third States are concerned, a delimitation judgment by the Tribunal is merely *res inter alios acta* and that this assurance is provided in article 33, paragraph 2, of the Statute of the Tribunal.⁶⁴

Bangladesh also observes that Myanmar's contention 'with regard to the international seabed area disregards its own submission to the CLCS, which makes clear that the outer limits of the continental shelf vis-à-vis the international seabed are far removed from the maritime boundary with Bangladesh.'⁶⁵ Bangladesh notes a certain inconsistency in Myanmar's position on this subject, observing that Myanmar 'accepts with respect to the potential areas of overlap with India that even if [the-Tribunal] cannot fix a tripoint between three States, it can indicate the "general direction for the final part of the maritime boundary between Myanmar and Bangladesh," and that doing so would be "in accordance with the well-established practise" of international courts and tribunals.'⁶⁶

Among Bangladesh's conclusions summarizing its position on the issue of third-party rights and the jurisdiction of the Tribunal are the following:

2. The delimitation by the Tribunal of a maritime boundary in the continental shelf beyond 200 [nautical miles] does not prejudice the rights of third parties. In the same way that international courts and tribunals have consistently exercised jurisdiction where the rights of third States are involved, ITLOS may exercise jurisdiction, even if the rights of the international community to the international seabed were involved, which in this case they are not.

3. With respect to the area of shelf where the claims of Bangladesh and Myanmar overlap with those of India, the Tribunal need only determine which of the two Parties in the present proceeding has the better claim, and effect a delimitation that is only binding on Bangladesh and Myanmar. Such a delimitation as between the two Parties to this proceeding would not be binding on India.⁶⁷

64.Memorial Submitted by Bangladesh [435].

65.Reply of Bangladesh [4.17].

66.Reply of Bangladesh [4.17].

67Reply of Bangladesh [4.91].

In respect of the role of the CLCS, Bangladesh states:

[T]here is no conflict between the roles of ITLOS and the Commission in regard to the continental shelf. To the contrary, the roles are complementary. ITLOS has jurisdiction to delimit boundaries within the outer continental shelf; the Commission makes recommendations as to the delineation of the shelf's outer limits with the international seabed, provided there are no disputed claims between adjacent or opposite States. Indeed, the Commission may not make any recommendations on the outer limits until such dispute is resolved (by ITLOS or another judicial or arbitral body, or by agreement between the parties)—unless the parties give their consent that the Commission review their submissions. In the present case, the Commission is precluded from acting due to the Parties' disputed claims in the outer continental shelf and the refusal by at least one of them (Bangladesh) to consent to the Commission's actions.⁶⁸

Bangladesh contends:

[I]f Myanmar's argument were accepted, ITLOS would have to wait for the CLCS to act and the CLCS would have to wait for ITLOS to act. The resulting catch-22 would mean that whenever parties are in dispute in regard to the continental shelf beyond 200 Procedures Entailing Binding Decisions under Part XV, Section 3 of UNCLOS would have no practical application. In effect, the very object and purpose of the UNCLOS dispute settlement procedures would be negated. Myanmar's position opens a jurisdictional black hole into which all disputes concerning maritime boundaries in the outer continental shelf would forever disappear.⁶⁹

Summarizing its position, Bangladesh concludes in the Reply: 'In portraying CLCS recommendations as a prerequisite to exercise of jurisdiction by this Tribunal, Myanmar sets forth a circular argument that would make the exercise of ITLOS jurisdiction with respect to the continental shelf beyond 200 [nautical miles] impossible. This is not consistent with Part XV of the UNCLOS or with Article 78.'⁷⁰ It must be recalled that the jurisdiction of the Tribunal depends in all instances on the prior consent of the parties and that no sovereign State can be party to a case before an international court unless it has consented thereto. It is this consent to bring a dispute before the Tribunal that determines the Tribunal's jurisdiction over the dispute. However, the dispute and the applications [in French, *demandes*] should not be confused. Article 21 of the Statute of the Tribunal provides: 'The jurisdiction of the Tribunal

68. Memorial Submitted by Bangladesh, [4.28 and 4.29].

69 Reply of Bangladesh [4.7].

70 Reply of Bangladesh [3.91 (1)].

comprises all disputes and all applications [demands] submitted to it in accordance with this Convention and all matters specifically provided for in any other agreement which confers jurisdiction on the Tribunal.⁷¹

This means that the Tribunal, in performing its judicial task, may choose the terms under which it will respond to the Parties' submissions. The Tribunal is therefore free to consider and decide the question of delimiting the continental shelf beyond 200 nautical miles separately. Myanmar's jurisdictional objection in respect of the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles is justified by the fact that Myanmar as Respondent accepted the jurisdiction of the Tribunal. Indeed, paragraph 12 of the minutes of the consultations with the President of the Tribunal clearly states: 'During the course of the consultations, the delegation of Myanmar informed the President of the intention of Myanmar to file preliminary objections in case. In respect of this matter, a letter from the Agent of Myanmar dated 25 January 2010 was handed over the Registrar.' Those preliminary objections concern the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles between the two Parties.

The allocation of rights within the grey area is a very complex issue. In the *Bangladesh v Myanmar* case, the delimitation line follows a geodetic line starting at an azimuth of 215° until it reaches a point situated at 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea of Bangladesh is measured.

In the case between Bangladesh and India, the delimitation line of the Arbitral Tribunal also creates a grey area beyond 200 nautical miles

71. The ICJ has defined a submission to be the 'precise and direct statement of a claim [demande]' (*Fisheries Judgment*, [1951] ICJ Rep 116, 126). According to the Court, submissions may not be presented in interrogative form (*Haya de la Torre, Judgment*, [1951] ICJ Rep 71). And the Court considers that it has jurisdiction to interpret them, which allows it, where it deems necessary, to refrain from responding to them (*Monetary Gold Removed from Rome in 1943, Preliminary* [1954] ICJ Rep 19, 28). The Court wrote: The Italian Government contends that the Court has no jurisdiction to adjudicate upon these Submissions of the United Kingdom. The Court cannot consider itself as lacking jurisdiction to adjudicate upon the validity, withdrawal or cancellation of an application which has been submitted to it: to adjudicate upon such questions with a view to deciding upon the effect to be given to the Application falls within the purview of its judicial task.

from the coasts of Bangladesh but within the 200 nautical miles of India. As Bangladesh does not have rights over the EEZ, the dividing line beyond 200 miles only delimits overlapping claims to the continental shelf. Consequently, Bangladesh has sovereign rights to explore the continental shelf and exploit 'mineral and other non-living resources of the seabed and subsoil together with living organisms belonging to sedentary species' east of the dividing line in the grey area. India, for its part, has sovereign rights over the EEZ regarding the superjacent waters.

The Arbitral Tribunal leaves it to the two States to determine the practical arrangements for the realization of their respective rights in the grey area. This judgment is singularly similar to that of the ITLOS in the case between Bangladesh and Myanmar.

Given the nature of the dividing line, Bangladesh alone exercises sovereign rights on the continental shelf of the two grey areas created by ITLOS and the Arbitral Tribunal (Annex VII). Therefore, neither India nor Myanmar can exploit the seabed and sub-soil in grey areas.⁷² These decisions of the two jurisdictions are debatable. The Indian judge, for instance, in the case between Bangladesh and India strongly objects to these decisions. He explains: 'Sovereign rights of a coastal State over the water column and the seabed and its subsoil are considered as two indispensable and inseparable parts of the coastal State's rights in the EET,⁷³ Anticipating the difficulties likely to arise in the management and sharing of maritime species, Dr. Rao indicates: 'As a matter of policy, international courts and tribunals should avoid delimiting boundaries in a way that leaves room for potential conflicts between the parties The grey area also has the potential to exacerbate bilateral relations and pose avoidable security problem.⁷⁴ In dealing with the case, D. A. Anderson observed rightly:⁷⁵

72. Bangladesh v India, *supra* note 49, [505]; Bangladesh v Myanmar, *supra* note 49 [474] where ITLOS decided that in the area beyond Bangladesh's exclusive economic zone that is within the limits of Myanmar's exclusive economic zone, the maritime boundary delimits the Parties' rights with respect to the seabed and subsoil of the continental shelf but does not otherwise limit Myanmar's rights with respect to the exclusive economic zone, notably those with respect to the superjacent waters.'

73. *Ibid* Dissenting opinion of Dr. Rao [31].

74. *Ibid* [35-37].

75 DA Anderson, Bay of Bengal Maritime Boundary (Bangladesh v India), 109 Am J Intl L (2015) 146-154,

In light of the Bangladesh/Myanmar case, as well as the North Sea Continental Shelf case, the decision to depart from the provisional equidistance line to take account of the concavity of the relevant coasts was supported by precedent and thus predictable. But the (majority) decision suffers from a lack of transparency concerning the construction of the delimitation line.

The Tribunal's decision to extend the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles followed that of ITLOS in the same Bay of Bengal. The legislative history of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea shows that the Bay of Bengal is a special case, a factor that was not, however, brought out in terms of the award. In delimitation cases concerning other parts of the world, different considerations may apply. The existence of two grey areas in the Bay of Bengal may complicate relations over fisheries issues in the future, In some boundary negotiations, the parties have agreed upon a "joint area" for a particular purpose and at the same time have defined the applicable regime for its management. The two grey areas appear at present to lack such measures of agreement and cooperation.

5.2 Jurisprudence in the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles between the parties: should a precedent have been created ?

Delimitation is determined by agreement or by adjudication by a court or tribunal. The outer limits of the continental shelf are established by the coastal State on the basis of recommendations by the Commission and are "final and binding". The recommendations of the Commission are submitted in writing to the coastal State which made the submission and to the Secretary-General of the United Nations.⁷⁶ For this reason, article 7 of Annex II provides: 'Coastal States shall establish the outer limits of the continental shelf in conformity with the provisions of article 76, paragraph 8, and in accordance with the appropriate national procedures.' The thrust of these rules is to establish by implication that any delimitation of the continental shelf, or any delineation of its outer limits beyond 200 nautical miles, effected unilaterally by one State regardless of the views of the other State or States concerned, or established other-

⁷⁶ Annex 11, article 6, [3] of the Convention.

wise than under article 76, paragraph 8, is in international law not opposable to those States.⁷⁷

The delimitation of sea areas has always an international aspect; it cannot be dependent merely upon the will of the coastal State as expressed in its municipal law. Although it is true that the act of delimitation is necessarily a unilateral act, because only the coastal State is competent to undertake it, the validity of the delimitation with regard to other States depends upon international law.⁷⁸

Under the circumstances of the case, can the Tribunal delimit the continental shelf beyond 200 nautical miles between Bangladesh and Myanmar? Specifically, can it do so even before the Parties' claims to the continental shelf have been confirmed on the basis of the recommendations by the CLCS referred to in article 76, paragraph 8? Each Party disputes the other's entitlement to continental shelf area beyond 200 nautical miles. The circumstances:

(a) Treaty obligations (article 76 and Annex II of the Convention).

Paragraph 1 of article 76 of the Convention defines the continental shelf and establishes two criteria. The first is the distance criterion for those States whose continental margin does not extend more than 200 nautical miles from the baselines. In this case, the outer limit of the juridical continental shelf merges with the outer limit of the EEZ. The second criterion is a geomorphological one for those States whose continental margin extends more than 200 miles from the baselines. In this case, the coastal State must show the CLCS that the natural prolongation of its land mass extends more than 200 nautical miles. For purposes of this determination, there apply (i) two formulae determining the outer edge of the continental margin and (ii) constraints limiting the expansion of States. The outer limit of the juridical continental shelf can be established by the combined application, in accordance with precise rules, of the lines resulting from the formulae and constraints. Scientific data must be gathered at sea to produce the information needed to apply the formulae. The coastal State establishes the outer limits of the

⁷⁷ Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, *supra* note 13, 246, 292 [87].

⁷⁸ Fisheries case (UK v Norway) [1951] ICJ Rep 116, 132.

continental shelf on the basis of the recommendations made by the CLCS (article 76, para. 8, of the Convention and Annex II of the Convention). The Secretary-General of the United Nations gives due publicity to these limits. Article 3, paragraph 1, of Annex II to the Convention describes the Commission's functions as follows:

1. The functions of the Commission shall be:

(a) to consider the data and other material submitted by coastal States concerning the outer limits of the continental shelf in areas where those limits extend beyond 200 nautical miles, and to make recommendations in accordance with article 76 and the Statement of Understanding adopted on 29 August 1980 by the Third United Nations Conference on the Law of the Sea;

(b) to provide scientific and technical advice, if requested by the coastal State concerned during the preparation of the data referred to in subparagraph (a).

This means that the authority to examine lies with the Commission if the information furnished to it proves that the conditions laid down in article 76 for purposes of establishing the outer limits of the continental shelf are satisfied by the coastal State. Under the terms of the Convention, the power to assess the scientific and technical data submitted by the coastal State is vested exclusively in the Commission.

The Tribunal complicated its task by delimiting the continental shelf beyond 200 nautical miles even though the Commission has not pronounced upon the outer limits of each Party's continental shelf.

(b) Suspension of a submission by the CLCS

'In cases where a land or maritime dispute exists, the Commission shall not consider and qualify a submission made by any of the States concerned in the dispute. However, the Commission may consider one or more submissions in the areas under dispute with prior consent given by all States that are parties to such a dispute' (Annex I, para. 5 (a), of the Rules of Procedure of the Commission).

In accordance with this, the Commission stated on the subject of the submission made by Myanmar pursuant to article 76 on 16 December 2008:

noting that there had been no developments to indicate that consent existed on the part of all States concerned allowing the consideration of the submission notwith-

standing the existence of a dispute in the region, the Commission decided to further defer the establishment of a subcommission for the consideration of the submission made by Myanmar. It was also decided that, since the submission remained next in line for consideration as queued in the order in which it was received, the Commission would revisit the situation at the time of establishment of its next subcommission.

The Commission reiterated this decision at its twenty-seventh session (7 March-21 April 2011). Considering the positions of the Parties as described above, the Tribunal will first address the main point in dispute, namely whether or not they have any entitlement to the continental shelf beyond 200 nautical miles. In this regard, the Tribunal will first examine the Parties' positions in regard to their respective entitlements; it will analyse the meaning of "natural prolongation" and its interrelation with that of continental margin. The Tribunal will then ascertain whether it has jurisdiction in the present case to determine the entitlements of the Parties to the continental shelf beyond 200 nautical miles. Finally, the Tribunal will determine whether there is overlap between any entitlements the Parties may have to the continental shelf beyond 200 nautical miles. On the basis of these determinations, the Tribunal will take a decision on the delimitation of the continental shelf of the Parties beyond 200 nautical miles.⁷⁹

While both Parties make claims to the continental shelf beyond 200 nautical miles, each disputes the other's claim. Thus, according to them, there are no overlapping claims over the continental shelf beyond 200 nautical miles. It follows either that the question of delimitation does not arise or that the delimitation between the Parties must be effected so as to leave the entire continental shelf area beyond 200 nautical miles to one Party alone.

Bangladesh submits that pursuant to article 76 of the UNCLOS, it has an entitlement to the continental shelf beyond 200 nautical miles. It further submits that Myanmar enjoys no such entitlement because its land territory has no natural prolongation into the Bay of Bengal beyond 200 nautical miles. Therefore, according to Bangladesh, there is no overlapping continental shelf beyond 200 nautical miles between the Parties, and it alone is entitled to the continental shelf claimed by both of them. Bangladesh thus submits that any boundary in this area must lie no fur-

⁷⁹ Bangladesh v Myanmar, *supra* note 49, 96 [401].

ther seaward from Myanmar's coast than the 200 nautical mile "juridical shelf" provided for in article 76.⁸⁰

In respect of its own entitlement to the continental shelf beyond 200 nautical miles, Bangladesh asserts that 'the outer continental shelf claimed by Bangladesh is the natural prolongation of Bangladesh's land territory by virtue of the uninterrupted seabed geology and geomor-

phology, including specifically the extensive sedimentary rock deposited by the Ganges-Brahmaputra river system.⁸¹ To prove this, Bangladesh provided the Tribunal with scientific evidence to show that there is a geological and geomorphological continuity between the Bangladesh land mass and the Bay of Bengal. In addition, Bangladesh submits that its entitlement to the outer continental shelf, the limits of which have been established by the so-called Gardiner formula based on sediment thickness, extends well beyond 200 nautical miles.

In respect of Myanmar's entitlement, Bangladesh claims that Myanmar is not entitled to a continental shelf beyond 200 nautical miles because it cannot meet the physical test of natural prolongation in article 76, paragraph 1, which requires evidence of a geological character connecting the seabed and subsoil directly to the land territory. According to Bangladesh, there is overwhelming and unchallenged evidence of a "fundamental discontinuity" between the landmass of Myanmar and the seabed beyond 200 nautical miles (RB, para. 4.62). Bangladesh contends that the tectonic plate boundary between the Indian and Burma Plates is manifestly 'a marked disruption or discontinuance of the seabed' that serves as 'an indisputable indication of the limits of two separate continental shelves, or two separate natural prolongations.'⁸²

In its note verbale of 23 July 2009 to the Secretary-General of the United Nations, Bangladesh stated that the areas claimed by Myanmar in its submission to the Commission as part of its putative continental shelf were in fact the natural prolongation of Bangladesh and hence Myanmar's claim was disputed by Bangladesh (MB, vol. III, Annex 21). In its submission of 25 February 2011 to the Commission, Bangladesh reiterated this position, stating that it 'disputes the claim by Myanmar to

80 MB [7.37].

81 MB [7.43].

82 RB [4.62].

areas of outer continental shelf because those claimed areas 'form part of the natural prolongation of Bangladesh.'⁸³ In summing up, Bangladesh states in its Memorial:

That by reason of the significant geological discontinuity which divides the Burma plate from the Indian plate, Myanmar is not entitled to a continental shelf in any of the areas beyond 200 [nautical miles]. That Bangladesh is entitled to claim sovereign rights over all of the bilateral shelf area beyond 200 [nautical miles] claimed by Bangladesh and Myanmar ...; That, vis-a-vis Myanmar only, Bangladesh is entitled to claim sovereign rights over the trilateral shelf area claimed by Bangladesh, Myanmar and India ... (MB, paragraph 7.43).

Myanmar rejects Bangladesh's contention that Myanmar has no entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles. While Myanmar does not contradict Bangladesh's evidence from a scientific point of view, it emphasizes that the existence of a geological discontinuity in front of the coast of Myanmar is simply irrelevant to the case. According to Myanmar, the entitlement of a coastal State to a continental shelf beyond 200 nautical miles is not dependent on any "test of natural geological prolongation". What determines such entitlement is the physical extent of the continental margin, that is to say its outer edge, to be identified in accordance with article 76, paragraph 4, of the Convention.⁸⁴

Myanmar asserts that it identified the outer edge of its continental margin by reference to the Gardiner formula, which is embodied in article 76, paragraph 4 (a)(i). The Gardiner line thus identified is well beyond 200 nautical miles, and, consequently, so is the outer edge of Myanmar's continental margin. Therefore, Myanmar is entitled to a continental shelf beyond 200 nautical miles in the present case. It has accordingly submitted the particulars of the outer limits of its continental shelf to the Commission pursuant to article 76, paragraph 8, of the Convention.⁸⁵

In a note verbale dated 31 March 2011 to the Secretary-General of the United Nations, Myanmar stated: 'Bangladesh has no continental shelf extending beyond 200 [nautical miles] measured from base lines established in accordance with the international law of the sea' and 'Ban-

83 Executive Summary, appearing in RB, vol. III, Annex R3 [5.9].

84 MOS /PV.II /II, 20, line 28.

85. CMM [A.2].

gladesh's right over a continental shelf does not extend either to the limit of 200 [nautical miles] measured from lawfully established base lines, or, a fortiori, beyond this limit.⁸⁶

Myanmar argues that Bangladesh has no continental shelf beyond 200 nautical miles because the delimitation of the continental shelf between Bangladesh and Myanmar stops well before reaching the 200-nautical mile limit measured from the baselines of both States (CMM, para. 5.160). In these circumstances, the question of the delimitation of the continental shelf beyond this limit is moot and does not need to be considered further by the Tribunal.⁸⁷

Determining the entitlements of the two States to the continental shelf beyond 200 nautical miles and their respective extent is a prerequisite for any delimitation.

This consists of 'draw[ing] the exact line or lines where the extension in space of the sovereign powers and rights of [one State concerned] meets those of [the other].'⁸⁸ The intimate link between States' entitlement to a maritime area and the delimitation of a maritime area between neighbouring States is "self-evident".⁸⁹ It is apparent that 'le titre commande la delimitation, la delimitation est fille du titre' ('entitlement determines delimitation, delimitation issues from entitlement' [translation by the Registry]).⁹⁰

On the subject of determining the Parties' entitlements, the Tribunal explains⁹¹ that not every coast generates entitlement to a continental shelf extending beyond nautical miles. The Commission in some instances has based its recommendations on its view that an entire area or part of an area included in a coastal State's submission comprises part of the deep ocean floor. Myanmar does not deny that the continental shelf of Bangladesh, if not affected by the delimitation within 200 nautical miles, would extend beyond that distance. Bangladesh does not deny that there is a continental margin off Myanmar's coast but argues from its inter-

86. RM, Appendix, 198.

87 CMM 165.

88. Aegean Sea Continental Shelf [1978] ICJ Rep 3, 35 [85].

89. Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v Malta), supra note

90 P Weil, *Vers une conception territorialiste de la delimitation maritime*, in, *Melanges Michel Virally* (ed) *Le droit international au service de la paix de la justice et du developpemen* (Paris, Pedone 1991), 501-511, 511.

91 Bangladesh v Myanmar, supra note 49, [200]

pretation of article 76 of the Convention that this margin has no natural prolongation beyond 50 nautical miles off that coast. The Tribunal says that the problem lies in the Parties' disagreement as to what constitutes the continental margin (para. 442 of the Judgment). It notes that the Bay of Bengal presents a unique situation and that its sea floor is covered by a thick layer of sediments 14 to 22 kilometres deep. The Tribunal states that, given the presence of these sedimentary rocks, both Parties included in their submissions to the Commission data indicating that their entitlement to the continental margin extending beyond 200 nautical miles was based to a great extent on article 76, paragraph 4(a)(i), of the Convention.⁹²

The entitlement to be ascertained cannot but be tied to the definition itself of the continental shelf. An exercise in maritime delimitation consists of applying the natural sciences to ascertain the extent of the natural prolongation under the sea of each of the two States and of making a finding on-not awarding-the extent of the submarine basement nature has placed before each of the two States.

In past decades, it was the concept of natural prolongation of a State's land territory that made it possible to determine how far seaward the State's rights to the seabed extended. Today, it is the criterion of distance that performs this function for the continental shelf, the EEZ and the territorial sea. Let us recall that every coastal State has the right to a continental shelf, which is the natural prolongation of its territory. This right can be limited in five different ways: (1) to 200 nautical miles where the outer edge of the continental margin lies within that distance; (2) by the outer edge of the continental margin; (3) to a distance of 350 nautical miles where the outer edge of the continental margin lies at a greater distance than that; (4) by the rights and entitlements of third States; and (5) by the rights and entitlements of the international community represented by the International Seabed Authority (ISA). It would have been good to have specific data on the continental shelf of Bangladesh and Myanmar beyond 200 nautical miles. The distance criterion is linked to the law relating to a State's legal entitlement to the continental shelf. As the ICJ has said,⁹³ the law applicable to the dispute,

⁹² Ibid [445].

⁹³ *Libyan Arab Jamahiriya v Malta*, supra note 13, 13, 46 [61].

i.e., to claims relating to continental shelves located less than 200 miles from the coasts of the States in question, is based not on geological or geomorphological criteria, but on a criterion of distance from the coast or, to use the traditional term, on the principle of adjacency as measured by distance.

The problem here lies in the fact that this criterion does not apply to the continental shelf beyond 200 miles. The consequences of the development of continental shelf law can be seen with regard to both verification of entitlement and delimitation as between rival claims. On the basis of the law now applicable, namely the distance criterion, has it been proved that Bangladesh and Myanmar hold valid entitlements to the seabed areas they claim? What is the impact of considerations of distance on the delimiting itself, which must both fix limits on the States' maritime projections seaward and delimit these various areas between the two States? It has to be kept in mind in making this assessment that the delimitation must achieve an equitable result by applying equitable principles to the relevant circumstances. The adjudicator must decide "on the basis of law".⁹⁴

To this end, the International Court of Justice has established the status of equitable principles. It explains that the judicial decisions are at one in holding that the delimitation of a continental shelf boundary must be effected by the application of equitable principles in all the relevant circumstances in order to achieve an equitable result. This approach 'is not entirely satisfactory because it employs the term equitable to characterize both the result to be achieved and the means to be applied to reach this result.'⁹⁵ It is, however, the goal-the equitable result-and not the means used to achieve it, which must be the primary element in this duality of characterization. 'Equity as a legal concept is a direct emanation of the idea of justice. The Court whose task is by definition to administer justice is bound to apply it.'⁹⁶ A distinction must however be made between applying equitable principles and giving a decision *ex aequo et bono*, because 'it is not a question of applying equity simply as a matter of abstract justice, but of applying a rule of law which it self

94 Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, *supra* note

95. *Tunisia v Libyan Arab Jamahiriya*, *supra* note 9, 18, 59 [70].

96. *Ibid* 60 [71].

requires the application of equitable principles, in accordance with the ideas which have always underlain the development of the legal regime of the continental shelf in this field.⁹⁷

Thus the justice of which equity is an emanation is not abstract justice but justice according to the rule of law, which is to say that its application should display consistency and a degree of predictability. Even though it looks with particularity to the peculiar circumstances of an instant case, it also looks beyond it to principles of more general application⁹⁸ Equitable principles therefore take on a normative character. The present Judgment is that it does not succeed in determining Bangladesh's and Myanmar's precise entitlements to the continental shelf beyond 200 nautical miles. Nor does it succeed in establishing the extent of those entitlements. On the issue of its jurisdiction to decide the Parties' entitlements, the Tribunal points out the need to make a distinction between the notion of entitlement to the continental shelf beyond 200 nautical miles and that of the outer limits of the continental shelf. It notes that 'article 83 of the Convention addresses the delimitation of the continental shelf between States with opposite or adjacent coasts without any limitation as to area. It contains no reference to the limits set forth in article 76, paragraph 1, of the Convention. Article 83 applies equally to the delimitation of the continental shelf both within and beyond 200 nm.' The Tribunal explains that a coastal State's entitlement to the continental shelf exists by the sole fact that the basis for it is present; it does not require the establishment of outer limits. Article 77 of the Convention is cited in this connection.⁹⁹ This illustrates a fundamental difference to be observed between land delimitation-which upholds vestiges of the colonial era-and maritime delimitation. Unlike the former, the latter does not involve identifying the better title, hence the legally dispositive one; it involves resolving the difficulties created by the coexistence of two entitlements of equal legal value. 'While *sum cuique tribuere* is

⁹⁷ North Sea Continental Shelf *supra* note 2, 3,47 [85].

⁹⁸ *Libyan Arab Jamahiriya v Malta*, *supra* note 13, 13, 39 [45] and B Kunoy, *The Delimitation of an Indicative Area of Overlapping Entitlement to the Outer Continental Shelf*, *British Yrbk Intl L* (2012) 61-81, 63, 81.

⁹⁹ *Bangladesh v Myanmar*, *supra* note 49, [361].

the objective in land delimitation, maritime delimitation is destined to cut back the entitlement of each. One involves recognition, enshrinement; the other reduction, sacrifice, cutting back. This explains the difference in the role played by effectivity in land and maritime delimitations. Occupation, effective exercise of State sovereignty, acts of sovereignty: all elements which help to establish the better, hence legally prevailing, title in land delimitation cases but which have no relevance in maritime delimitation.¹⁰⁰

Unable to determine the Parties' exact entitlements to the continental shelf beyond 200 nautical miles, or to establish their extent so as to ascertain whether those entitlements are concurrent, overlapping or intertwined, the Tribunal takes another tack. It states:

The scientific data and analyses presented in this case, which have not been contested, do not establish that Myanmar's continental shelf is limited to 200 nm under article 76 of the Convention, and instead indicate the opposite¹⁰¹; [and] [t]he Tribunal accordingly concludes that both Bangladesh and Myanmar have entitlements to a continental shelf extending beyond 200 nm. The submissions of Bangladesh and Myanmar to the Commission clearly indicate that their entitlements overlap in the area in dispute in this case.¹⁰²

In respect of the Area, the Tribunal adds its observation that, as is evident from the Parties' submissions to the Commission, the continental shelf beyond 200 nautical miles that is the subject of delimitation here is situated far from the Area (para. 368 of the Judgment). It is indeed true that the Commission has neither confirmed nor invalidated the scientific information in the submissions made to it, since it has suspended its consideration of them on account of the dispute that is the object of the present case (on the subject of the decision to defer consideration of the respective submissions of Myanmar and Bangladesh).¹⁰³ The Parties dispute each other's claims to the continental shelf. While each makes a claim to continental shelf area beyond 200 nautical miles, each challenges the other's claim. Accordingly, there are no overlapping claims to the continental shelf beyond 200 nautical miles. Instead, each

101 Bangladesh v Myanmar, *supra* note 49, [448].

102 *Ibid* [449].

103 See the Statement by the Chairman of the Commission on the Limits of the Continental Shelf on the Progress of Work in the Commission, CLCS/64, 1 October 2009, 10 [40], and the Statement by the Chairman of the Commission on the Limits of the Continental Shelf on the Progress of Work in the Commission, CLCS/ 72, (16 September 2011), 7 [22]

claim is exclusive of the other. From the Parties' point of view, the question of delimitation does not arise and it may be that the delimitation should be effected so as to leave the entire continental shelf area beyond 200 miles to one Party or the other. As a result, we are reduced to conjecture. And, by drawing the line it envisages, is the Tribunal not prejudicing the rights of the international community? Beyond doubt, the right process was to have recourse first to the Commission.

It must be kept in mind that judges find entitlements; under no circumstances may they grant them. Owing to the nature of the judicial function and the nature of entitlements, it is all the more imperative that courts rely on existing law, however uncertain may be the principles or rules deriving from the requirement of an equitable solution. The Tribunal pretends to base its decision on principles of law, but, for lack of sufficiently precise substantive rules founded on general international law, it is reduced to ruling by the exercise of discretion.

This approach rebounds on the Tribunal's chosen method of delimitation-equidistance/relevant circumstances-insofar as the elements of the delimitation exercise become inoperative, that is to say inapplicable, for three reasons:

First, it is by juxtaposing titles which are concurrent, overlapping or intertwined throughout their full extent that an idea of the relevant area can be derived, and this in turn makes it possible to ensure that there is no disproportion. This process plays an important role in the delimitation operation by assessing the relationship between the length of the coasts of the States concerned and the extent of maritime area accruing to them. This means that it is difficult to produce from rough guesses the explicit result expected of delimitation, which must achieve an equitable result. Indeed, it has by now become unclear whether this is a dispute concerning attribution of one territory or a dispute concerning delimitation of two territories, since the relevant area is non-existent because indeterminate.

In the view of the Tribunal, the delimitation method to be employed in the present case for the continental shelf beyond 200 nautical miles should not differ from that within 200 nm. Accordingly, the equidis-

tance /relevant circumstances method continues to apply for the delimitation of the continental shelf beyond 200 nm. This method is roo-

ted in the recognition that sovereignty over the land territory is the basis for the sovereign rights and jurisdiction of the coastal State with respect to both the exclusive economic zone and the continental shelf. This should be distinguished from the question of the object and extent of those rights, be it the nature of the areas to which those rights apply or the maximum seaward limits specified in articles 57 and 76 of the Convention. The Tribunal notes in this respect that this method can, and does in this case, permit resolution also beyond 200 nm of the problem of the cut-off effect that can be created by an equidistance line where the coast of one party is markedly concave.¹⁰⁴

This method involves three well-defined stages. The first consists of plotting the provisional equidistance line. At this stage, the judge pays no heed to any relevant circumstances and the line is drawn in accordance with strictly geometric criteria on the basis of objective data. The course of the final line must produce an equitable solution (articles 74 and 83 of the Convention). This is why in the second stage the judge considers whether there are any factors calling for an adjustment or displacement of the provisional equidistance line to achieve an equitable result. Finally, in the third stage the judge must verify that the line does not lead to an inequitable result by reason of any marked disproportion between the ratio of the respective coastal lengths and the ratio between the relevant maritime areas of the two States by reference to the delimitation line.

Next, under these conditions identifying the relevant circumstances becomes a tricky exercise characterized by uncertainty in respect of the continental shelf beyond 200 nautical miles. The role of proportionality, the conduct of the Parties, socio-economic elements, the general geographical setting, and the geology and geomorphology could furnish factual information for the adjudicator to take into consideration in drawing an equitable line. The approach changed somewhat and an attempt was made to re-establish order by assessing the weight to be accorded to relevant circumstances in any particular delimitation. According to the ICJ: 'In fact, there is no legal limit to the considerations which States

104. *Bangladesh v Myanmar*, supra note 49, [4491

may take account of for the purpose of making sure that they apply equitable procedures, and more often than not it is the balancing-up of all such considerations that will produce this result rather than reliance on one to the exclusion of all others.

The problem of the relative weight to be accorded to different considerations naturally varies with the circumstances of the case.¹⁰⁵ But it is not so where a judicial or arbitral body applies equitable procedures. For such a body, although there is assuredly no exhaustive list of considerations, it is evident that only 'those that are pertinent to the institution of the continental shelf as it has developed within the law, and to the application of equitable principles to its delimitation, will qualify for inclusion. Otherwise, the legal concept of continental shelf could itself be fundamentally changed by the introduction of considerations strange to its nature.'¹⁰⁶ In the case at hand can a convincing link be established between the relevant circumstances cited by just one Party and the adversarial continental shelf claims asserted by Bangladesh and Myanmar?

Specifically, does the equidistance line duly take account of the relevant circumstances, i.e., the cut-off effect it produces, the concavity of the Bangladesh coast and the Bengal depositional system? Do these factors call for an adjustment or shifting of the equidistance line beyond 200 nautical miles in order to arrive at an equitable result? Did the Tribunal ensure that the decided delimitation line did not lead to an inequitable result by reason of a marked disproportion between the ratio of the respective coastal lengths and the ratio of the relevant maritime areas? What are the relevant maritime areas attributed by the delimitation line to Bangladesh and Myanmar beyond 200 nautical miles?

Bangladesh contends that the relevant circumstances in the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles include the geology and geomorphology of the seabed and subsoil, because entitlement beyond 200 nautical miles depends entirely on natural prolongation while within 200 nautical miles it is based on distance from the coast.¹⁰⁷ According to Bangladesh, its entitlement to the continental

105 North Sea Continental Shelf, *supra* note 2, 3, 50 [93].

106 Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), *supra* note 13, 13, 40 [48].

107 ITLOS/PV.11/6, 24, line 34.

shelf beyond 200 nautical miles "rests firmly" on the geological and geomorphological continuity between its land territory and the entire seabed of the Bay of Bengal. Bangladesh states that Myanmar 'at best enjoys only geomorphological continuity between its own landmass and the outer continental shelf'¹⁰⁸ In Bangladesh's view, therefore, 'an equitable delimitation consistent with article 83 must necessarily take full account of the fact that Bangladesh has the most natural prolongation into the Bay of Bengal, and that Myanmar has little or no natural prolongation beyond 200' nautical miles.¹⁰⁹

Another relevant circumstance cited by Bangladesh is 'the continuing effect of Bangladesh's concave coast and the cut-off effect generated by Myanmar's equidistance line, or by any other version of an equidistance line.' According to Bangladesh, '[t]he farther an equidistance or even a modified equidistance line extends from a concave coast, the more it cuts across that coast, continually narrowing the wedge of sea in front of it.¹¹⁰

Given its position that Bangladesh's continental shelf does not extend beyond 200 nautical miles, Myanmar did not present arguments regarding the existence of relevant circumstances relating to the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles. In this connection the Tribunal observes that Myanmar stated that there are no relevant circumstances requiring a deflection of the provisional equidistance line in the context of the delimitation of the continental shelf within 200 nautical miles.

Finally, a question may be raised on the nature of the line dividing the continental shelf beyond 200 nautical miles. The Tribunal has decided that the maritime boundary more than 200 nautical miles from Bangladesh continues along the geodetic line starting from point 11 at an azimuth of 215° as identified in operative paragraph 5, until it reaches the area where the rights of third States may be affected.¹¹¹ The Tribunal has decided that, in view of the geographic circumstances in the present case (concavity and cut-off effect, St Martin's Island), the delimitation

180 ITLOS/PV.11 /6, 26, lines 2-3.

109 ITLOS/PV.11 /6, 26, lines 16-19.

110 ITLOS/PV.11/6, 26, lines 35-37.

111 Paragraph of the operative part of the Judgment, *Bangladesh v Myanmar*, supra note 49.

line must be deflected at the point where it begins to cut off the seaward projection of the Bangladesh coast and that the direction of the adjustment is to be determined in the light of this circumstance. In this regard, we must confess to great surprise at paragraphs 235, 236 and 237 of the Judgment, since the Tribunal has opted to follow the equidistance /relevant circumstances method. It is only when the equidistance method leads to an inequitable and unreasonable result that recourse to other methods is justified. Thus, it is an inherent contradiction, a logical paradox, to change approach.

If this delimitation operation is justifiable for the continental shelf within 200 nautical miles and the exclusive economic zone, it is wholly inappropriate for the continental shelf beyond 200 nautical miles because the Parties' entitlements remain undefined: unless there are overlapping, equal entitlements to a given area, there is hardly any call for maritime delimitation. Good sense required terminating the delimitation line at the 200-nautical-mile limit, not beyond.

Under the circumstances of the present case, the Tribunal should have sought a preliminary ruling in order to settle this last part of the dispute. It should have made an Order of referral to that end. There has been no recourse to the referral-for-preliminary-ruling mechanism in international law. It is a concept of European Union law applicable in the courts of the European Union Member States.

The preliminary-ruling procedure affords national courts the possibility of seeking the views of the Court of Justice of the European Union on the interpretation or validity of Community law in the context of litigation before them. The procedure aims at ensuring legal certainty through the uniform application of Community law throughout the

European Union. The procedure is now provided for in articles 256 and 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

The Tribunal alone can do this. It is necessary to recall here the different views expressed by international courts and tribunals on the subject of delimitation beyond 200 nautical miles. In the Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between them, the Arbitral Tribunal said 'As will become apparent, ho-

wever, the single maritime boundary which the Tribunal has determined is such that, as between Barbados and Trinidad and Tobago, there is no single maritime boundary beyond 200 nm. The problems posed by the relationship in that maritime area of CS and EEZ rights are accordingly problems with which the Tribunal has no need to deal. The Tribunal therefore takes no position on the substance of the problem posed by the argument advanced by Trinidad and Tobago.¹¹² In the case concerning Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea, the ICJ said:

The Court may accordingly, without specifying a precise endpoint, delimit the maritime boundary and state that it extends beyond the 82nd meridian without affecting third-State rights. It should also be noted in this regard that in no case may the line be interpreted as extending more than 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured; any claim of continental shelf rights beyond 200 miles must be in accordance with Article 76 of UNCLOS and reviewed by the Commission on the Limits of the Continental Shelf established thereunder.¹¹³

Further, the arbitral award in the case concerning Delimitation of Maritime Areas between Canada and France (St Pierre and Miquelon) reads: 'It is not possible for a tribunal to reach a decision by assuming hypothetically the eventuality that such rights will in fact exist'.¹¹⁴ International courts and tribunals in these various cases have endeavoured to apply positive law without seeking to create precedent.

The ITLOS, the CLCS, the ISA and the Meeting of States Parties to the Convention are organs set up by the Convention, and each must assume a given role assigned to it under the Convention, that of guardian and authoritative interpreter being for the Tribunal. This creates a limitation—an important one for the Tribunal—on the exercise of its jurisdiction, for not only does the Convention specifically assign to the Commission the task of:

112 XXVII RIAA 147, 242 [368] (Decision of 11 April 2006).

113 *Supra* note 13, 659, 759 [319].

114 Decision of 10 June 1992, 31 ILM (1992) 1145, 1172 [81] (English translation); see also XXI RIAA 265, 293 [81] (French version).

consider[ing] the data and other material submitted by coastal States concerning the outer limits of the continental shelf in areas where those limits extend beyond 200 nautical miles, and ... mak[ing] recommendations in accordance with article 76 and the Statement of Understanding adopted on 29 August 1980 by the Third United Nations Conference on the Law of the Sea.

In this regard, the Commission enjoys the exclusive, discretionary authority to carry out the tasks entrusted to it and the Tribunal must take account of this in the exercise of its jurisdiction in the present case.

For this reason, the Tribunal should have referred the matter to the Commission at this stage in the proceedings, without there being any need for one of the Parties to request it to do so, since the Tribunal should have considered itself unable to dispense justice in the circumstances of the case. It is for the Tribunal to judge whether to make the referral.

If the dispute could be settled solely on the basis of international law, if the question were substantively identical to one already resolved by the international jurisprudence, or if applying the delimitation rules and principles could lead to an equitable result and be in accordance with article 76 of the Convention, a referral would have been pointless. However, in the three cases in which the question has arisen—*St Pierre and Miquelon arbitration*, *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago*,¹¹⁵ and *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea*¹¹⁶ the judicial and arbitral bodies exercised caution and confined themselves to recalling the law in force.

There was a real need to request a preliminary ruling by the Commission so that the validity of the entitlements claimed by the Parties to the dispute before the Tribunal could be assessed. This would have enabled us to dispense justice to Bangladesh and Myanmar and to settle this dispute once and for all. This would also have paved the way for other international fora (the ICJ and arbitral tribunals) to deal with this difficult issue: this was the judicious course.

115 Delimitation of Maritime Areas between Canada and France (St Pierre & Miquelon) [1992] XXI RIAA [78 & 7] (in French); 31 ILM (1992) [78 & 79] (in English). Barbados v Republic of Trinidad and Tobago [2006] XXVII RIAA [213].

116 Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906 (Nicaragua v Honduras) [1960] ICJ Rep 192 [319].

For this purpose, the Tribunal should have immediately notified the President of the Meeting of States Parties and the Chairman of the Commission with a view to lifting the suspension, dating from 11 May 2011, of consideration of Myanmar's submission. It should be kept in mind that Myanmar is first in the queue and the examination of its submission would have sufficed for the Tribunal in the exercise of its jurisdiction because the data and information furnished by Bangladesh are uncontested.

The Tribunal should have empowered the President and the two judges ad hoc to act so as to ensure equality of the Parties in the process. A memorandum of understanding with the Commission and a specific timetable could then have been agreed to. The Order of referral and the memorandum of understanding could have been annexed to the Judgment delivered by the Tribunal on 14 March 2012.

The Commission could have been requested to make its recommendations within one year: this would have initiated the second phase of this case. As the Tribunal is at liberty in the performance of its judicial

role to define the manner in which it chooses to respond to the parties' submissions, The Tribunal is therefore free to consider and decide the question of delimiting the continental shelf beyond 200 nautical miles separately.

Disputes of this kind may well proliferate in a world in which territorial concerns play a leading role. This was an opportune occasion to establish a procedural precedent that could prove very useful to international courts and tribunals called upon to exercise jurisdiction in these areas.

The system put in place under the Convention corresponds to the notion that some subject matters call for a lighter procedure, one with recourse to experts not lawyers and one in which factual determinations undoubtedly play a more important role than "legal" considerations in the strict sense; this is because scientific questions are answered by science, not law.

Thus, Annex II of the Convention establishes the CLCS, which is tasked with making recommendations to coastal States on matters related to establishing the outer limits of their continental shelf when it ex-

tends more than 200 nautical miles from the baselines.

By laying down precise criteria for the determination of the limits of the continental shelf, article 76 dispels the uncertainties having arisen under the 1958 Convention, which, among other things, based the definition of the continental shelf on exploitability, thereby paving the way to runaway extensions.

Application of the scientific criteria set out in article 76 could not be left solely to the discretion of the coastal State, which remains empowered to determine the course of its boundaries since it establishes the outer edge of the continental margin and delineates the outer limits of its continental shelf¹¹⁷

The Commission was established to provide an independent, objective analysis of the elements of a State's claim in respect of the outer limits of its continental shelf. The Commission has to contribute to determining the definitive course of the outer limits of the continental shelf. It must also act as ethical safeguard by preventing over-blown claims.

Maritime delimitation is founded on the notion that the coastal projections of two neighbouring States, each measuring a certain distance from the coast, overlap or are superimposed. Where there are not equal, concurrent entitlements to a given area, there is no call for maritime delimitation. The problem in the present case is that the claimed entitlements are founded more on presumptions than proof, hence the need for recourse to the Commission.

The Tribunal is the guardian and authoritative interpreter of the Convention and is duty-bound to be painstaking in protecting and preserving it.

Open Access This article is distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 International License (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>), which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided you give appropriate credit to the original author(s) and the source, provide a link to the Creative Commons license, and indicate if changes were made.

¹¹⁷ (4 and 7) of article 76.

**LA PROTECTION INTERNATIONALE
DE L'ENVIRONNEMENT MARIN**

**Par Tafsir Malick NDIAYE
Juge au Tribunal International du Droit de la Mer**

INTRODUCTION

La protection de l'environnement naturel a connu une fortune rapide liée aux préoccupations y relatives dans le monde. Les atteintes à l'environnement sont d'origines multiples et sont consécutives pour l'essentiel aux activités de l'homme sur les différents espaces et leurs conséquences. L'écosystème apparaît global et est affecté même si l'ampleur des dégâts reste à être déterminée. L'environnement apparaît comme la nouvelle religion aujourd'hui.

Cependant, L'approche juridique de l'environnement est encore balbutiante tant sur le plan interne que sur le plan international. L'on note une migration conceptuelle faisant passer l'environnement d'un Droit de l'homme de la troisième génération¹ à une recherche de système juridique, c'est-à-dire en un corps de règles homogènes à consolider et à harmoniser entre les législations indépendantes et des principes incertains ou en mutation rapide sur le plan interne².

Les droits de l'homme sont typifiés en trois générations dans l'ordre international. Les droits civils et politiques ou droits de la première génération s'analysent en droit, comme opposables à l'Etat. Ils supposent pour être mis en œuvre une abstention de l'Etat. Ces droits ont connu leur consécration avec la révolution française de 1789. On les qualifie parfois de droits-attributs ou de droit de liberté. Ces droits apparaissent le plus souvent comme des droits individuels : Droit d'aller et venir, liberté d'expression, etc...

En ce qui concerne les droits économiques, sociaux et culturels, aussi appelés droits de la deuxième génération, ils naissent avec les révolutions mexicaine (1910) et bolchevique (1917) et peuvent s'apprécier comme des droits de l'homme, non pas opposables à l'Etat mais exigibles de lui. Ils s'analysent ainsi, en créances à la charge de l'Etat. Ce sont les droits de l'égalité dont la mise en œuvre suppose une prestation de l'Etat. Ces droits sont le plus souvent des droits collectifs : droit au travail, droit à la santé, droit à l'éducation, droit à l'information, etc...

Mais les droits de l'homme ne sont pas des concepts statiques. Chaque jour peut apporter son nouveau droit de l'homme. Aussi, parle-t-on de droit de l'homme de la troisième génération ou encore de solidarité. Ce sont des droits à la fois opposables à l'Etat et exigibles de lui et qui supposent la conjonction des acteurs du jeu social. Il s'agit, par exemple, du droit au développement ; du droit à la paix ; du droit à l'environnement sain (que l'on retrouve dans nombre de Constitutions contemporaines) qui trouve une assise dans la Déclaration de Stockholm du 16 juin 1972 ; Droit au Patrimoine commun de l'Humanité etc... Voir, Tafsir Malick NDIAYE « Les Droits de l'Homme aujourd'hui » in *Contemporary Developments in International Law, Essays in honour of B. Vukas*, BRILL/Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, pp. 574 et suivantes

Comme l'indique Alexandre Kiss, « Dans le domaine de l'environnement, l'interprétation s'est accentuée : Tantôt ce sont des droits nationaux qui inspirent des solutions internationales, tantôt des principes internationaux pénètrent dans la réglementation d'Etats et les orientent, lorsqu'il ne s'agit pas du tout simplement de l'exécution de normes internationales par les moyens de droits nationaux », in *L'Etat de l'Environnement dans le monde*, sous la dir. De Beaud et Bougherra, Editions La Découverte, Paris, 1993, p. 420.

Dans l'ordre international, le système se présente en un régime, applicable à certains espaces et aux activités qui y sont menées, établi par les États, lesquels détiennent la compétence de réglementation à cet effet. Ces États doivent s'atteler à élaborer un traité institutif du droit de l'environnement pour régir les dimensions multiples en la matière.

Les Points de repère ici, sont la Déclaration de Stockholm du 16 juin 1972, celle de la Conférence de Rio sur l'environnement et le développement du 3-14 juin 1992, ainsi que les Conventions particulières, relatives à la fois au droit des conflits armés³ et aux régimes des espaces⁴.

La navigation commerciale, l'exploration et l'exploitation des ressources minérales ainsi que la pêche ont un impact singulier sur la protection internationale de l'environnement marin, avec ses effets négatifs. Ces effets prennent trois formes différentes pour ce qui est de la pêche⁵. La première est le pillage des stocks de poissons du à la surpêche, la surexploitation des ressources halieutiques⁶ avec ses conséquences néfastes sur les autres espèces, les mammifères marins et les oiseaux. La seconde forme d'effets néfastes de la pêche sur le milieu marin fait suite à la pêche indiscriminée d'espèces et à la destruction de l'habitat marin.

3. Il s'agit par exemple, dans le domaine du conflit armé, de la Convention EN MOD de 1977, du Protocole additionnel N°1 au Conventions de Genève de 1949 (1977) dont l'article 35 se lit «1. Dans tout conflit armé, le droit des Parties au conflit de choisir des méthodes ou moyens de guerre n'est pas illimité.

2. Il est interdit d'employer des armes, des projectiles et des matières, ainsi que des méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus.

3. Il est interdit d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou, dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel ».

Il en va de même de la convention 1997 sur les utilisations des cours d'eaux internationaux (art.29) sans parler des Conventions régionales élaborées avec le concours du Programme des Nations Unies pour l'Environnement dans le cadre de son plan, d'action traitant des mers régionales : Convention de Barcelone du 16 janvier 1976, Convention d'Abidjan du 23 mars 1981 et la convention Carthagène des Indes du 24 mars 1983, etc...

4. En ce qui concerne le régime des espaces, nous avons par exemple le traité sur l'Antarctique de 1959, le traité de l'Espace de 1967, (l'accord sur la lune de 1979 etc...

5. Voir le rapport du Secrétaire Général des Nations Unie sur la pêche durable, UN doc. A /59/298 (2004) §§ 20- 22

L'exemple du Canada est frappant « there was a collapse in the stocks of most commercial species on the Grand Banks off Newfoundland in the early 1990 as a result of persistent overfishing". Voir fisheries and Oceans Canada, What is holding back the cod Recovery (2013) at [http:// WMN.dfo-mpo.gc.ca/science/ Publication/ article: 2006/01-11-2006-eng.htm](http://WMN.dfo-mpo.gc.ca/science/Publication/article/2006/01-11-2006-eng.htm).

En effet, nombre d'espèces de poissons non désirées de même que les dauphins se trouvent le plus souvent victimes de filets maillants dérivants⁷. La dernière forme peut s'analyser à la fois en cause et en conséquence des effets néfastes de la pêche sur le milieu marin puisqu'il s'agit de la technologie, laquelle est très au point. Les innovations sont de plus en plus étonnantes, en particulier dans le domaine du repérage du poisson : utilisation des aéronefs et du sonar dans la pêche à la senne coulissante et dans le chalutage guidé. L'utilisation des chaluts flottants, les nouvelles manoeuvres de filets, les pompes à poisson, la généralisation de l'emploi des fibres synthétiques, les bateaux gigognes, navires usines accompagnés de nombre de bateaux de tonnage moindre, nouveaux systèmes de traitement du Poisson et de rejet en mer, demande croissante des industries de farine de poisson.⁸

Un autre point de repère a trait à la lutte contre la pollution, se déclinant sous forme de mesures.

Il faut souligner que les conditions d'explorations et exploitations des ressources naturelles et en particulier le pétrole et le gaz doivent être déterminées avec le maximum de soin pour aboutir à un régime juridique qui protège le milieu marin.

7. Voir B. Miller "Combating Driftnet Fishing in the Pacific" in J. CRAWFORD and D. R. ROTHWELL (eds) *The Law of the sea in the Asian- Pacific Region* [Dordrecht: Martinus Nyhoff Publisher, 1995] p.155

8. Voir Fao, *Collaboration entre Institutions internationales dans le domaine des pêches*, document COFI /71 /g (b), Annexe III, p. 15 ;Tafsir Malick NDIAYE « La pêche illicite, non déclarée et non réglementée en Afrique de l'Ouest », in *Liber Amicorum Raymond RANJEVA*, Edition Pedone, Paris 2013,pp. 233 — 264.

D'abord, des mesures préventives destinées à mettre en oeuvre l'article 193 de la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer du 10 décembre 1982. Ensuite, des mesures de police, consistant en la constatation d'infractions éventuelles et des actions destinées à y faire face. Après, des mesures repressives destinées à mettre en place la juridiction pénale de l'Etat. Et enfin, des mesures réparatrices consistant en la mise en jeu de la responsabilité internationale.⁹

La protection et la préservation du milieu marin constituent un domaine d'influence croissante de nos jours affectant le droit international. La Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer lui consacre sa partie XII et 46 articles.¹⁰

9. Cf. J. Crawford, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat*, Paris, Pedone, 2003.

« On entend par responsabilité internationale l'institution juridique en vertu de laquelle l'Etat auquel est imputable un acte illicite selon le droit international, doit réparation à l'Etat à l'encontre duquel cet acte a été commis. Si d'une manière générale la responsabilité est une pièce essentielle de tout système juridique, elle présente une importance particulière dans l'ordre international. Il serait en effet inexact de la ramener à l'institution civiliste du même nom, une terminologie identique désignant en l'espèce deux institutions différentes : car si, dans le cadre du droit interne, on se retrouve en présence d'un mécanisme d'indemnisation pécuniaire à fonction compensatrice, dans le cadre du droit des gens, la responsabilité apparaît comme la sanction même des agissements de toute collectivité politiquement organisée et internationalement indépendant.

Droit encore primitif à bien des égards, le droit international public ne réserve qu'une faible place à la technique évoluée de la sanction contre l'acte et ne connaît guère que la sanction contre les sujets de droit eux-mêmes. Par suite la forme normale du contentieux international est celle du contentieux de l'indemnité et non, comme en droit interne, celle du contentieux de la légalité ou de l'annulation. En d'autres termes, la réparation par équivalent - sous la forme habituelle d'une indemnisation pécuniaire — constitue la sanction normale du droit international ». Charles Rousseau, *Droit international public*, Tome V, *Les rapports conflictuels*, Paris, Sirey, 1983, p.6. 10. R.J. Dupuy, dir., *L'avenir du droit international de l'environnement*, Nijhoff, Dordrecht, 1985, 514 p. ; R.J. Dupuy et D. Vignes, dir., *Traité du Nouveau droit de la mer*, Economica/Bruylant, 1985, 1447 p. ; P.M. Dupuy, *La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Pédone, 1977, P. 319 ; L. Boisson de Chazournes, « La mise en oeuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement : enjeu et défis », *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, 1995/1, pp.37-76 ; P.M. Dupuy, « La préservation du milieu marin », in R.J. Dupuy et D. Vignes, op. cit., Chapitre 20, pp. 979-1045 ; N. de Sadeleer, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 437 p. ; P. Martin-Bidou, « Le principe de précaution », *RGDIP*, 1999, pp. 631-666 ; P.M. Dupuy, « 06 en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *RGDIP*, 1997/4, pp. 873-904 ; L. Boisson de Chazournes, R. Desgagne, C. Romano, *Protection internationale de l'environnement ; Recueil d'instruments juridiques*, Paris, Pédone, 1998, 1117 p. ; R. Wolfrum, « Purposes and principles of international environmental law », German

Elle consacre ainsi les principes fondamentaux de la protection du milieu marin et dans ses différents aspects ; que ce soit la pollution, la pêche dans la zone économique exclusive (Partie V) ou encore les ressources minérales dans les fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale (Partie XI). En cela, la CNUDM est un acte fondateur et une source de référence pour nombre d'instruments existants et à venir.

Si les règles applicables à l'utilisation du territoire étatique et aux espaces étaient bien connues des internationalistes qui les examinaient sous l'angle des limites à l'exercice de la souveraineté, c'est plus récemment que le droit international de l'environnement a été étudié en tant que tel.

C'est que des séries d'accidents écologiques ont précipité la prise de conscience dans les différents Etats : Torrey Canyon ; Amoco Cadiz, Ecofisk, Bhopal, Tchernobyl, les produits chimiques dans la lagune d'Abidjan, etc.

C'est pourquoi, la CNUDM reconnaît aux Etats le droit de prendre des mesures visant à empêcher la pollution à la suite d'un accident de mer. Il s'agit de mesures proportionnées aux dommages qu'ils ont effectivement subis ou dont ils sont menacés afin de protéger leur littoral ou les intérêts connexes, y compris la pêche, contre la pollution ou une menace de pollution pouvant avoir des conséquences.¹¹

Yearbook of International Law, 1990, vol. 33, pp. 308-330 ; Fred L. Morrison and Rüdiger Wolfrum (eds.), International, Regional, and National Environmental Law, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2000, 976 p. ; R. Wolfrum, Ch. Langenfeld, P. Minnerop, Environmental Liability in International Law: Towards a Coherent Conception, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2005, 586 p. ; P. Daillet, A. Pellet, Droit international public, Paris, L.G.D.J., 2002, 7^e ed., 1510 p. ; P.M. Dupuy, Droit international public, Paris, Dalloz, 1998, 4^e ed., 684 p. ; J. Combacau, S. Sur, Droit international public, Paris, Montchrestien, 2004, 6^e ed. 809 p. ; T.M. NDIAYE et R. Wolfrum (eds), Law of Sea, environmental Law and Settlement of Disputes ; Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2007, 1186 p., spec. pp. 1055-1186.

11 Voir l'article 221 de la CNUDM du 10 décembre 1982

C'est ainsi que la Conférence des Nations Unies sur l'environnement adoptait la fameuse Déclaration de Stockholm du 16 Juin 1972 qui consacre les principes relatifs à la préservation du milieu marin. Il faut dire que les accidents écologiques ont révélé le caractère lacunaire du droit international en la matière. Les États se sont préoccupés de la pollution d'origine tellurique, avant de s'atteler à définir les différentes obligations leur incombant et celles à la charge des différents utilisateurs de la mer, placés sous leur juridiction.

Avec les travaux de la [Herne Conférence des Nations Unies sur le Droit de la Mer, les problèmes juridiques posés par la protection et la préservation du milieu marin ont été examinés dans une perspective globale.

La Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer (CNUDM)¹² permet de situer le rôle du TIDM qui est appelé à interpréter et à appliquer les principes et règles de la Convention en ce qui concerne la protection internationale du milieu marin.

Le Tribunal a pu, à maintes reprises, réaffirmer et développer les principes essentiels relatifs à la protection de l'environnement marin. Il faut relever que, jusqu'à présent, ce sont les procédures urgentes qui ont servi de fondement à la saisine de la juridiction dans les différends ayant un impact sur la protection de l'environnement marin. Le Tribunal a pu contribuer au développement du droit de l'environnement en se fondant sur les liens existants entre les règles édictées par la Convention et le droit international coutumier. Il en est ainsi de l'affirmation du caractère fondamental de l'obligation de coopération particulièrement dans le domaine de l'environnement marin.

Le Tribunal a été amené à se prononcer, à maintes reprises, sur cette obligation opposable aux États. Il indiquera que :

« les États parties ont l'obligation de coopérer, directement ou par l'intermédiaire des organisations internationales appropriées, en vue d'assurer la conservation des grands migrateurs et de promouvoir leur exploitation optimale¹³ ».

12. Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer (CNUDM), Doc. United Nations, New York 1983, sales N° E83 V.S.

13. Affaire du Thon à nageoire Bleue (Nouvelle Zélande c. Japon, Australie c. Japon) Affaires n° 3 et 4, Ordonnance du, 27 Aout 1999, paragraphe 48.

Le Tribunal rappellera en outre que :

« l'obligation de coopérer constitue, en vertu de la partie XII de la Convention et du droit international général, un principe fondamental en matière de prévention de la pollution du milieu marin »¹⁴.

Le Tribunal s'emploiera également à donner un contenu au principe de coopération en invoquant : La consultation, rechange d'informations, reévaluation de l'impact des activités sur l'environnement, la coordination pour l'adoption de mesures de prévention des atteintes au milieu marin, la réaction face aux situations critiques.¹⁵

En revanche, le TIDM s'est montré prudent - comme du reste la CIJ — face à des incertitudes en ce qui concerne le principe de précaution qui est toujours invoqué dans le droit de l'environnement. En effet, nombre de requérants se fondent sur ledit principe dans les situations les plus diverses et les plus dissemblables : préserver des ressources halieutiques de la surexploitation ; prévenir une pollution du milieu marin par des substances radioactives ; éviter une dégradation de l'environnement marin ; atteintes aux ressources naturelles du fait des travaux de poldérisation¹⁶.

Par ailleurs, de nouveaux problèmes surgissent de nos jours qui préoccupent la Communauté internationale des États dans son ensemble. Il s'agit essentiellement des conséquences des changements climatiques sur les océans, lesquels sont multidimensionnelles, d'une part, et la question des ressources génétiques marines relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité dans les zones situées au-delà de la juridiction nationale, de l'autre¹⁷.

Nous allons passer en revue les règles applicables (I) à la protection du milieu marin, étudier l'action du juge international à travers la jurisprudence (II) avant d'en arriver aux perspectives (III)

14. Affaire de l'Usine Mox (Irlande c. Royaume Uni) Affaire N°10, Ordonnance du 3 Décembre 2001, paragraphe 82 ; Voir aussi, (Affaire relative aux travaux de Poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du Détroit de Johor (Malaisie c. Singapour) Affaire N°12, Ordonnance du 8 Octobre 2003, paragraphe 91 et 92.

15. Voir Affaire Mox précitée, note 14. (supra).

16. Affaire de la Poldérisation op. cit. Paragraphes 74-75, Affaire de l'Usine Mox, op. cit. Paragraphe 71-75, Affaire Thon à Nageoire Bleue, op. cit. paragraphe 34.

17. Voir Infra, Perspectives (III)

I. LES REGLES APPLICABLES

La Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer (CNUDM) est le fondement juridique de la protection internationale de l'environnement marin, laquelle présuppose une coopération internationale destinée à établir un ordre juridique pour les mers et les océans qui facilite la protection et la préservation du milieu marin.

La convention se fonde sur deux principes fondamentaux ; l'état de droit de la mer et la réalisation progressive des intérêts de la communauté Internationale dans son ensemble laquelle est consciente que les problèmes des espaces maritimes sont étroitement liés entre eux et doivent être envisagés dans leur ensemble. Un enjeu fondamental de cette posture est d'éradiquer les risques qui s'attachent à la géostratégie sur les mers du monde. Ainsi, la Convention est perçue comme la « Constitution des océans » destinée à régir tous les aspects des ressources comme des usages des océans : l'énergie ; les minéraux ; les ressources biologiques ; l'espace océanique est utilisé pour la navigation ; les loisirs ; les activités militaires ; la recherche scientifique, la pêche, l'évacuation des déchets etc..., toutes choses pouvant affecter la protection et la préservation du milieu marin. La Convention est complétée par la résolution 48/362 de 1994 de l'Assemblée Générale des Nations Unies relative à la partie XI qui traite de la « Zone » c'est-à-dire les fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale, d'une part. De l'autre, la CNUDM est complétée par l'accord du 4 août 1995 relatif 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.

La Convention apparaît exhaustive et d'une grande autorité et les rares Etats qui n'ont pas encore adhéré - comme les Etats Unis d'Amérique - la considère toutefois comme le droit applicable. En conséquence, le CNUDM est le point de départ de tout examen et de toute évaluation d'ensemble du droit de la mer, de ses défis et perspectives¹⁸ et en parti-

18. Voir Tafsir Malick Ndiaye « Challenges and Prospects of the New Law of the Sea », State Practice and International Law Journal [SPIV], London, Vol.3, 2016, pp. 1-39.

culier, de la protection Internationale de l'environnement marin.

L'approche de base adoptée par la Convention est celle dite zonale. La préférence pour cette approche est due à l'importance accordée aux revendications des Etats côtiers et à une solution nuancée pour réconcilier ces revendications d'avec les intérêts des autres Etats.

Le dispositif normatif du droit de la mer est très riche et varié dans un environnement en mutation rapide. C'est pourquoi ce système juridique doit faire face à des défis multiples inhérents à l'approche retenue par la CNUDM elle-même, et qui consiste à partager l'océan entre les Etats du monde. La grande faiblesse de l'approche zonale réside dans la divergence entre la nature et le droit. L'étendue de la juridiction de l'Etat côtier sur les espaces maritimes est définie selon le critère de la distance *compte non tenu* de la nature intrinsèque de l'océan et des ressources biologiques ou non biologiques qui y gisent [voir les articles 3, 33, 57, et 76 paragraphe 1].

Cette approche détermine pour chaque zone ses limites spatiales et le régime juridique qui lui est applicable, c'est-à-dire, les droits et obligations des différentes catégories d'Etats. Les Zones en question sont : la mer territoriale ; la zone contiguë ; les eaux archipélagiques ; la zone économique exclusive ; le plateau continental ; la haute mer ; la zone internationale des fonds marins ; les eaux intérieures ; la zone archéologique et les baies historiques. Cependant, la mise en oeuvre de la Convention révèle que les aspérités sont tenaces. Le défi principal ici est le parachèvement du partage. Et puisqu'« il n'y a de constant que le changement », de nouveaux problèmes sont apparus qui étaient inconnus au moment de la rédaction de la convention ou qui ne sauraient être traités sur la seule base de celle-ci. Cette situation a engendré de nouveaux défis qui peuvent ouvrir de nouvelles perspectives pour le droit de la mer ; l'on peut y voir la revanche de la nature sur le droit¹⁹.

A. Le principe d'utilisation non dommageable du territoire²⁰

19. Voir infra, la section III : Perspectives.

20. Suivant l'heureuse expression de P.M. Dupuy, La responsabilité internationale ..., op. cit. (note 10).

Ce principe traduit l'idée que dans l'exercice de ses droits souverains sur son territoire, l'Etat devra respecter l'intégrité du territoire de l'Etat voisin et son environnement. Un Etat ne peut donc permettre que des activités sises sur son territoire engendrent ou causent des dommages résultant de la pollution transfrontière.

Ainsi, l'Etat est tenu de réparer les dommages causés à un Etat contigu par un acte illicite commis sur son territoire²¹.

Le principe de la prohibition de la pollution transfrontière apparaît comme une règle coutumière aujourd'hui. La doctrine l'énonce à profusion même si la jurisprudence est moins catégorique en raison, sans doute, de la rareté des affaires contentieuses y relative dans l'ordre international. On invoque surtout dans cet ordre d'idées la sentence rendue le 11 avril 1941 dans l'affaire de la fonderie de Trail par le tribunal arbitral²². Suivant cette sentence, « Aucun Etat n'a le droit d'user de son territoire ou d'en permettre l'usage, de manière que des fumées provoquent un préjudice sur le territoire d'un autre Etat voisin ou aux propriétés des personnes qui s'y trouvent, s'il s'agit de conséquences sérieuses et si le préjudice est prouvé par des preuves claires et convaincantes²³ ».

Le principe sera ultérieurement confirmé et développé dans l'affaire

21. Cet aspect est particulièrement souligné dans la Convention de Bale du 22 mars 1989 sur le Contrôle des mouvements transfrontières des déchets dangereux, *International Legal Materials (I.L.M.)*, vol.28, p.649 (1989).

22. Tribunal arbitral, institué entre les Etats unis et le Canada par le compromis du 15 avril 1935 et relatif aux dommages causés aux propriétaires américains de l'Etat de Washington par des fumées délétères émanant d'une fonderie située en Colombie britannique à 7 milles de la frontière. Texte dans *R.S.A.*, vol. III, pp. 1938-1981.

23. *Ibid.*, p. 1965. Le même problème s'est posé dans les rapports franco-suisses avec l'affaire des fumées nauséabondes de la décharge d'Annemasse RGDIP, 1969, pp. 185-186.

du Lac Lanoux²⁴ et dans celle du Gut Dam²⁵. La Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain, tenue en 1972 à Stockholm devait réitérer la règle. Le Principe 21 de la Déclaration de Stockholm se lit comme suit :

« Conformément à la charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leurs politiques d'environnement, et ils ont le devoir de s'assurer que les activités exercées dans les limites de leur juridictions ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres Etat ou dans des régions ne relevant d'aucune

24. Le Tribunal dit : « 21 : L'article 11 de l'Acte additionnel impose aux Etats dans lesquels on se propose de faire des travaux ou de nouvelles concessions susceptibles de changer le régime ou le volume d'un cours d'eau successif, une double obligation. L'une est d'en donner préalablement avis aux autorités compétentes du pays limitrophe ; l'autre est d'aménager un régime de réclamation et de sauvegarde de tous les intérêts engagés de part et d'autre . La première obligation n'appelle pas beaucoup de commentaires puisqu'elle a pour objet de permettre la mise en œuvre de la seconde. Toutefois, l'éventualité d'une atteinte au régime ou au volume des eaux envisagés à l'article 11 ne s'aurait, en aucun cas, être laissée à l'appréciation exclusive de l'Etat qui se propose d'exécuter ces travaux ou de faire de nouvelles concessions ; l'affirmation du Gouvernement français, suivant laquelle les travaux projetés ne peuvent causer aucun préjudice aux riverains espagnols ne suffit pas, contrairement à ce qui a été soutenu dispenser celui-ci d'aucune des obligations prévues à l'article 11...171. L'Etat exposé à subir les répercussions des travaux entrepris par un Etat limitrophe est seul juge de ses intérêts, et si ce dernier n'en a pas pris l'initiative, on ne saurait reconnaître à l'autre le droit d'exiger notification des travaux ou concessions qui sont l'objet d'un projet ; Le contenu de la deuxième obligation est plus délicat à déterminer. Les réclamations visées à l'article 11 sont relatives aux différents droits protégés par l'acte additionnel, mais le problème essentiel est d'établir comment doivent être sauvegardés tous les intérêts qui pourraient être engagés de part et d'autre», in (http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XII/281-317-Lanoux.pdf), p.314.

25 Voir, Settlement of Gut Dam Claims (US. V. Canada) I.L.M., 8, p.118 (Lake Ontario Claims Tribunal 1969). Voir aussi, United States of America and the Government of Canada concerning the establishment of an International Tribunal to dispose of United States Claims relating to Gut Dam. Signed at Ottawa on 25 March 1965 (U.N.T.S., vol. 607, p. 141). Dam I "Exchange of notes constituting an agreement for the final settlement of claims relating to Gut Dam. Ottawa, 18 November 1968 ", on peut lire: "following the conclusion of the Tribunal's second session in February, 1968, it was suggested by the Tribunal that compromise settlement might be negotiated. In consequence, representatives of the two Governments have consulted over the past few months in an effort to resolve the longstanding dispute in respect of Canada's alleged liability arising out of the construction of Gut Dam. These discussions were held in the atmosphere of good neighborliness and friendship which traditionally characterizes the relationship of our two Governments.

As a result of the discussions, the two Governments were in a position to inform the Tribunal at its meeting of September 27, 1968, that a settlement had been reached for the final disposal of the dispute. a. r, pp. 320- 322.

juridiction nationale²⁶ ».

Le même principe sera proclamé par la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement adoptée le 13 juin 1992²⁷. Dans son avis consultatif du 8 juillet 1996 relatif à la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, la Cour Internationale de Justice confirme la force obligatoire du principe. Elle dit :

« L'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les titres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir. L'obligation générale qu'ont les états de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement²⁸»

La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer met à la charge des Etats «l'obligation de protéger et de préserver le milieu marin²⁹. Elle réitère le principe de l'illicéité de la pollution transfrontière en enjoignant les Etats à prendre les mesures nécessaires à cet effet.

Il en va de même de la Convention de Bale de 1989 relative au contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux ainsi que de la Convention de 1992 sur diversité biologique³⁰

Le principe a généré un corps de règles dont les principales sont le

26. Déclaration de Stockholm adoptée le 16 juin 1972 par la conférence des Nations Unies sur l'environnement.

27. Déclaration de Rio, 14 juin 1992, Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, A/Conf./51/26/rev.1.

Le principe se lit : « Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources conformément à leurs propres politiques en matière d'environnement et de développement, et ils ont le devoir de veiller à ce que les activités qui relèvent de leur compétence ou de leur pouvoir ne portent pas atteinte à l'environnement d'autres Etats pour des zones situées au-delà des limites de leur juridiction nationale ».

28. Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, spec. pp. 241-242, paragraphe 29. ; voir en outre, l'affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), du 25 septembre 1997, C.I.J. Recueil 1997, p.7, spec. p.41, paragraphe 53. Dans l'affaire du Détroit de Corfu, la C.I.J. proclamait déjà « l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats ». C.I.J. Recueil 1949, p.22

29 Article 192.

30. Voir l'article 3.

principe de prevention, le principe de précaution et celui de coopération.

B. Le principe de prevention

Le principe de prevention est consacré par la Declaration de Stockholm. Il est repris par celle de Rio³¹ :

"The preventive principle requires action to be taken at an early stage and if possible, before damage has actually occurred. This means that when an environmental incident has occurred, measures are to be taken to confine damage ... It does require the establishment of a licencing procedure, which makes prior environmental assessment of activities mandatory and provides for governments to prohibit such activities if no overriding interest exist³²"

Les Etats doivent mettre en oeuvre les obligations pertinentes formulées par la convention des Nations Unies sur le droit de la mer³³.

Le caractère souvent irréversible des dommages à l'environnement dont se réfère la Cour de la Haye, justifie d'en prevenir la survenance³⁴.

31. Voir notes 9 et 10 supra

32. R. Wolfrum, op cit. (note 10) p.8.

33. Celles prévues à la section II de la partie XII de la Convention : Coopération au plan mondial ou régional, Notification d'un risque imminent de dommage ou d'un dommage effectif, plans d'urgence contre la pollution, Etudes, programmes de recherche et échange d'informations et de données, Critères scientifiques pour l'élaboration de règlements. La Convention prévoit en outre une serie d'obligations destinées à prévenir, réduire et maitriser la pollution du milieu marin. Voir articles 207 a 212 qui forment la section 5.

34. Dans l'affaire du projet Gabcikovo-Nagymaros, la C.I.J dit : « [...] la tour ne perd pas de vue que, dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractere souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages.

Au cours des ages, l'homme n'a cessé d'intervenir dans la nature pour des raisons économiques ou autres. Dans le passé, il l'a souvent fait sans tenir compte des effets sur l'environnement.

Grâce aux nouvelle perspectives qu'offre la science et à une conscience risques que la poursuite de ces interventions à un rythme inconsidéré et soutenu représenterait pour l'humanité — qu'il s'agisse des générations actuelles futures - , de nouvelles normes et exigences ont été mises au point, qui ont été énoncées dans un grand nombre d'instruments au cours de ces deux dernières décennies. Ces normes nouvelles doivent etre prises en considération et ces exigences nouvelles convenablement appréciées non seulement lorsque les Etats envisagent de nouvelles activités, mais aussi lorsqu'ils poursuivent des activités qu'ils ont engagées dans le passé. Le concept de développement durable traduit bien cette nécessité de concilier développement economique et protection de l'environnement.

Le principe de prévention oblige les Etats à la vigilance nécessaire en fonction de standards internationaux de façon à éviter que les activités menées sur le territoire national affectent l'environnement transfrontière. Il a inspiré les premières conventions sectorielles relatives à la préservation de certains espaces³⁵, et il fonde les règles essentielles relatives à la préservation du milieu marin figurant à la partie XII de la Convention.

Il suffit de se référer aux articles 192,193,194 paragraphe 5 et 197 et de se rappeler le fait que la pollution est essentiellement le produit de la technologie moderne. En conséquence, l'exercice par les Etats de leurs droits souverains est assujéti à l'obligation à laquelle ils sont soumis de préserver et de protéger, l'environnement marin et en particulier les écosystèmes rares ou délicats ainsi que l'habitat des espèces et autres organismes marins en régression, menacés ou en voie d'extinction. Ainsi, la régulation du secteur de la pêche dans le monde est d'une importance particulière en raison de la surpêche, la surexploitation des ressources halieutiques et surtout la présence très inquiétante de la pêche illicite, non déclarée et non réglementée³⁶ qui fut un phénomène inconnu au moment de la négociation et de la rédaction de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

La consécration de la notion de Zone Economique Exclusive (ZEE) par la CNUDM, censée mettre un terme au conflit d'intérêts entre Etats côtiers et ceux disposant de flottilles à grand rayon d'action ne fit

Aux fins de la présente espèce, cela signifie que les Parties devraient, ensemble, examiner à nouveau les effets sur l'environnement de l'exploitation de la Centrale de Gabčíkovo-Nagymaros.

En particulier, elles doivent trouver une solution satisfaisante en ce qui concerne le volume d'eau à déverser dans l'ancien lit du Danube et dans les bras situés de part et d'autre du fleuve », projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt C.I.J., Recueil 1997, p.7, spec. pp. 74-75, paragraphe 140.

35. Voir R. Wolfrum, op. cit. (note 10), p. 8 ; Burhennew (ed.), *International Environment Law-Multilateral treaties*, pp. 951-992. Ces conventions sectorielles établissent des régimes spéciaux de responsabilité, en droit international privé, à la charge de personne privée ou publique [Jure Gestionis] expressément désignée. Voir en outre Wolfrum, Langenfeld, Minnerop, op. cit. (note 1), spec. pp. 4-135. Tafsir Malick Ndiaye " La responsabilité internationaux des Etats pour les dommages au milieu marin" in B. Vukas and T.M. Sosic (eds.), *international Law: New Actors, New concepts-continuing Dilemmas; Liber Amicorum Bozidar Bakotic*, pp. 265-279.

36. Voir Tafsir Malick Ndiaye « La Oche illicite, non declaree, non reglementee en Afrique de l'ouest » op. cit. note 8 sdpra

que l'exaspérer. La jouissance par l'Etat côtier de droits souverains aux fins d'exploration et d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources naturelles, biologiques, des eaux surjacentes aux fonds marins dans sa ZEE a eu pour effet de déplacer la flottille de ce qui était considérée comme la haute mer vers les secteurs adjacents aux Zones Economiques Exclusives où la proportion des captures s'est amplifiée. Cette situation résulte de la politique de subventions étatiques laquelle a facilité la mise en service de nombre de bateaux de pêche de sorte que la jauge brute officielle de la flottille mondiale a augmenté de manière exponentielle, mettant en danger la durabilité de la ressource.

C'est que la capacité de prélèvement des bateaux de pêche s'est accrue de manière significative en raison des techniques de pêche mises en oeuvre ; ce, d'autant que la technologie est très au point. Les innovations sont de plus en plus étonnantes, en particulier dans le domaine du repérage du poisson l'utilisation des aéronefs et du sonar dans la pêche à la senne coulissante et dans le chalutage guidé. L'utilisation nouvelle de chaluts flottants, les nouvelles manoeuvres de filets, les pompes à poisson, l'emploi des fibres synthétiques, les nouvelles techniques de congélation et de traitement du poisson, les bateaux-gigognes reposant sur un réseau étendu de ports de complaisance³⁷.

Cet arsenal engendre des captures indiscriminées et fortuites en même temps qu'il détruit l'habitat marin et empêche la reproduction des poissons. La conséquence qui s'y attache est la surpêche à travers la surexploitation des stocks de poissons, destructrice à la fois pour l'économie maritime et l'écosystème mondial.

C. Le Principe de précaution

Il se rattache, au plan matériel, au principe de prévention et est en attente d'une consécration coutumière formelle en l'absence de consis-

37. Voir FAO, Collaboration entre Institutions internationales dans le domaine des pêches, document COFI/71/g (b), Annexe III, p.15

tance et de précision nécessaires pour traduire l'expression d'une *opinio juris* collective³⁸. Le principe de précaution est pour ainsi dire pollué par la polysémie et les invocations multiples dans les domaines les plus divers et les plus dissemblables dont il est l'objet³⁹. On le trouve consigné au principe 15 de la Déclaration

« Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement⁴⁰. »

Comme on le sait, ce principe exhortatoire ou recommandatoire désigne des obligations de moyen, pas de résultat. II

« Reflects the growing tendency in international environmental law, that the environment is better protected through prevention rather than through restoration or remedial measures. It has become an intrinsic part of international environmental policy [...]»⁴¹.

38. Voir L. Boisson de Chazournes, « La mise en oeuvre du droit international de l'environnement: enjeux et délis », RGDIP, 1995, p.37 et suivantes ; L. Lucchini, « Le principe de précaution en droit international de l'environnement ; ombres plus que lumières », Annuaire Français de droit International (AFDI), 1999, p. 710 et suivantes ; P.M. Dupuy, « Le principe de précaution et le droit international de la mer » in La Mer et son droit, Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean pierre Queneudec, Paris, Pédone, 2003, pp. 205-220 ; R. Wolfrum, op. cit. (note 1), pp. 10-15 ; O. Mc Intyre et T Mosedale, « The precautionary Principle as a norm of customary International Law », Journal of Environmental Law, 1997, vol.9, pp.221-235.

39. Comme l'écrit P.M. Dupuy, op. cit. (note 32), p.205: « Le principe de précaution semble à la fois partout et nulle part. tout le monde en parle, et son évocation anime les médias au gré des scandales ou des catastrophes qui affligent nos sociétés techniciennes, trop vite développées dans l'optique d'un progrès immédiatement rentable pour prendre le temps d'étudier l'incidence de bien des innovation sur l'équilibre écologique ou la santé humaine ; sang contaminé, vaches folles, hécatombes d'ovins britanniques frappés par la fièvre aphteuse, incertitudes sur l'inocuité des organes génétiquement modifiés, crainte de voir la recherche génétique perdre son âme, tout semble inciter un monde devenu apprenti sourcier à prendre ce que le principe 15 de la Déclaration de Rio, adoptée lors du premier sommet de la terre en 1992 appelait « des mesures de précaution ».

40. Voir note 10 supra.

41 R. Wolfrum, op. cit. (note 10), p.10. Aussi, D. Freestone, D. and E. Hey (eds.), The Precautionary Principle: A Fundamental Principle of International Law, Kluwer, 1996, 274 p

Inscrit dans une série de résolutions et déclarations, le principe de précaution est repris par la suite dans nombre de traités qui en précisent la portée⁴².

Le principe pose deux questions essentielles. D'une part, dans quelles conditions peut-on invoquer le principe de précaution et le fait de restreindre une activité sur la base du principe peut-il garantir la revue ou la reconsidération de celle-ci, d'autre part ?

Il a été suggéré que le principe de précaution ne devrait s'appliquer qu'en cas de risque de dommages graves ou irréversibles à l'environnement.

Cette approche est conforme à l'esprit de la Déclaration de Rio. L'on peut aussi penser que, plus le dommage est susceptible de se produire, le plus tôt doit-on invoquer le principe de précaution⁴³. Une autre démarche recommande une attitude prudente en toute hypothèse de manière à garantir la protection vigilante de l'environnement.

Lorsqu'une activité a été restreinte ou interdite sur la base du principe de précaution, le risque ou l'absence de certitude scientifique ayant justifié la restriction ou l'interdiction doit faire l'objet de revue ou reconsidération de temps en temps, en tant que besoin.

En se fondant sur le critère de durabilité lequel est sous la menace de la surpêche et des conséquences néfastes de l'activité humaine : Les plateformes pétrolières ; les problèmes de la résilience des littoraux ; la destruction de la mangrove ; la pollution industrielle de l'air ; les pesticides ; la pêche par l'usage d'explosifs ou de la dynamite qui détruit l'habitat marin etc... , des initiatives ont dû être prises.

42 P.M. Dupuy, op. cit. (note 32) pp. 207-215. Par exemple, l'article 2 paragraphe 2 (a) de la « Convention for the protection of the Marine Environment of the North East Atlantic » dispose :

« Contracting Parties shall apply :a. The precautionary principle, by virtue of which preventive measures are to be taken when there are reasonable grounds for concern that substances or energy introduced, directly or indirectly, into the marine environment may bring about hazards to human health, harm to living resources and marine ecosystems, damage amenities or interfere with other legitimate uses of the sea, even when there is no conclusive evidence of causal relationship between the inputs and the effects ».

43. R. Wolfrum, op. cit (note 10) p.13, explique que: "However, it is common to all interpretations that there must be at least a prima facie finding that a given activity may result in considerable harm to marine environment. Nonetheless, there remains some uncertainty over when the precautionary principle is to be applied with the effect that one envisaging to undertake a particular activity has to prove its harmlessness rather than the one envisaging to restrict or prohibit that activity has to prove that it will result in environmental damage, however qualified".

Ainsi, pour assurer la durabilité des stocks chevauchants et grands migrateurs ainsi que les autres ressources biologiques adjacentes à leurs zone économique exclusive, les Etats côtiers ont initié des actions diplomatiques qui aboutiront l'accord relatif à la conservation et à la gestion desdits stocks de poissons de la haute mer qui établit les principes de base et qui dresse les obligations et pouvoirs de police de l'Etat du pavillon.

Les Etats côtiers et les Etats qui se livrent à la pêche en haute mer doivent coopérer pour assurer la durabilité des stocks concernés ; mettre à profit les données les plus fiables ; appliquer l'approche de précaution ; réduire au maximum la pollution, les déchets, les rejets, les captures par des engins perdus ou abandonnés, les captures d'espèces de poissons et autres non visés et l'impact sur les espèces associées, ou dépendantes et en particulier, celles menacées d'extinction ; protéger la diversité biologique ; appliquer et veiller à faire appliquer des mesures de conservation et de gestion grâce à des systèmes efficaces d'observation, de contrôle et de surveillance.

Qui plus est, les Etats côtiers et les Etats qui se livrent à la pêche en haute mer doivent coopérer soit directement, soit par l'intermédiaire des organisations sous régionales ou régionales des pêcheries pour asseoir des mesures de gestion et de conservation des pêcheries. Seuls les Etats qui sont membres de ces organisations ou qui acceptent d'appliquer les mesures de conservation ont accès aux ressources halieutiques auxquelles s'appliquent ces mesures.

ou abandonnés, les captures d'espèces de poissons et autres non visés et l'impact sur les espèces associées, ou dépendantes et en particulier, celles menacées d'extinction ; protéger la diversité biologique ; appliquer et veiller à faire appliquer des mesures de conservation et de gestion grâce à des systèmes efficaces d'observation, de contrôle et de surveillance.

Qui plus est, les Etats côtiers et les Etats qui se livrent à la pêche en haute mer doivent coopérer soit directement, soit par l'intermédiaire des organisations sous régionales ou régionales des pêcheries pour asseoir des mesures de gestion et de conservation des pêcheries. Seuls les Etats qui sont membres de ces organisations ou qui acceptent d'appliquer les mesures de conservation ont accès aux ressources halieutiques aux-

quelles s'appliquent ces mesures.

L'article 94 de la CNUDM prévoit que l'Etat du pavilion doit exercer effectivement sa juridiction et son contrôle dans les domaines administratif, technique et social sur les navires battant son pavilion. Ces dispositions de caractère général sont complétées par l'accord sur les stocks chevauchants lequel institue un système de contrôle des navires de pêche en haute mer par l'Etat du pavilion en soumettant leurs activités à des licences ou autorisations à délivrer par l'Etat du pavilion. L'Etat du pavilion doit, en outre, ouvrir une enquête approfondie et doit engager sans retard les poursuites judiciaires s'il dispose de preuves suffisantes en cas d'allégations de contravention. L'accord confère également les pouvoirs de police aux Etats autres que l'Etat du pavilion. Et il met en place une réglementation détaillée en matière d'inspection, d'arraisonnement et d'enquête susceptible de faire face — le cas échéant — aux défaillances de l'Etat du pavilion. Les directives figurant à l'Annexe II de l'Accord décrivent avec minutie les mesures préventives et les modalités d'application des divers points de référence dans le cadre des stratégies de gestion des ressources halieutiques qui appliquent le principe de précaution.

L'on peut penser que la consécration formelle du principe proviendra de la réglementation conventionnelle, laquelle connaît une fortune rapide en ces temps de l'urgence d'autant que le juge international observe une certaine prudence en cette matière⁴⁴.

Nous en venons maintenant à la jurisprudence (II) avant d'en arriver aux perspectives qui s'offrent de nos jours (III)

44. On se souvient que la C.I.J. s'est abstenue, dans l'affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (op. cit., note 17) de se prononcer sur l'existence et la portée du principe de précaution en droit international général. De même dans les affaires du thon à nageoire bleue, l'Australie et la Nouvelle Zélande invoquaient le principe de précaution pour demander au Tribunal international du droit de la mer la prescription de mesures conservatoires pour empêcher le Japon de continuer de pêcher en surcroît du quota à lui alloué. Selon le conseil de l'Australie Pr. Crawford, « The Applicants view of the SBT stock and its current state is a plausible view, and it indicates reasonable concern. That is all we need for present purposes. You do not have to decide the merit of this case; that is for the future. What you have to decide is the possibility of a prospective future, that it should be kept open by suitable conservation measures now, and especially by the avoidance of unilateral increases in catch. But in fact the Applicants can show, and have shown, that their view of the stock is not only arguable or reasonable, but, that it is the better view, that it is to be preferred, and the five additional reasons I have given powerfully contribute to this conclusion.[...]

II. LA JURISPRUDENCE

Pour la protection de l'environnement marin, la Convention des Nations Unies sur le droit de la Mer se présente comme un instrument juridique essentiel. Elle renferme 46 articles en la matière et apparaît comme dépositaire d'une vocation universelle. Qui plus est, elle met en place des procédures obligatoires aboutissant à des décisions obligatoires. Son objet est de régler « l'ensemble des problèmes concernant le droit de la mer » et d'établir « un ordre juridique pour les mers et les océans »⁴⁵

En effet, la partie XII contient la plupart des articles concernant le règlement des différends liés à l'interprétation et à l'application de ces dispositions.

La dimension environnementale est bien présente dans nombre de différends et concerne: La pêche et les problèmes posés par la surexploitation des ressources halieutiques ; les risques de pollution de la mer par des substances radioactives ; les conséquences pour le milieu marin des travaux de poldérisation menés par un Etat ; l'utilisation non dommageable du territoire ; le respect des mesures de protection et de préservation prises par les Etats membres d'une RFMO/ORGP ; l'obligation générale de coopérer dans la protection de l'environnement marin ; ou l'obligation de diligence requise, ou encore ; l'obligation de protection des « écosystèmes fragiles »

Jusqu'à présent, ce sont essentiellement les procédures d'urgence qui ont servi de fondement à la saisine du Tribunal dans les différends ayant

The effect of these five points is cumulative. They all point the same way, even without the precautionary principle; they make the case for conservation now. With the precautionary principle or approach in their support, the effect is decisive.", in Tribunal International du droit de la mer, Mémoires, Procès-verbaux des audiences publiques et documents, 1999, vol. 4, Martinus Nijhoff Publishers [Thon à nageoire bleue (Nouvelle — Zélande c. Japon ; Australie c. Japon) mesures conservatoires], p.427. Si le Tribunal n'a pas formellement désigné le principe et ne s'est pas prononcé sur son existence et sa portée dans le droit international général il a en revanche retenu la substance : « Considérant que, de l'avis du Tribunal, les parties devraient, dans ces conditions, agir avec prudence et précaution et veiller à ce que des mesures de conservations efficaces soient prises dans le but d'empêcher que le stock du thon à nageoire bleue ne subisse des dommages graves ». TIDM Affaire du thon à nageoire bleue, Nouvelle Zélande c. Japon ; Australie c. Japon, Demande en prescription de mesures conservatoires, Ordonnance du 27 août 1999, paragraphe 77.

45. as Voir préambule de la CNUDM du 10 décembre 1982

une portée environnementale.

D'abord, les mesures conservatoires qui recèlent 2 cas de figures. D'une part, le TIDM peut prescrire toutes mesures conservatoires s'il est dûment saisi d'un

differend et considère, *Prima facie*, avoir compétence ou s'il juge approprié de prescrire lesdites mesures pour préserver les droits respectifs des Parties en litige ou pour empêcher que le milieu marin ne subisse de dommages graves en attendant la décision définitive. D'autre part, en attendant la constitution d'un tribunal arbitral, saisi d'un differend en vertu de l'Annexe VII de la CNUDM, le TIDM peut prescrire, modifier ou rapporter des mesures conservatoires, s'il considère, *prima facie*, que le tribunal devant être constitué aurait compétence et s'il estime que l'urgence de la situation l'exige⁴⁶.

Ensuite, la procédure de prompt mainlevée apparaît comme la contrepartie de la consécration de la notion de ZEE. La procédure se destine à préserver l'équilibre entre les Etats côtiers et les Etats du pavillon en particulier dans le domaine de la navigation ; de façon à éviter aux propriétaires et exploitants des navires des préjudices économiques exorbitants. En cela, cette procédure recèle les limites objectives dans la protection et la préservation du milieu marin. Elle se concentre sur la pêche et les problèmes posés par la surexploitation des ressources halieutiques⁴⁷.

Après, nous avons les demandes d'avis consultatifs. Aux termes de CNUDM et du statut du Tribunal, la fonction consultative est exercée par la Chambre pour le

règlement des différends relatifs aux fonds marins. La chambre a rendu le 1^{er} février 2011, son premier avis consultatif sur « les Responsabilités et Obligations des Etats qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone ». Ces deux instruments n'envisagent guère la compétence consultative du Tribunal en formation plénière. Il s'agit d'une création du Tribunal à l'occasion de l'élaboration de son Règlement en 1996 ; l'on a alors évoqué la possibilité pour le tribunal plénier de donner des avis consultatifs. C'est pourquoi, la

46. Voir l'article 290 paragraphes 1 et 5 de la CNUDM.

47 A ce jour, le TIDM a connu plus de neuf affaires de prompt mainlevée. Voir, www.itlos.org/affaires.

clause attributive des compétences se trouve dans le Règlement, et fait l'objet de l'article 138, qui prévoit que le Tribunal peut donner un avis consultatif sur une question juridique, dans la mesure où un accord international se rapportant aux buts de la Convention prévoit expressément qu'une demande d'un tel avis peut être soumise au Tribunal.

Enfin, les affaires au fond devant les tribunaux ad hoc ont traitées de l'environnement soit par préterition, soit en obiter dictum.

Il ressort de jurisprudence que les mesures conservatoires jouent un rôle privilégié dans la protection du milieu marin.

Examinons la jurisprudence à travers les procédures ci-dessus évoquées.

A. LES MESURES CONSERVATOIRES

1) L'affaire thon à nageoire bleue devant le Tribunal International du Droit de la Mer (TIDM) Ordonnance du 27 Août 1991 Affaires n° 3 et 4. Japon/ Australie/ Nouvelle Zélande.

L'affaire est relative à la surexploitation des stocks de Thon à nageoire bleue (TNB). La Nouvelle Zelande a fait valoir que le Japon n'a pas observé l'obligation de coopérer dans la gestion et la conservation du stock de TNB en ne prenant pas les mesures de conservation nécessaire à l'encontre de ses nationaux pêchant en haute mer afin de maintenir le stock du TNB à des niveaux qui assure le rendement constant maximum⁴⁸.

Dans sa demande du 30 juillet 1999 l'Australie requiert que le Japon mettent immédiatement fin à sa pêche unilatérale expérimentale au TNB et qu'il limite ses captures pour toutes saisons de pêche déterminée au dernier quota national qui a été arrêté d'un commun accord au sein de la Commission pour la Conservation du TNB⁴⁹.

Sur le point de savoir si des mesures conservatoires s'imposent en attendant la constitution du tribunal arbitral, Le Tribunal note que, « en vertu de l'article 290 de la Convention, le Tribunal peut prescrire des mesures conservatoires pour préserver les droits respectifs des parties en litige ou pour empêcher que le milieu marin ne subisse de dommages graves »⁵⁰.

Le Tribunal observe que « la conservation des ressources biologiques de la mer constitue un élément essentiel de la protection et de la préservation du milieu marin »⁵¹, et que « les parties ne sont pas divisées sur le fait que le stock du thon à nageoire bleue se trouve dans un état d'épuisement grave et aux niveaux les plus bas historiquement, ce qui est source d'une grave préoccupation sur le plan biologique »⁵², Le Tri-

48. Voir les paragraphes 28-31 de l'ordonnance du 27 Août 1999

49. Ibid, paragraphe 32 ; Voir le paragraphe 33 pour les conclusions et arguments présentés par le Japon dans son exposé en réponse.

50. Ordonnance du 27 Octobre 1999, par. 67

51. Ibid, par. 70,

52. Ibid, par 71

bunal relève qu'il « a été informé par les parties de ce que la pêche commerciale au thon à nageoire bleue est censée se poursuivre tout au long du restant de l'année 1999 et au-delà »⁵³, que « les captures des Etats et entités non parties à la Convention de 1993 ont considérablement augmenté depuis 1996 »⁵⁴, et que « les parties devraient, dans ces conditions, agir avec prudence et précaution et veiller à ce que des mesures de conservation efficaces soient prises dans le but d'empêcher que le stock du thon à nageoire bleue ne subisse des dommages graves »⁵⁵. Le Tribunal constate qu'« il existe une incertitude scientifique en ce qui concerne les mesures à prendre pour la conservation du thon à nageoire bleue et que les parties sont divisées sur le point de savoir si les mesures de conservation prises jusqu'ici ont conduit à une amélioration de l'état du stock du thon à nageoire bleue »⁵⁶. Il déclare ensuite que, « bien qu'il ne saurait évaluer de manière concluante les éléments de preuve scientifiques qui lui ont été soumis, le Tribunal estime que des mesures conservatoires devraient être prises d'urgence afin de préserver les droits des parties et d'éviter une détérioration plus grande de l'état du stock du thon à nageoire bleue »⁵⁷.

L'on peut noter une référence implicite au principe de précaution, laquelle traduit la prudence du juge. Une partie de la doctrine a eu à invoquer la coutume internationale en parlant du principe. Toujours est-il que nombre de traités et d'instruments juridiques formels utilisent différents termes : Principe ; Approche ; Concept ; Mesures ; Action. A ce jour, aucune décision judiciaire n'a réglé le problème. C'est que l'approche juridique de l'environnement demeure inachevée.

En effet, la notion est indéfinie et les instruments juridiques internes sont incertains ou en mutation rapide. L'approche de la précaution en tant que notion d'encadrement des activités humaines soulève des difficultés de définition et de mise en œuvre qui imposent la prudence au juge international. Nombre de requérants ont invoqué le principe de précaution devant le tribunal pour soit : Préserver des ressources halieutiques ; Prévenir une pollution du milieu marin ; Eviter une dégradation

53. Ibid, par. 75.

54. Ibid., par. 76,

55. Ibid, par. 77.

56. Ibid, par. 79

57 Ibid, par. 80

de l'environnement marin ; ou Une atteinte aux ressources naturelles du fait de la poldérisation. La prudence s'impose dans la mesure où la convention ne comporte aucune référence explicite à ce principe.

2) Affaire de l'usine Mox devant le TIDM [Royaume Uni/Irlande; ordonnance du 3 décembre 2001 Aff. : N° 10.

Sur la question de la nécessité de prescrire des mesures conservatoires en attendant la constitution du tribunal arbitral 12. Le Tribunal déclare que, «conformément à l'article 290, paragraphe 1, de la Convention, le Tribunal peut prescrire des mesures conservatoires pour préserver les droits respectifs des parties en litige ou pour empêcher que le milieu marin ne subisse de dommages graves»⁵⁸, et que «conformément à l'article 290, paragraphe 5, de la Convention, les mesures conservatoires peuvent être prescrites, en attendant la constitution du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII, si le Tribunal considère que l'urgence de la situation l'exige, en ce sens que des actes préjudiciables aux droits de l'une ou l'autre partie pourraient se produire ou que le milieu marin pourrait subir des dommages graves avant la constitution du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII »⁵⁹. « [L]e Tribunal doit, dès lors, se prononcer sur le point de savoir si des mesures conservatoires sont requises en attendant la constitution du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII »⁶⁰.

Le Tribunal relève l'affirmation de l'Irlande selon laquelle, une fois que l'usine MOX deviendra opérationnelle, « des rejets se produiront dans le milieu marin, avec des conséquences irréversibles »⁶¹, et il ne sera « pas possible de revenir à la situation qui existait avant la mise en service de l'usine MOX en cessant simplement d'alimenter le système

58 Ordonnance du 3 Décembre 2001, par. 63.

59. *ibid*, par. 64.

60. *Ibid*, par. 65.

61. *Ibid*, par. 68

en plutonium »⁶². Le Tribunal relève également que l'Irlande « plaide que le principe de précaution impose au Royaume-Uni la charge de démontrer qu'aucun dommage ne résulterait des rejets et d'autres conséquences de la mise en service de l'usine MOX, si celle-ci devait intervenir, et que le principe de précaution pourrait être utilement pris en compte par le Tribunal dans l'évaluation qu'il fera de l'urgence qu'il y a à prendre les mesures conservatoires sollicitées auprès de lui à propos de la mise en service de l'usine MOX »⁶³. Le Tribunal prend note des arguments du Royaume-Uni qui « soutient qu'il a produit des éléments de preuve qui établissent que d'éventuels risques de pollution, qui découleraient des opérations de l'usine MOX, seraient d'un niveau infinitésimal »⁶⁴, que « la mise en service de l'usine MOX ne causera pas ... de dommages graves au milieu marin ou de préjudice irréparable aux droits de l'Irlande, au cours de la période précédant la constitution du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII ... »⁶⁵, et que « ni la mise en service de l'usine MOX ni l'introduction du plutonium dans le système ne sont irréversibles, bien que le déclassement de l'usine puisse créer des difficultés techniques et financières à l'exploitant, si l'Irlande devait avoir gain de cause au sujet de la plainte soumise au tribunal arbitral prévu à l'annexe VII »⁶⁶. Le Tribunal note également que, de l'avis du Royaume-Uni, « l'Irlande n'est pas parvenue à fournir la preuve que, soit des dommages irréparables aux droits de l'Irlande, ou des dommages graves au milieu marin résultant des opérations de l'usine MOX se produiront, et que, au regard des faits de l'espèce, le principe de précaution n'est pas applicable »⁶⁷. Le Tribunal observe que le défendeur, à l'audience publique du 20 novembre 2001, « a déclaré qu'il n'y aura pas de transferts additionnels par mer de matières radioactives, que ce soit à destination ou en provenance de Sellafield, qui résulteraient de la mise en service de l'usine MOX »⁶⁸, qu'« il n'y aura pas d'exportation de combustible MOX à partir de l'usine avant l'été 2002 » et « il n'y aura pas d'importation de combustible MOX à destination de l'usine avant l'été 2002 ».

62. Ibid, par.70.

63. Ibid, par.71.

64. Ibid, par.72.

65 Ibid, par.73.

66. Ibid, par..74.

67. Ibid, par.75

68. Ibid, par. 78

tation destinée à l'usine THORP de combustible nucléaire use devant être retraité par l'usine MOX, au cours de la période en question, en exécution de contrats conclus à cet effet" »⁶⁹. Le Tribunal prend acte des assurances données par le Royaume-Uni⁷⁰. Pour ces motifs, le Tribunal ne juge pas que, eu égard aux circonstances de l'espèce, « l'urgence de la situation exige la prescription des mesures conservatoires sollicitées par l'Irlande, pour la courte période qui précèdera la constitution du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII »⁷¹. Le Tribunal affirme, toutefois, « que l'obligation de coopérer constitue, en vertu de la partie XII de la Convention et du droit international général, un principe fondamental en matière de prévention de la pollution du milieu marin et qu'il en découle des droits que le Tribunal peut considérer approprié de préserver conformément à l'article 290 de la Convention »⁷². « [D]e l'avis du Tribunal, la prudence et la précaution exigent que l'Irlande et le Royaume-Uni coopèrent en échangeant des informations relatives aux risques ou effets qui pourraient découler ou résulter des opérations de l'usine MOX et qu'ils élaborent des moyens permettant, le cas échéant, d'y faire face»⁷³.

Dans son ordonnance, le Tribunal⁷⁴ : « 1. a l'unanimité, Prescrit, en attendant une décision du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII, la mesure conservatoire ci-après, en vertu de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention: L'Irlande et le Royaume-Uni doivent coopérer et, à cette fin, procéder sans retard à des consultations dans le but : a) d'échanger des informations supplémentaires concernant les conséquences possibles, pour la mer d'Irlande, de la mise en service de l'usine MOX ; b) de surveiller les risques ou les effets qui pourraient découler ou résulter, pour la mer d'Irlande, des opérations de l'usine MOX ; c) d'adopter, le cas échéant, des mesures pour prévenir une pollution du milieu marin pouvant résulter des opérations de l'usine MOX.

69. Ibid, par. 79

70. Ibid, par. 80

71. Ibid, par. 81

72. Ibid, par. 82.

73. Ibid, par. 84.

74. Ibid, par. 89

3. Affaire relative aux travaux de poldérisation devant le TIDM (Malaisie c. Singapour) Aff. N° 12, Ordonnance du 8 octobre 2003.

Sur la nécessité de prescrire des mesures conservatoires en attendant la constitution du tribunal arbitral, Le Tribunal note que « conformément à l'article 290, paragraphe 1, de la Convention, le Tribunal peut prescrire des mesures pour préserver les droits respectifs des parties en litige ou pour empêcher que le milieu marin ne subisse des dommages graves »⁷⁵.

Concernant l'argument du demandeur selon lequel le défendeur a violé certaines dispositions de la Convention, et, dans cette optique, le principe de précaution⁷⁶, le Tribunal note que pendant la procédure orale Singapour a, en réponse aux mesures demandées par la Malaisie, rappelé sa proposition de communiquer les informations demandées par la Malaisie relatives aux travaux de poldérisation⁷⁷, déclare qu'elle donnerait à la Malaisie toute latitude de faire des observations sur les travaux de poldérisation et leur impact potentiel⁷⁸, déclare qu'elle était et demeurerait prête et disposée à engager des négociations⁷⁹ et a donné au Tribunal l'assurance qu'elle n'accélérait pas ses travaux⁸⁰. Le Tribunal prend acte des assurances données par Singapour⁸¹.

En ce qui concerne le remblaiement dans le secteur D à Pulau Tekong, qui constituait une préoccupation majeure de la Malaisie⁸², le Tribunal constate l'engagement pris par Singapour lors de l'audience de n'entreprendre aucune mesure irréversible en vue de construire un mur de revêtement en pierre autour du secteur D dans l'attente de la réalisation d'une étude conjointe qui doit être entreprise par des experts indépendants⁸³. Le Tribunal prend acte de cet engagement⁸⁴.

75. Ordonnance du 8 Octobre 2003, par.64.

76. *Ibid*, par. 74.

77. *Ibid*, par. 76.

78. *Ibid*, par. 77

79. *Ibid*, par. 78.

80. *Ibid*, par. 80.

81. *Ibid*, par. 81.

82. *Ibid*, par. 84.

83. *Ibid*, par. 87.

84. *Ibid*, par. 88

Le Tribunal considère qu'«on ne saurait exclure que, dans les circonstances particulières de l'espèce, les travaux de poldérisation puissent avoir un impact négatif sur le milieu marin »⁸⁵, et que, « étant donné l'incidence possible des travaux de poldérisation sur le milieu marin, la circonspection et la prudence commandent à la Malaisie et à Singapour de mettre en place des mécanismes en vue d'un échange d'informations et de l'évaluation des risques ou effets que pourraient entraîner les travaux de poldérisation, et de trouver des moyens d'y faire face dans les zones affectées»⁸⁶. Le Tribunal déclare que « la Malaisie et Singapour doivent faire en sorte qu'il ne sera entrepris aucune action de nature à compromettre l'exécution de toute décision sur le fond qui pourrait être rendue par le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII»⁸⁷

Dans son ordonnance, le Tribunal⁸⁸ : A l'unanimité, prescrit, en attendant une décision du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII, les mesures conservatoires suivantes en vertu de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention : La Malaisie et Singapour doivent coopérer et, à cette fin, procéder sans retard à des consultations dans le but :

a) de procéder promptement à la création d'un groupe d'experts indépendants chargé :

i) de mener, dans un délai d'un an au plus à compter de la date de la présente ordonnance, une étude visant à déterminer l'impact des travaux de poldérisation de Singapour conformément au cadre de référence qui doit être défini d'un commun accord par la Malaisie et Singapour, et de proposer, le cas échéant, des mesures pour faire face à tout impact négatif éventuel de ces travaux ;

ii) d'établir au plus tôt un rapport d'activité, sur la question des travaux de remblaiement dans le secteur D à Pulau Tekong ;

b) de procéder régulièrement à un échange d'informations sur les travaux de poldérisation entrepris par Singapour et d'évaluer les risques ou effets qu'ils pourraient entraîner;

85. Ibid, par. 96

86. Ibid, par. 99

87. Ibid, par. 100.

88. Ibid, par.106.

4. Delimitation de la frontière maritime entre Ghana et la Côte d'Ivoire devant le TIDM (Ordonnance du 25 avril 2015).

Sur la nécessité de prescrire des mesures conservatoires en attendant la décision au fond, la Chambre spéciale déclare que son pouvoir « de prescrire des mesures conservatoires, qu'elle] tient de l'article 290, paragraphe 1, de la Convention, à pour objet de préserver les droits respectifs des Parties en litige ou d'empêcher que le milieu marin ne subisse de dommages graves en attendant la décision définitive »⁸⁹ et qu'elle « ne peut prescrire des mesures conservatoires que si elle juge qu'il existe "un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits des parties en litige"»⁹⁰. La Chambre spéciale renvoie, à cet égard, au paragraphe 72 de l'ordonnance du Tribunal du

23 décembre 2010 dans l'Affaire du navire « Louisa »⁹¹. La Chambre spéciale affirme également que « l'urgence est requise pour exercer le pouvoir de prescrire des mesures conservatoires, c'est-à-dire la nécessité de prévenir le risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits en litige avant que la décision définitive ne soit rendue»⁹²

En ce qui concerne la demande de la Côte d'Ivoire en prescription de « mesures conservatoires ... pour empêcher que le milieu marin ne subisse des dommages graves»⁹³, « la Chambre spéciale estime que la Côte d'Ivoire n'a pas apporté de preuve suffisante pour appuyer ses allégations selon lesquelles les activités menées par le Ghana dans la zone litigieuse seraient de nature à créer un risque imminent de dommages graves au milieu marin »⁹⁴. La Chambre spéciale affirme toutefois qu'elle « est particulièrement préoccupée par le risque que des dommages graves soient causés au milieu marin »⁹⁵ et que de son avis « les Parties devraient, dans les circonstances de l'espèce, "agir avec prudence et précaution pour éviter tout dommage grave au milieu marin" »⁹⁶. La Cham-

89. Ordonnance du 25 Avril 2015, par. 39

90. Ibid, par. 41.

91. Ibid, par. 41.

92. Ibid, par. 42.

93. Ibid, par. 64.

94. Ibid, par. 67.

95 Ibid, par. 68.

96 Ibid, par. 72

bre spéciale renvoie, à cet egard, au paragraphe 77 de l'ordonnance du Tribunal du 23 décembre 2010 en l'Affaire du navire « Louisa », au paragraphe 77 de l'ordonnance du Tribunal du 27 août 1999 dans les Affaires du thon à nageoire bleue et au paragraphe 132 de l'avis consultatif de la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du 1er février 2011 (Responsabilités et obligations des Etats qui patronent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone)⁹⁷.

97. Ibid, par.72

1) Affaire N° 17 : Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des Personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone devant le TIDM [Avis consultatif du 1^{er} février 2011 ⁹⁸

Le Conseil de l'Autorité internationale des fonds marins a posé la question suivante : Quelles sont les responsabilités et obligations juridiques des Etats-Parties à la Convention qui patronnent les activités menées dans la Zone en application de l'accord de 1994 relatif à l'application de la partie XI de la CNUDM ?

La chambre des fonds marins répond comme suit :

Les Etats qui patronnent ont deux types d'obligations aux termes de la Convention et des instruments qui s'y rapportent. A. L'obligation de veiller au respect par le contractant patronné des termes du contrat et des obligations énoncées dans la Convention et les instruments qui s'y rapportent. Il s'agit d'une obligation de "diligence requise". L'Etat qui patronne est tenu de faire de son mieux pour que les contractants patronnés s'acquittent des obligations qui leur incombent. La norme relative à la diligence requise peut varier dans le temps et dépendre du niveau de risque des activités concernées.

Cette obligation de "diligence requise" nécessite que l'Etat qui patronne prenne des mesures au sein de son système juridique. Ces mesures doivent être des lois et règlements et des mesures administratives. Ces mesures doivent répondre à une norme, être "raisonnablement appropriées". B. Obligations directes auxquelles les Etats qui patronnent doivent se conformer indépendamment de leur obligation de veiller à ce que les contractants patronnés adoptent une certaine conduite. Le respect de ces obligations peut aussi être considéré comme un facteur pertinent pour que l'Etat qui patronne s'acquitte de son obligation de "diligence requise". Les obligations directes les plus importantes incombant à l'Etat qui patronne sont les suivantes : a) l'obligation d'aider l'Autorité, énoncée à l'article 153, paragraphe 4, de la Convention ; b) l'obligation d'appliquer une approche de précaution, reflétée dans le principe 15 de la Dé-

98. Avis consultatif de la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux Fonds marins du 1^{er} février 2011, dispositif.

claration de Rio et énoncée dans le Règlement relatif aux nodules et le Règlement relatif aux sulfures. Il convient aussi de considérer que cette obligation fait partie intégrante de l'obligation de "diligence requise" de l'Etat qui patronne et est applicable au-delà du cadre du Règlement relatif aux nodules et du Règlement relatif aux sulfures ; c) l'obligation d'appliquer les meilleures pratiques écologiques, énoncée dans le Règlement relatif aux sulfures, mais également applicable dans le contexte du Règlement relatif aux nodules; d) l'obligation d'adopter des mesures afin que le contractant fournisse des garanties dans l'éventualité d'ordres en cas d'urgence pour assurer la protection du milieu marin ; et e) l'obligation d'offrir des voies de recours pour obtenir réparation. L'Etat qui patronne a l'obligation de diligence requise de veiller à ce que le contractant patronné respecte l'obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement qui lui est faite au paragraphe 7, de la section 1 de l'annexe à l'Accord de 1994. L'obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement est également une obligation générale en droit coutumier et est énoncée en tant qu'obligation directe de tous les Etats à l'article 206 de la Convention et en tant qu'un des aspects de l'obligation faite à l'Etat qui patronne d'aider l'Autorité en vertu l'article 153, paragraphe 4, de la Convention.

2) Avis Consultatif de la CSRP du 2 avril 2015 (Aft N° 21) du TIDM⁹⁹

Par lettre du 27 mars 2013, reçue le 28 mars 2013, le Secrétaire permanent de la Commission sous-régionaux des pêches (CSRP) a transmis au Tribunal une demande d'avis consultatif, en application d'une résolution adoptée par la Conférence des Ministres de la CSRP à sa quatorzième session, tenue les 27 et 28 mars 2013.

Dans ladite résolution, la Conférence des Ministres a décidé, conformément l'Article 33 de la Convention de 2012 relative à la détermination des conditions minimales d'accès et d'exploitation des ressources halieutiques à l'intérieur des zones maritimes sous juridiction des Etats membres de la CSRP, d'habiliter le Secrétaire Permanent de la CSRP à saisir

99. Avis consultatif du 2 avril 2015 du Tribunal Plénier, par. 219.

le Tribunal, en application de l'article 138 du Règlement, aux fins de rendre un avis consultatif sur les questions suivantes :

« 1. Quelles sont les obligations de l'Etat du pavilion en cas de pêche illicite, non déclarée, non réglementée (INN) exercée à l'intérieur de la Zone Economique Exclusive des Etats tiers?

2. Dans quelle mesure l'Etat du pavilion peut-il être tenu pour responsable de la pêche INN pratiquée par les navires battant son pavilion?

3. Lorsqu'une licence de pêche est accordée à un navire dans le cadre d'un Accord international avec l'Etat du pavilion ou avec une structure internationale, cet Etat ou cette organisation peut-il être tenu responsable des violations de la législation en matière de pêche de l'Etat côtier par ce navire.

4. Quels sont les droits et obligations de l'Etat côtier pour assurer la gestion durable des stocks partagés et des stocks d'intérêt commun en particulier ceux des thonidés et des petits pélagiques? »

Dans son avis consultatif, le Tribunal¹⁰⁰ : à l'unanimité Repond comme suit à la première question : L'Etat du pavilion a l'obligation de prendre les mesures nécessaires, y compris les mesures d'exécution, pour veiller à ce que les navires battant son pavilion se conforment aux lois et règlements adoptés par les Etats membres de la CSRP relatifs aux ressources biologiques marines dans leur zone économique exclusive aux fins de conservation et de gestion de ces ressources.

Pour s'acquitter de son obligation d'exercer effectivement sa juridiction et son contrôle dans le domaine administratif, l'Etat du pavilion est tenu, en vertu de l'article 94 de la Convention, d'adopter les mesures administratives nécessaires pour veiller à ce que les navires de pêche battant son pavilion ne se livrent pas à des activités, dans les zones économiques exclusives des Etats membres de la CSRP, qui entravent l'exercice de sa responsabilité au titre de l'article 192 de la Convention aux fins de protection et de préservation du milieu marin et de conservation des ressources biologiques marines qui en sont partie intégrante. Les obligations susmentionnées sont des obligations de "diligence due".

L'Etat du pavilion et les Etats membres de la CSRP ont l'obligation de coopérer dans les affaires relatives à des activités de pêche INN me-

100. Ibid, par 219

nées par des navires de l'Etat du pavilion dans les zones économiques exclusives des Etats membres de la CSRP concernés.

L'Etat du pavilion, dans les cas où il reçoit des informations d'un Etat membre de la CSRP alléguant qu'un ou plusieurs navires battant son pavilion ont été impliqués dans des activités de pêche INN dans la zone économique exclusive de cet Etat, à l'obligation de procéder à une enquête et de prendre, s'il y a lieu, les mesures nécessaires pour remédier à la situation et d'en informer l'Etat membre de la CSRP.

Par 19 voix contre 1 Répond comme suit à la quatrième question : En vertu de la Convention, les Etats membres de la CSRP ont l'obligation d'assurer la gestion durable des stocks partagés, lorsque ces stocks se trouvent dans leurs zones économiques exclusives respectives. Ces obligations comprennent :

i) L'obligation de coopérer, selon que de besoin, avec les "organisations internationales compétentes, sous-régionales, régionales ou mondiales" en vue de "prendre des mesures appropriées de conservation et de gestion pour éviter que le maintien des stocks partagés de la zone économique exclusive ne soit compromis par une surexploitation" (voir article 61, paragraphe 2, de la Convention);

ii) Pour ce qui concerne "un même stock de poissons ou des stocks d'espèces associées" qui "se trouvent dans les zones économiques exclusives de plusieurs Etats membres de la CSRP", l'obligation pour ceux-ci de s'efforcer de "s'entendre sur les mesures nécessaires pour coordonner et assurer la conservation et le développement de ces stocks" (voir article 63, paragraphe 1, de la Convention) ;

iii) Pour ce qui concerne les thonides, l'obligation de coopérer, directement ou par l'intermédiaire de la CSRP afin d'assurer la conservation des espèces en cause et de promouvoir leur exploitation optimale dans leurs zones économiques exclusives (voir article 64, paragraphe 1, de la Convention). Les mesures prises au titre de cette obligation devraient être cohérentes et compatibles avec celles prises dans l'ensemble de la région par l'organisation régionale pertinente, à savoir la Commission internationale pour la conservation des thonides de l'Atlantique, aussi bien dans les zones économiques exclusives des Etats membres de la CSRP qu'au-delà de celles-ci.

Afin d'exécuter ces obligations, les Etats membres de la CSRP, en

application de la Convention, spécifiquement ses articles 61 et 62, doivent veiller à ce que les mesures de conservation et de gestion visent à maintenir ou à rétablir les stocks à des niveaux qui assurent le rendement constant maximum, eu égard aux facteurs écologiques et économiques pertinents, y compris les besoins économiques des communautés côtières de pêcheurs et les besoins particuliers des Etats membres de la CSRP, compte tenu des méthodes en matière de pêche, de l'interdépendance des stocks et de toutes normes minimales internationales généralement recommandées au plan sous régional, régional ou mondial.

Lorsqu'ils exercent leurs droits et s'acquittent de leurs obligations en vertu de la Convention dans leurs zones économiques exclusives respectives, les Etats membres de la CSRP et les autres Etats Parties à la Convention doivent tenir dûment compte de leurs droits et obligations respectifs. Cette règle découle des articles 56, paragraphe 2, et 58, paragraphe 3, de la Convention et de l'obligation qu'ont les Etats Parties de protéger et de préserver le milieu marin, principe fondamental souligné aux articles 192 et 193 de la Convention, énoncé au quatrième alinéa de son préambule. Les ressources biologiques et la faune et la flore marines font partie du milieu marin et, ainsi que le Tribunal l'a constaté dans les affaires du Thon à nageoire bleue, "la conservation des ressources biologiques de la mer constitue un élément essentiel de la protection et de la préservation du milieu marin".

C. SENTENCES ARBITRALES

South China Sea Arbitration (Philippines c. Chine) sentence du 12 juillet 2016 du Tribunal Ad' hoc constitué en vertu de l'Annexe VII de la CNUDM

Aux termes des articles 192 et 194, les Etats ont l'obligation de protéger et de préserver le milieu marin. Pour se faire, ils prennent séparément ou conjointement toutes les mesures compatibles avec la Convention qui sont nécessaire pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin, quelle qu'en soit la source. Ils prennent toutes les mesures nécessaires pour que les activités relevant de leur juridiction ou de leur contrôle ne causent pas de préjudice par pollution à d'autres Etats. En ce qui concerne la responsabilité de l'Etat du pavilion, chaque partie est tenue de prendre les mesures qui peuvent être nécessaire pour s'assurer que les navires de pêche autorisés à battre son pavilion n'exercent aucune activité susceptible de compromettre l'efficacité des mesures internationales de conservation et de gestion¹⁰¹. [Avis consultatif du TIDM du 2 avril 2015]

Les mesures prises doivent comprendre celles nécessaires pour protéger et préserver les écosystèmes rares ou délicats ainsi que l'habitat des espèces et autres organismes marins en régression, menacés ou en voie d'extinction. Faute de quoi, l'Etat du pavilion mène immédiatement une enquête approfondie lorsqu'une infraction est alléguée [Affaire Pulp-Mills (CU); Affaire Responsabilités et Obligations des Etats qui patronnent (Avis consultatif du 1^{er} février 2011 TIDM) ; Affaire Chago Marine Protection Arbitration ; Affaire Mox Plant (TIDM)].

Nous en arrivons à présent aux perspectives qui s'offrent de nos jours.

101. Avis consultatif du TIDM du 2 avril 2015, op. cit.

III. PERSPECTIVES

L'on a ici en vue deux problèmes qui préoccupent la communauté internationale des Etats dans son ensemble. Il s'agit :

A. CONSEQUENCES DES CHANGEMENTS CLIMATIQUES

Les conséquences du changement climatique sur les océans sont appelées à figurer pendant longtemps à l'ordre du jour du droit de la mer dans les années à venir et risquent d'occuper nombre d'institutions internationales. Le rapport de 2010 du secrétaire général des Nations Unies relatif aux Océans et le droit de la mer souligne les divers aspects de ces conséquences « augmentation du niveau des mers ; la fonte des glaces de l'océan arctique ; la question de l'acidification des océans ; les difficultés de la biodiversité marine ; l'augmentation de la fréquence des événements météorologiques extrêmes et les transferts dans la distribution des espèces biologiques »¹⁰². C'est pourquoi, l'Assemblée générale des Nations Unies continue de souligner qu'il est urgent de s'attaquer aux effets des changements climatiques et de l'acidification des océans sur le milieu marin et la diversité biologique marine et recommande un certain nombre de mesures¹⁰³. Une des mesures-phares se trouve être la sensibilisation de l'opinion aux effets néfastes des changements climatiques sur les océans¹⁰⁴.

En effet, dans le cadre de son mandat révisé, approuvé par l'Assemblée générale, ONU-Océans, mécanisme de coordination inter-institutions pour les questions liées aux océans et aux zones côtières, a continué de s'attacher en priorité à mettre en place une base de données consultable en ligne contenant un inventaire des mandats et des activités¹⁰⁵. En conformité avec son mandat¹⁰⁶, le coordonnateur d'ONU-Océans a entretenu la seizième réunion du processus consultatif sur les travaux de ce mécanisme¹⁰⁷. ONU-Océans a en outre organisé, en marge de la

102 Voir document des Nations Unies A/65/69/Add.2, paragraphe 374.

103 AG de l'ONU, Résolution 69/245

104 Voir, Rapport du Secrétaire Général des Nations Unies

105. Ibid.

106 Voir Résolution 68/70, annexe.

107 Voir www.un.oceans.org.

conférence des Parties (COP 21) à la Conférence-Cadre des Nations Unies sur les changements climatiques à Paris, une session d'information sur les activités des membres d'ONU-Océans relatives à la question des Océans et des changements climatiques et à l'acidification des Océans¹⁰⁸.

C'est que la question des changements climatiques est un objet de préoccupation mondiale. Elle est multidimensionnelle¹⁰⁹ en ce qu'elle couvre les domaines les plus divers et les plus dissemblables¹¹⁰.

108. Voir aussi, http://unfccc.int/files/meetings/Bonn_jun_2015

109. Voir le document des Nations Unies précité A/65/69/add.2, paragraphe 374 ; R. Rayfuse and Scott (eds.) *International law in the Era of Climate Change*, London, 2012; Dryzek, Norgaard and Schlosberg (eds.), *Oxford Handbook of Climate Change and Society* Oxford, 2011; A. Boyle, "Climate Change and Ocean Governance", in M.C. RIBEIRO (ed.), 30 years after the signature of the UNCLOS ... op. cit. pp. 357-382, où l'auteur écrit: "Rather, the important lesson is that climate change should be on the negotiating agenda of all international institution whose mandate is affected by it. It is a human rights issue. It is a trade issue. It is also an issue for IMO and those convention secretariats responsible for protecting the marine environment pursuant to part XII of the 1982 Convention", p. 358.

110. Comme l'indique le Rapport de synthèse de 2014 destiné aux décideurs: "1) Human influence on the climate system is clear ... recent climate changes have had widespread impacts on human and natural systems; 2) many of the observed changes are unprecedented; 3) the atmosphere and oceans have warmed, that amounts of snow and ice have diminished, and sea level has risen; 4) anthropogenic greenhouse gas emissions are extremely likely to have been the dominant cause of the observed warming since the mid-20th century; 5) Continued emissions ... will cause further warming and long-lasting changes ... increasing the likelihood of severe, pervasive and irreversible impacts; 6) Limiting climate change would require substantial and sustained reductions in greenhouse gas emissions; 7) It is very likely that heat waves will occur more often and last longer, and that extreme precipitation events will become more intense in frequent in many regions. The ocean will continue to warm and acidify, and global mean sea level to rise; 8) Many aspects of climate change and associated impacts will continue for centuries; 9) The risks of abrupt or irreversible changes increase as the magnitude of the warming increases; 10) Without additional mitigation efforts ... warming by the end of the 21st century will lead to high, to very high risk of severe, wide-spread and irreversible impacts globally and 11) there are multiple mitigation pathways that are likely to limit warming to below 2°C relative to pre-industrial levels. the pathways would require substantial emissions reductions over the next few decades and near zero emissions of CO₂ and other long-lived greenhouse gases by the end of the century", IPCC, *Climate Change 2014 Synthesis Report, Summary for Policymakers*, http://www.ipcc.ch/pdf/assessment_report/ar5/syr/AR5_SYR_FINAL_SPM.pdf.

Comme l'indique Ph.Sands:

"It is plain that climate change poses significant challenges to international law. The subject transcends the classical structure of an international legal order that divides our planet into territorially defined areas over which states are said to have sovereignty. Issues associated with climate change permeate national boundaries: emissions or actions in one state will have adverse consequences in another, and in areas over which states have no jurisdiction or sovereignty. (...) there is no other issue like climate change, where the sources of the problem-according to the IPCC-are so many and so broad, requiring actions that touch upon virtually every aspect of human endeavour and action. Each of us contributes to climate change; each of us will be affected by climate change¹¹¹

Etant donné la prolifération des problèmes posés par les changements et surtout leur différence de nature, plusieurs critères de spécialité devront être mis en oeuvre pour faire face à la situation. L'élévation du niveau des mers est susceptible d'affecter nombre d'îles et de hauts-fonds-découvrants qui risquent de disparaître. Se posera alors le problème des droits sur les zones maritimes qui relevaient de la juridiction desdites îles après leur disparition et la disparition des hauts-fonds aura des conséquences sur la détermination des lignes de base.

Les scientifiques ont révélé que l'élévation du niveau des mers a été plus rapide de 2000 à 2009 que durant les 5000 années précédentes¹¹². Le défi immédiat, face à cette situation, est la protection des archipels susceptibles d'être menacés par l'élévation du niveau des mers et les populations installées sur les littoraux. Les différentes formations insulaires de certains archipels sont à un très faible niveau au-dessus du niveau actuel de la mer¹¹³.

111. Ph. Sands, "Climate change and the Rule of Law: Adjudicating the Future in International Law", Public Lecture, United Kingdom Supreme court, 17 September 2015, 530 pm, pp. 1-21, spec.p.6.

112. L'on estime que l'élévation est due pour 1/3 à la fonte des glaciers continentaux et glaces polaires [la température moyenne hivernale en Antarctique s'est élevée de 6 degrés en 50 ans], pour un autre tiers à la dilatation de l'eau de mer en raison de son réchauffement, même minime, le dernier tiers causal étant encore indéterminé. Voir J.P. Pancraccio, Droit de la mer, Précis Dalloz 2010, p. 2.

113. C'est le cas des archipels de Tuvalu (Océan Pacifique), des Maldives (océan indien) et celui des Seychelles (océan indien). Ces archipels sont classés dans la catégorie des Petits Etats Insulaires en développement, dont nombre de leurs îles ne sont qu'à 1 ou 2 mètres d'élévation ; ce qui les expose singulièrement.

La fonte des glaciers continentaux et glaces polaires va rejaillir sur le droit de la mer. Elle va engendrer de nouveaux plateaux continentaux exploitables, de nouvelles routes de navigation et peut être une nouvelle piraterie en raison de l'oisiveté des populations autochtones susceptible d'être créée ainsi que la migration des stocks de poissons vers ces nouveaux espaces libérés des glaces. Cette situation peut créer de nouvelles activités de pêche en même temps qu'une nouvelle industrie d'hydrocarbure ou de gaz c'est-à-dire aussi une possible pollution. C'est dire que des enjeux multiples vont émerger et vont nécessiter une coopération Internationale très suivie pour soustraire ces zones à une situation conflictuelle géoéconomique et géostratégique.

En attendant, les Etats peuvent recourir à la CNUDM pour la protection et la préservation du milieu marin. En effet, les Etats ont l'obligation de protéger et de préserver le milieu marin »¹¹⁴. Ils sont ainsi tenus de prendre les mesures visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin.

En particulier, les Etats doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour que les activités relevant de leur juridiction ou de leur contrôle le soient de manière à ne pas causer de préjudice par pollution à d'autres Etats et à leur environnement et pour que la pollution résultant d'incidents ou d'activités relevant de leur juridiction ou de leur contrôle ne s'étende pas au-delà des zones où ils exercent des droits souverains¹¹⁵.

Ce principe d'utilisation non dommageable du territoire¹¹⁶ apparaît comme une obligation de diligence requise (« due diligence »)¹¹⁷, et donc

114. Article 192 de la CNUDM et l'article 194 paragraphe 5 de préciser que « les mesures prises conformément à la présente partie comprennent les mesures nécessaires pour protéger et préserver les écosystèmes rares ou délicats ainsi que l'habitat des espèces et autres organismes marins en régression, menaces ou en voie d'extinction ». Ces obligations doivent être examinées en tandem avec celles relatives à la conservation et à la gestion des ressources biologiques de la haute mer telles qu'elles figurent aux articles 117 à la 120 de CNUDM.

115. 115 Article 194 paragraphe 2.

116 Voir Tafsir Malick NDIAYE « La responsabilité internationale des Etats pour dommages au milieu marin », in B.Vukas, T. SOSIC (eds.), *International Law : New concepts, continuing dilemmas*, Liber Amicorum Boziclar Bakotic, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden / Boston 2010, pp. 265-279, spec. 267 ; Voir aussi la Convention de Bale du 22 mars 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux, *International Legal Materials (ILM)*, Vol. 28, p. 649 (1989).

117. Voir ITLOS, Affaire N° 17, Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre des activités menées dans la zone (Demande d'avis Consultatif soumise au tribunal pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins), paragraphes 115-120.

susceptible de mettre en jeu la responsabilité d'un Etat¹¹⁸

Il reste l'autre défi de taille qu'est l'acidification des océans dont le niveau de connaissances scientifiques est dans les limbes du balbutiement poussant la Communauté des Etats à prendre note de la situation. Comme le fait remarquer Tommy Koh:

"The nexus between climate change and the oceans is insufficiently understood. People generally do not know that the oceans serve as the blue lungs of the planet, absorbing Co2 for the atmosphere and returning oxygen to the atmosphere. The oceans also play a positive role in regulating the world's climate system. One impact of global warming on the oceans is that the oceans are getting warmer and more acidic. This will have a deleterious effect on our coral reefs. In view of the symbiotic relationship between land and sea, the world should pay more attention to the health of our oceans¹¹⁹"

118 Sur la justiciabilité des changements climatiques, voir A. BOYLE, op. cit. [Note 109] pp.378-380 ; Ph. Sands op. cit. [Note 111], pp. 11-15.

119. Voir, T. Koh, in L. Del Castillo (ed.) *Law of the sea, from Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea*, Liber Amicorum Judge Hugo Caminos, Brill/Nijhoff, 2015, p.108; En effet, dans sa résolution, l'Assemblée Générale des Nations Unies dit, je cite « §81 Prend note des travaux du Groupe d'experts intergouvernemental sur révolution du climat, y compris ses conclusions selon lesquelles, si l'on ne connaît pas encore les conséquences de l'acidification des océans sur la biologie marine, cette acidification progressive devrait avoir un impact négatif sur les organismes marins à coquilles et leurs espèces dépendantes et, à cet egard, encourage les Etats à poursuivre d'urgence les travaux de recherche sur l'acidification des océans, en particulier les programmes d'observation et de mesures », A/RES/62/215 du 14 mars 2008, Résolution adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 22 décembre 2007, p. 16, paragraphe 81.

B. LES RESSOURCES GENETIQUES MARINES

La question est examinée par un Groupe de travail spécial officieux à composition non limitée, institué par l'Assemblée Générale des Nations Unies en 2004, et chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà de la juridiction nationale « le Groupe de travail spécial »¹²⁰.

Ce travail s'effectue dans le cadre du Processus consultatif officieux ouvert à tous sur les océans et le droit de la mer (« le Processus consultatif D) qui met l'accent sur les ressources génétiques marines et convient que le Groupe de travail spécial doit examiner cette question¹²¹. Des discussions ont eu lieu concernant le régime juridique à appliquer aux ressources génétiques marines dans les zones au-delà de la juridiction nationale, conformément à la CNUDM et l'Assemblée Générale a eu à demander aux Etats de poursuivre l'examen de cette question dans le cadre du mandat du Groupe de travail spécial, en vue de faire progresser les travaux¹²².

La communauté des Etats est doublement consciente de l'abondance et de la diversité des ressources génétiques marines et de leur valeur du point de vue des avantages que l'on peut en retirer ainsi que des biens et services auxquelles elles peuvent donner lieu, d'une part. De l'autre, elle est consciente également de l'importance de la recherche sur les ressources génétiques marines en vue de mieux comprendre les écosystèmes marins ainsi que leurs utilisations et applications potentielles, et de mieux les gérer¹²³.

Les premières réunions du Groupe de travail officieux ont enregistré

120 Voir A/61/65 et Corr. 1

121. Comme demandé par l'Assemblée Générale des Nations Unies au paragraphe 91 de la Résolution 61/222. Le Groupe de Travail a tenu plusieurs réunions de 2006 à 2015.

122 Voir document A/RES/62/215 du 14 mars 2008, p.24, paragraphe 133.

123. Ibid. paragraphes 134 et 135 ; voir aussi J. Wehrli et Th. Cottier « To-wards a treaty instrument on marine genetic resources » in M. C. Ribeiro (ed.), 30 years after the signature of the UNCLOS ... op. cit. [Note 112] pp. 517-549 où il est dit "The law, and international law, finds itself in the classic constellation of ex post assessment of the implications of rules not per se designed to deal with novel and impending challenges. [...] Even the deep sea, which belongs to the least explored areas in the world, supports mammals and fish, including sea stars, sponges,

très peu de progrès dans les discussions où les dissensions et les divergences étaient tenaces sur la question du régime juridique applicable, à la biodiversité marine, y compris les ressources génétiques marines des zones ne relevant pas de la juridiction nationale.

La nature particulière des ressources génétiques, dont la connaissance doit être approfondie, rend les discussions très ardues. La question qui se pose est celle de leur lieu de rattachement: s'agit-il de ressources appartenant aux fonds marins ou alors aux eaux surjacentes? La réponse à cette interrogation rejaillit sur les règles applicables du droit de la mer. C'est ainsi que deux points de vue opposés et exclusifs se sont affrontés dans le processus. D'une part, certains Etats ont avancé que le principe fondamental devant s'appliquer en la matière est celui du patrimoine commun de l'humanité tandis que d'autres Etats ont fait valoir le principe de la liberté de la haute mer, de l'autre.

Trois types d'arguments sont avancés pour étayer les différentes positions. D'abord, la question de savoir si le régime applicable à la Zone concerne des ressources autres que les minéraux. L'on sait que la CNUDM entend par ressources toutes les ressources minérales solides, liquides ou gazeuses in situ qui, dans la Zone, se trouvent sur les fonds marins ou dans leur sous-sol, y compris les nodules polymétalliques et les ressources, une fois extraites de la Zone, sont dénommées « minéraux »¹²⁴. L'argument est parfois développé sur la base d'une analogie avec le statut des espèces sédentaires sur le plateau continental.

Ensuite, la question de savoir si l'article 143 de la CNUDM peut être invoqué à l'appui de l'idée selon laquelle la prospection des ressources génétiques doit être conduite à des fins exclusivement pacifiques et dans l'intérêt de l'humanité toute entière, conformément à la partie XIII¹²⁵.

jellyfish and bottom-dwelling fish, worms, molluscs, crustaceans, and a broad range of single-celled organisms", p.518; M. Allsopp and al., World Watch Report 174: Oceans in Peril: Protecting Marine Biodiversity, World Watch Institute, Washington DC, September 2007, p. 7.; T. Heidar, "Overview of the BBNJ Process and Main Issues", CIL International Workshop, Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction: Preparing for the PrepCom, Singapore, 3-4 February 2016 [PowerPoint].

124. CNUDM, article 133, alinéas a) et b).

125 L'on reconnaît les mots de l'article 143 paragraphe 1 de la CNUDM relatif à la « Recherche scientifique marine dans la Zone c'est-à-dire les fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale.

Et, enfin, la question de savoir si l'Autorité internationale des fonds marins est appelée - ou non - à jouer un rôle quelconque en la matière, puisque l'Autorité est l'organisation par l'intermédiaire de laquelle les Etats Parties organisent et contrôlent les activités menées dans la Zone, notamment aux fins de l'administration des ressources de celle-ci¹²⁶.

C'est en 2011 que le Groupe de travail devait recommander l'institution d'un processus par lequel le cadre juridique, relatif à la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale, reflète les différents points de vue des Etats. En particulier, « prises conjointement et dans leur ensemble », les questions relatives aux ressources génétiques marines, y compris celles liées au partage des bénéfices, les mesures telles que les outils de gestion par zone, y compris les aires marines protégées, les études d'impact sur l'environnement ainsi que le renforcement des capacités et le transfert de techniques marines.

Cette recommandation sera adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies et est présentée comme le « package deal » des négociations dans l'élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la CNUDM et portant sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale¹²⁷.

Le Groupe de travail a continué à examiner ces questions dans le cadre du nouveau processus institué. Il a tenu deux ateliers en 2013 portant, d'une part, sur les ressources génétiques marines et sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine, de l'autre. L'Assemblée générale était d'avis que le Groupe de travail devait tenir plusieurs réunions pour préparer la décision qu'elle était appelée à prendre à sa 69ème session et pour laquelle elle sollicitait des recommanda-

126 Article 157 paragraphe 1 de la CNUDM.

127. Voir le document des Nations Unies A/RES/69/292 du 6 juillet 2015 portant la Résolution adoptée par l'Assemblée Générale le 19 Juin 2015 « Elaboration d'un instrument international se rapportant à la CNUDM et portant sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones relevant pas de la juridiction nationale », p. 2, para. 1.

tions relatives aux termes de références¹²⁸, sur le champ d'application, les paramètres et les possibilités d'élaboration d'un instrument international se rapportant à la Convention.

Après avoir examiné lesdites recommandations¹²⁹ du Groupe de travail spécial officieux et se félicitant des progrès accomplis par le groupe de travail en application du mandat à lui confié¹³⁰ l'Assemblée générale décida d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant le 19 juin 2015.

Elle décide aussi de constituer, avant la date de la tenue d'une conférence intergouvernementale, un comité préparatoire, ouvert à tous les Etats Membres de l'ONU, aux membres des institutions spécialisées et aux parties à la Convention¹³¹. Le comité est chargé de présenter à l'Assemblée générale des recommandations de fond sur les éléments du projet d'instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la Convention. Le comité devra tenir compte des divers rapports des Coprésidents sur les travaux du groupe de travail spécial officieux chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité marine. Le comité a commencé ses travaux en 2016 et tiendra deux sessions de deux semaines chacune. La première session a eu lieu du 28 mars au 8 avril et la seconde se tiendra du 26 août au 9 septembre. Il en sera de même en 2017 et le comité préparatoire fera rapport à l'Assemblée générale sur l'état d'avancement de ses travaux à la fin 2017. Le comité préparatoire est présidé par l'Ambassa-

128. Voir A/RES/69/292 op. cit.[note 127] où le premier considérant se lit « l'assemblée générale, Réaffirmant l'engagement pris par les Chefs d'Etat et de gouvernement au para. 162 du document final de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable tenue à Rio de Janeiro, Brésil du 20 au 22 juin 2012, intitulé « L'avenir que nous voulons, quelle l'Assemblée générale fait sien dans sa résolution 66/288 du 27 juillet 2012, de s'attaquer de toute urgence à la question de la Conservation et de l'utilisation durable de la Biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale, en s'appuyant sur les travaux du Groupe de travail spécial officieux à composition non limitée chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà des limites de juridiction nationale, et notamment de prendre une décision sur l'adoption d'un instrument international se rapportant à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer avant la fin de sa soixante-neuvième session ».

129 Voir doc. A/69/780, annexe sect. I.

130 Voir les Résolutions 66/321 du 24 décembre 2011 et 67/78 du 11 décembre 2012.

131. Voir A/RES/69/292 op. cit paragraphe 1 a).

deur Eden Charles de Trinité et Tobago¹³².

L'Assemblée générale des Nations Unies a décidé qu'avant la fin de sa soixante-douzième session, elle prendra une décision, en tenant compte du rapport du comité préparatoire, sur l'organisation et la date d'ouverture d'une conférence intergouvernementale, devant se tenir sous les auspices des Nations Unies ; les recommandations du comité préparatoire et l'élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la Convention.

Le 28 février 2017 le président de la Commission préparatoire a soumis un texte appelé « Non paper » de 112 pages et 759 propositions émanant des Etats et qui constituent les éléments du projet d'instrument international juridiquement contraignant sur la conservation et la gestion durable de la biodiversité marine au-delà de la juridiction nationale.

Le texte est un document de référence qui assistera grandement les délégations dans l'examen des questions et idées en discussion à la Commission préparatoire¹³³.

Le point E du chapitre III, relatif au « Environmental Impact Assessments » est particulièrement important pour la protection et la préservation du milieu marin avec les principes suggérés « Precautionary principle/Approach ; Ecosystem approach ; Sciences-based approach ; Transparency in decision making ; Inter-and-Intra generational equity ; responsibility to protect and preserve marine environment ; Stewardship; No-net-loss principle ¹³⁴»

Ce processus de négociation qui va s'instaurer s'enrichira sans doute de l'interprétation et de l'application de la partie XII de la CNUDM. Qui plus est, le dialogue entre juridictions internationales et tribunaux arbitraux permettra d'asseoir progressivement un régime international de la protection de l'environnement.

Pour ce faire, il serait souhaitable de donner aux juridictions internationales la possibilité d'examiner au fond - quelque soit la voie retenue - les affaires relatives à la protection de l'environnement marin et éviter ainsi la voie des procédures d'urgence jusqu'ici empruntée et qui confine

132 .Ibid. pour l'Organisation et le fonctionnement du comité préparatoire, paragraphe 1, alinéas a) à k).

133 Voir <http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom.html>

134 Voir Non paper, Ibid, pp. 64-78

à un examen sommaire des faits de la cause même si le temps de la protection de l'environnement marin est plutôt celui de l'urgence.

Il faudrait en outre un traité - cadre pour la protection du milieu marin qui n'exclut guère la possibilité de conclure des accords régionaux. L'universel et le régional doivent ici entretenir un lien harmonieux pour organiser la coopération à l'échelle du globe. Ces relations et influences réciproques sont un phénomène important à prendre en compte pour tenter de déterminer les perspectives du droit international de la protection de l'environnement marin.

**State Practice and International Law Journal [SPILJ],2017,
Vol.3.pp.15-40**

**THE INTERNATIONAL PROTECTION OF THE MARINE
ENVIRONMENT**

**By Tafsir Malick NDIAYE
Judge of the International Tribunal for the Law of the Sea**

INTRODUCTION

The protection of the environment has recently gained more and more interest due to growing concerns around the world. Damages to the environment is of multiple origins and is essentially caused by the activities of man and its consequences on the different areas of the world. The global ecosystem is affected although the extent of it remains to be determined. The environment appears to be the new religion.

We must note that global environmental issue, such as climate change, or the loss of marine biodiversity has less to do with individual States than with ecosystems. They need a firm interstate cooperation to be addressed properly, that is why one must pay attention to the BBNJ process and the negotiating procedure ahead.

However, the legal aspect of the environment is still to be completed at both domestic and international levels. There is a conceptual migration shifting the environment from a third-generation¹ human right to a quest for a legal system that will be, a homogeneous and systemic body of rules to be consolidated and harmonized between independent legisla-

1. Human rights are typified in three generations in the international order. The civil and political rights or rights of the first generation are analyzed in law, as opposable to the State. They assume to be implemented an abstention from the state. These rights were consecrated with the French revolution of 1789. They are sometimes called rights-attributes or rights of freedom. These rights appear most often as individual rights: freedom of movement, freedom of expression, etc ...

With regard to economic, social and cultural rights, also known as second-generation rights, they emerged in the Mexican (1910) and Bolshevik (1917) revolutions and can be seen as human rights, not opposable to The State but due to him. They are thus analyzed as claims against the State. It is the equality rights whose implementation presupposes a state service. These rights are most often collective rights: the right to work, the right to health, the right to education, the right to information, etc.

However, human rights are not static concepts. Every day can bring its new human right. Hence, we speak of the human right of the third generation or of solidarity. They are rights that are at once opposable to the State and are due to it and which presupposes the conjunction of the actors in the social game. These include, for example, the right to development; The right to peace; Of the right to a healthy environment (which is found in many contemporary Constitutions), which is based on the Stockholm Declaration of 16 June 1972; Right to the common heritage of mankind etc ... See, Tafsir Malick NDIAYE "Human Rights Today" in Contemporary Developments in International Law, Essays in honor of B. Vukas, BRILL / Nijhoff, Leiden / Boston, 2016 , Pp. 574 and following

tions and uncertain or rapidly changing domestic principles².

At international level, it is a system, applicable to certain areas and the activities carried out there, established by States having the regulatory competence to do so. These States must work to elaborate an international treaty on environmental law to govern the multiple aspects in this field.

The points of reference are, in this case, the Stockholm Declaration of 16 June 1972, the Rio Conference on Environment and Development of 3-14 June 1992, as well as, Specific Conventions, relating both to the law on armed conflicts³ and to the legal regimes of areas⁴.

Commercial navigation, exploration and exploitation of mineral resources and the fisheries have an adverse impact on the international protection of the marine environment. This impact generates different forms as far as the fisheries are concerned⁵. The first one is the depletion of fish stock due to overfishing and over exploitation of the fishery resources⁶ was a negative consequence on other species, mammal marines

2. As Alexander Kiss puts it:

« Dans le domaine de l'environnement ,l'interprétation s'est accentuée: Tantôt ce sont des droits nationaux qui inspirent des solutions internationales, tantôt des principes internationaux pénètrent dans la réglementation d'Etats et les orientent, lorsqu'il ne s'agit pas du tout simplement de l'exécution de normes internationales par les moyens de droits nationaux », in *l'Etat de l'Environnement dans le monde*, sous la dir. De Beaud et Bougherra, Editions La Découverte, Paris, 1993, p. 420.

3. For example, in the field of armed conflict, the ENMOD Convention of 1977, Additional Protocol No. 1 to the Geneva Conventions of 1949 (1977), Article 35 of which reads: "1. In any armed conflict, the right of the Parties to the conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited. 2. It is prohibited to use weapons, projectiles and materials, and methods of warfare to cause unnecessary suffering. 3. It is prohibited to use methods or means of warfare which are designed to cause, or may be expected to cause, extensive, lasting and serious damage to the natural environment ". The same applies to the 1997 convention on the uses of international watercourses (article 29), not to mention the regional conventions drawn up with the assistance of the United Nations Environment Program within the framework of its plan, Action on regional seas: the Barcelona Convention of 16 January 1976, the Abidjan Convention of 23 March 1981 and the Cartagena Convention of 24 March 1983, etc.

4. As regards the regime of space, we have, for example, the 1959 Antarctic Treaty, the 1967 Space Treaty, the 1979 Moon Agreement, etc.

5. See report by UN Secretary General, unsustainable fisheries, UN doc A/59/298 (2004) §§. 20-22

6. Canadian example is significant "« there was a collapse in the stocks of most commercial species on the Grand Banks off Newfoundland in the early 1990 as a result of persistent overfishing". See fisheries and Oceans Canada, What is holding back the cod Recovery (2013) at [http:// WMN.dfo-mpo.gc.ca/science/ Publication/ article: 2006/01-11-2006-eng.htm](http://WMN.dfo-mpo.gc.ca/science/Publication/article:2006/01-11-2006-eng.htm).

and birds. The second form of fisheries adverse impact on marine environment is the indiscriminate catch of species as well as the destruction of marine habitat.

In fact, number of non-desired species as well as dolphins found themselves 'Mostly on drifting nets'⁷ The last impact can analyzed as a cause and consequence of adverse effect of fisheries and marine environment because it has to do with technology, which appears very efficient. The innovation are more and more amazing in particular in the fish monitoring: use of plane and sonar, use of artificial nets, synthetic fiber, fisheries catch processing, etc...⁸

Another point of reference relates to pollution control, in the form of measures. The conditions of exploration and exploitation of natural resources and particularly oil and gas, must be determined with scrutiny to establish a legal regime that will protect the marine environment.

7. See B. Miller "'Combating Driftnet Fishing in the Pacific" in J. CRAWFORD and D. R. ROTHWELL (eds) *The Law of the Sea in the Asian- Pacific Region* [Dordrecht: Martinus Nyhoff Publisher, 1995] p.155

8. See FAO collaboration between International Institutions in the field of fisheries, doc: COFI/71/g(b), annexe III, p. 15; Tafsir Malick NDIAYE "The IUU fishing in West Africa" *Lieber Amicorum Raymond RANJEVA*, Edition Pédone, Paris 2013, pp. 233 — 264. *Chinese Journal of International Law* 2010

First, preventive measures aimed at implementing UNCLOS article 193. Second, policing measures consisting of the identification of possible infringements and the actions to face them. After that, repressive measures aimed at establishing the criminal jurisdiction of the State. Lastly, measures to restore damage in bringing responsibility and liability⁹.

The protection and preservation of the marine environment is nowadays a growing field of influence affecting international law. Part XII and 46 articles of the United Nations Convention on the Law of the Sea¹⁰ are dedicated to it.

9. Cf. Crawford, *Articles of the ILC on State Responsibility*, Paris, Pedone, 2003.

"International responsibility means the legal institution by virtue of which the State to which an unlawful act is imputable under international law must make reparation to the State against which that act was committed. While responsibility is generally an essential part of any legal system, it is of particular importance in the international order. It would in fact be incorrect to bring it back to the civil institution of the same name, an identical terminology designating two different institutions in this case: for if, within the framework of domestic law, Compensation within the framework of the law of nations, responsibility appears to be the very sanction of the actions of any politically organized and internationally independent community. Right still primitive in many respects, public international law reserves only a small place to the advanced technique of sanctioning the act and knows little more than the sanction against the subjects of law themselves. Consequently, the normal form of international litigation is that of litigation of compensation and not, as under domestic law, that of litigation of legality or of annulment. In other words, reparation by equivalent - in the usual form of pecuniary compensation - is the normal sanction of international law". Charles Rousseau, *International Public Law*, Volume V, *Conflicting Relations*, Paris, Sirey, 1983, p.6.

10. R.J. Dupuy, dir., *L'avenir du droit international de l'environnement*, Nijhoff, Dordrecht, 1985, 514 p. ; R.J. Dupuy and D. Vignes, dir., *Traité du Nouveau droit de la mer*, Economica/Bruylant, 1985, 1447 p. ; P.M. Dupuy, *La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Pédone, 1977, P. 319 ; L. Boisson de Chazournes, « La mise en oeuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement : enjeu et dens », *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, 1995/1, pp.37-76 ; P.M. Dupuy, « La préservation du milieu marin », in R.J. Dupuy et D. Vignes, op. cit., Chapitre 20, pp. 979-1045 ; N. de Sadeleer, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 437 p. ; P. Martin-Bidou, « Le principe de précaution », *RGDIP*, 1999, pp. 631-666 ; P.M. Dupuy, « 06 en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *RGDIP*, 1997/4, pp. 873-904 ; L. Boisson de Chazournes, R. Desgagne, C. Romano, *Protection internationale de l'environnement ; Recueil d'instruments juridiques*, Paris, Pédone, 1998, 1117 p. ; R. Wolfrum, « Purposes and principles of international environmental law »,

Although the rules governing the use of State territory and spaces were well known to experts, who, in the past, examined them in terms of limitations of sovereignty, it is only recently that international environmental law has been studied as such. In fact, the international environmental law is being developed on the deficiencies of the international law of the environment and is becoming autonomous, with the global sustainability approach.

A series of ecological accidents have raised the awareness in the different States: Torrey Canyon, Amoco Cadiz, Ecofisk, Bhopal, Chernobyl, chemical waste poured at Abidjan Laguna, etc.

That is why UNCLOS entrusted the States to take measures aiming at preventing pollution following maritime accidents. These are measures proportionate to the damage actually suffered or damage they are exposed to, in order to protect their shores or related interests, as well as the fisheries, from pollution or a threat of pollution that could have negative consequences¹¹.

As a result, the United Nations Conference on the Human Environment adopted the famous Stockholm Declaration of 16 June 1972, which embodies the principles relating to the preservation of the marine environment. It must be noted that ecological accidents have enlightened the inadequacy of international law in this area. The States have expressed concerns over land-based pollution, before attempting to define the

German Yearbook of International Law, 1990, vol. 33, pp. 308-330 ; Fred L. Morrisson and Rudiger Wolfrum (eds.), *International, Regional, and National Environmental Law*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2000, 976 p. ; R. Wolfrum, Ch. Langenfeld, P. Minnerop, *Environmental Liability in International Law : Towards a Coherent Conception*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2005, 586 p. ; P. Daillet, A. Pellet, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2002, 7e ed., 1510 p. ; P.M. Dupuy, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 1998, 4e ed., 684 p. ; J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2004, 6e ed. 809 p. ; T.M. NDIAYE et R. Wolfrum (eds), *Law of Sea, environmental Law and Settlement of Disputes ; Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2007, 1186 p., spec. pp. 1055-1186. TM NDIAYE "La Responsabilité Internationale pour dommages au milieu Marin"
B. Vukas and T.M. Sosic (eds.), *International Law: New Actors, New concepts-continuing Dilemmas ; Liber Amicorum Bozidar Bakotic*, pp. 265-279.

11 See Article 221 of UNCLOS, 10 December 1982.

various obligations incumbent upon them and those to be borne by the various users of the sea under their jurisdiction.

With the works of the third United Nations Conference on the Law of the Sea, legal problems raised by the protection and preservation of the marine environment have been examined from a global perspective.

The United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)¹² defines the role of ITLOS, the purpose of which is to interpret and implement the rules and principles of the Convention with regard to the international protection of the marine environment.

The Tribunal on many occasions reaffirmed and developed the essential principles relating to the protection of the marine environment. It should be noted that, up to now, only the urgent proceedings served as the basis for referral to Courts and Tribunal in disputes having an impact on the protection of the marine environment. It, thus, contributed to the development of environmental law relying upon the existing links between the rules of the Convention and customary international law. This is the case with regard to the recognition of the fundamental character of the obligation of cooperation, particularly in the the marine environment domain.

The Tribunal had to decide on a number of occasions, on this obligation binding on all States. It stated that:

"States Parties have the obligation to cooperate, directly or through the appropriate international organizations, to ensure the conservation of highly migratory species and to promote their optimum exploitation¹³".

The Tribunal will also recall that:

"The obligation to cooperate constitutes, according to Part XII of the Convention and general international law, a fundamental principle for the prevention of pollution of the marine environment¹⁴.

12 United Nations Convention on the Law of the sea (UNCLOS), Doc. United Nations, New York 1983, sales N° E83 V.S

13. The Southern Bluefish Tuna case (New Zealand vs Japan, australia vs Japan) Cases N° 3 and 4, order of 27 August 1999, paragraph 48.

14.The Mox Plant caese (Ireland vs United Kingdom) case N°10, Order of 3 december 2001, paragraph 82 ; See also, the case relating to Land Reclamation by singapore in and around the strait of Johor (Malaysia vs Singapore) Case N° 12, Order of 8 October 2003, paragraph 91 and 92

The Tribunal gave substance to the said principle of cooperation by invoking: Consultation, exchange of information, environmental impact assessment, coordination for the adoption of prevention measures to protect the marine environment, the response facing critical situations¹⁵.

On the contrary, ITLOS has been cautious - as indeed the ICJ - of uncertainties regarding the precautionary principle that is always invoked in environmental law. Indeed, most of the applicants rely on this principle in the most diverse and dissimilar situations: to preserve fish stocks from overexploitation; to prevent pollution of the marine environment by radioactive substances; to avoid degradation of the marine environment; damages to natural resources as a result of land reclamation works¹⁶.

In addition to this, new problems are emerging today that are of concern to the International Community of States as a whole. These are essentially the consequences of climate change on oceans, which are multidimensional, on one hand and the issue of marine genetic resources relating to the conservation and sustainable exploitation of biodiversity in areas beyond national jurisdiction, on the other¹⁷.

We will overview the applicable rules (I), the International judgement (II) and lastly, the Prospects MD.

15 See also the above mentioned Mox Plant case.

16. Land Reclamation case, *op. cit.* Par. 74-75, Mox Plant case, *op. cit.*, par. 71-75, the Southern Bluefin Tuna case, *op. cit.*, paragraph 34

17. See *Infra*, Prospects (III)

I. THE APPLICABLE RULES

The United Nations Convention for the Law of the Sea (UNCLOS) is the legal basis for the international protection of the marine environment, which requires an international cooperation to establish a judicial system for the seas and the oceans to protect and preserve of the marine environment.

The Convention relies upon two fundamental principles, the rule of law of the sea and the steadfast safeguarding of the interests of the international community, as a whole, conscious that the problems of maritime spaces are closely related to each other. The main challenge is to eradicate the risks related to the geostrategy of the seas of the world. In that respect, the Convention is regarded as the "Constitution of the Oceans" destined to rule on all aspects of the resources, as well as, the use of the Oceans: the energy; the minerals; the biological resources, the ocean spaces used for the navigation, the leisure, the military activities, the scientific research, the fishing, evacuation of wastes, etc..., anything that could hinder the protection and the preservation of the marine environment. The Convention was supplemented by the 48/362 resolution of 1994 of the General Assembly of the United Nations related to part XI that deals with the "Zone", that is to say the sub-seabed beyond national jurisdiction, on one hand. On the other, UNCLOS is supplemented by the Agreement of 4 august 1995 related to the conservation and the management of fish stocks, moving in and beyond Exclusive Economic Zones (Straddling Stocks) and Highly Migratory fish stocks.

The Convention is comprehensive and of great authority and even the few States that have not yet acceded to it - like the United States of America - consider it as applicable law. Consequently, UNCLOS is the starting point of all examination, all issues relating the law of the sea, its challenges and prospects¹⁸ and particularly the international protection of the marine environment.

The Convention adopted what is called the zonal approach, because of the growing number of claims of coastal States and thrives to find a balanced solution to reconcile these claims with the interests of other States.

18. See Tafsir Malick Ndiaye « Challenges and Prospects of the New Law of the Sea », *State Practice and the International Law Journal [SPILJ]*, London, Vol.3, 2016, pp. 1-39.

The normative framework of the law of the sea is very diverse and encompassing, despite the rapidly changing environment. That is why; the legal system is facing multiple challenges, inherent to the approach selected by UNCLOS itself, which consist of the sharing of the Ocean between the States of the world. The weakness of this zonal approach is the discrepancies between the nature and the law.

The scope of coastal States jurisdiction on maritime spaces is defined according the distance criteria, not taking into account the intrinsic nature of the ocean and the biological and non-biological resources residing in it [see articles 3, 33, 57, and 76 paragraph 1].

This approach determines for each zone its spatial limits and the legal regime applicable to it, that is to say, the rights and obligations of the different categories of States.

The different zones are: the territorial sea, the contiguous zone; the archipelagic waters; the Exclusive Economic Zone; the Continental Shelf; the High Seas; the international seabed; inland waters; the archeologic zone and historic bays.

The implementation of the Convention, however, reveals that the difficulties are hard to overcome. The main challenge, here, is the completion of the sharing and since "only change is constant", new problems arise, unknown at the time of the drafting of the Convention and that could not be resolved solely based on the Convention. This situation created new challenges that can bring about new prospects for the law of the sea; it seems nature took its revenge on nature¹⁹.

The main applicable rules for the protection of the marine environment at international level are the principle of non-harmful use of the territory (A); the principle of prevention (B); the precautionary principle (C); and the other derived rules.

19. See *Infra*, Section III : Prospects

A. The principle of non-harmful use of the territory ²⁰

This principle reflects the idea that the State, in exercising its sovereign rights in its territory, must respect the territorial integrity of the neighboring State and its environment. A State cannot therefore allow activities in its territory to entail or cause damage resulting from transboundary pollution.

Thus, the State shall make reparation for damage caused to a contiguous State by an unlawful act committed in its territory²¹.

The principle of the prohibition of transboundary pollution appears to be a customary rule today. The doctrine sets it out in numerous occasions, even though the case law is not emphatic, due to the scarcity of contentious cases relating to it in the international stage. In this regard, the 11 April 1941 award of the Tribunal in the Trail Smelter case²² is often referred to. According to that award,

"No State shall have the right to use its territory or permit its use in such a way that smoke causes harm in the territory of another neighboring State or to the property of persons If there are serious consequences and if the damage is proved by clear and convincing evidence²³ ".

According to the expression of P.M. Dupuy, *La responsabilite Internationale ...*, op. cit. (Note 10).

21. This aspect is particularly emphasized in the Basel Convention of 22 March 1989 on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes, *International Legal Materials (I.L.M.)*, vol.28, p.649 (1989).

22. Arbitral Tribunal, established between the United States and Canada by the Compromise of April 15, 1935, relating to damage caused to the American owners of the State of Washington by deleterious fumes emanating from a smelter situated in British Columbia at 7 miles Of the border. Text in *R.S.A.*, vol.III, pp. 1938-1981.

23. *Ibid*, p. 1965. The same problem arose in the Franco-Swiss relations with the case of the foul smoke of the Annemasse dump; *RGDIP*, 1969, pp. 185-186.

The principle will later be confirmed and put in practice in the Lake Lanoux²⁴ arbitration and in that of the Gut Dam²⁵. The United Nations Conference on the Human Environment, held in 1972 in Stockholm, was to reiterate the rule. Principle 21 of the Stockholm Declaration reads as follows:

24. The Tribunal says: "21: Article 11 of the Additional Act imposes on the States in which it is proposed to carry out work or new concessions capable of changing the regime or volume of a successive watercourse, Double obligation. One is to give prior notice to the competent authorities of the neighbouring country; The other is to set up a system of claiming and safeguarding all interests incurred on both sides The first obligation does not require much comment since it is intended to allow the implementation of the second. However, the possibility of an Infringement of the regime or volume of water contemplated in Article 11 would in no case be left to the exclusive assessment of the State proposing to carry out such work Or to make further concessions; The French Government's assertion that the proposed works can not cause any damage to the Spanish residents is not sufficient, contrary to what was argued [a, to exempt it from any of the obligations laid down in Article 11[]. The State liable to suffer the repercussions of the work undertaken by a neighbouring State is the sole judge of its interests, and if the latter has not taken the initiative, the other can not be denied the right to require notification Works or concessions that are the subject of a project; The content of the second obligation is more difficult to determine. The claims referred to in Article 11 relate to the various rights protected by the Additional Act, but the essential problem is to establish how to safeguard all the interests which may be incurred on either side, [Http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_X11/281-317-Lanoux.pdf](http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_X11/281-317-Lanoux.pdf), P.314.

25. See, Settlement of Gut Dam Claims (US V. Canada) I.L.M., 8, p, 118 (Lake Ontario Claims Tribunal 1969). See also United States of America and the Government of Canada concerning the establishment of the Gut Dam. Signed at Ottawa on 25 March 1965 (U.N.T.S., vol 607, p.141). The Exchange of Notes constituting an agreement for the final settlement of claims relating to Gut Dam. Ottawa, 18 November 1968 ", it reads:" following the conclusion of the Tribunal's second session in February, 1968, it was proposed by the Tribunal that it may compromise settlement might be negotiated. In consequence, representatives of the two Governments have consulted over the past few months in an effort to resolve the longstanding dispute in respect of Canada's alleged liability arising out of the construction of Gut Dam. These discussions were held in the atmosphere of good neighborliness and friendship which traditionally characterizes the relationship of our two Governments.

As a result of the discussions, the two Governments were in a position to inform the Tribunal at its meeting of September 27, 1968, that a settlement had been reached for the final disposal of the dispute. [] pp. 320-322.

"In accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, States have the sovereign right to exploit their own resources in accordance with their environmental policies and have a duty to ensure that activities within the limits of Their jurisdictions or their control do not cause damage to the environment in other States or in areas beyond national jurisdiction²⁶ ".

The same principle will be proclaimed by the Rio Declaration on Environment and Development adopted on 13 June 1992²⁷. In its advisory opinion of 8 July 1996 on the lawfulness of the threat or use of nuclear weapons, the International Court of Justice confirms the binding force of the principle. It states :

"The environment is not an abstraction, but the space where human beings live and on which the quality of their lives and their health depend, including for future generations. The general obligation of States to ensure that activities carried out within their jurisdiction or under their control, respect the environment in other States or in areas beyond national jurisdiction is now part of the body of rules of international environmental law²⁸".

States, under the United Nations Convention on the Law of the Sea, have the duty "to protect and preserve the marine environment"²⁹. The Convention reiterates the principle of the illegality of transboundary pollution and entrust the States to take the necessary measures to tackle this issue.

26 Stockholm Declaration adopted on 16 June 1972 by the United Nations Conference on the Human Environment.

27 Rio Declaration, 14 June 1992, United Nations Conference on Environment and Development, A / Conf / 51/26 / rev.1.

The principle reads: "In accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, States have the sovereign right to exploit their own resources in accordance with their own environmental and development policies, To ensure that activities within their jurisdiction or power do not affect the environment of other States for areas beyond the limits of their national jurisdiction ".

28. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, C.I.J. Reports 1996, p. 226, spec. pp. 241-242, para. 29; See also the case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary / Slovakia) of 25 September 1997, C.I.J. Reports 1997, p. 7, spec. P.41, para. 53.

In the Corfu Channel case, the ICJ had already proclaimed "an obligation on any State not to allow its territory to be used for acts contrary to the rights of other States". C.I.J. Reports 1949, p. 22.

29. See Article 192

The same applies to the 1989 Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their disposal, as well as the 1992 Convention on Biological Diversity³⁰.

The principle has generated a body of rules, the main ones being the principle of prevention, the principle of precaution and that of cooperation.

B. The principle of prevention

The principle of prevention is embodied in the Stockholm Declaration. Reiterated by that of Rio³¹:

The preventive principle requires action to be taken at an early stage and if possible, before damage has actually occurred. This means that, in the event of an environmental impact assessment, it is necessary to ensure that the environmental impact assessment is carried out in accordance with the principles of environmental protection³².

States must implement the relevant obligations of the United Nations Convention on the Law of the Sea³³.

The often irreversible nature of damage to the environment, referred to by The Hague Court, justifies preventing its occurrence³⁴. The principle of prevention obliges States to be vigilant in accordance with international standards in order to prevent the activities carried out on national territory from affecting the transboundary environment.

30. See article 3

31. Notes 9 and 10 supra

32. R. Wolfrum, *op. cit.* (note 10) p.8

33. Those provided for in Part II, Section II of the Convention: Cooperation at the global or regional level, Notification of imminent threat of damage or actual damage, Pollution Emergency Plans, Studies, research programs and Exchange of information and data, Scientific criteria for the development of regulations. The Convention also provides for a series of obligations to prevent, reduce and control pollution of the marine environment. See sections 207 to 212, which form section 5.

34. In the *Gabcikovo-Nagymaros* case, the ICJ said: "... the Tribunal does not lose sight of the fact that, in the field of environmental protection, vigilance and prevention are often irreversible damage to the environment and limitations inherent in the actual mechanism of repairing this type of damage.

It guided the first sectoral agreements relating to the preservation of certain areas³⁵, and it establishes the essential rules for the preservation of the marine environment in Part XII of the Convention.

Articles 192, 193, 194 paragraph 5 and 195 recalls that pollution is essentially the consequence of modern technology. Therefore, the exercise of the States' sovereign rights is subject to the obligation to protect and preserve rare or fragile ecosystems as well as the habitat of depleted, threatened or endangered species and other forms of marine life. The regulation of the fisheries is of high importance due to overfishing, overexploitation of the fish stocks and particularly the illegal, unreported and unregulated fishing³⁶, unknown at the time of the drafting of the Convention.

The enshrinement of the Exclusive Economic Zone notion by UNCLOS, whose goal is to end the conflict of interest between coastal States and those possessing long-range flotillas, only aggravated it. The enjoyment of coastal States' sovereign rights through exploration and exploitation, conservation and the management of natural and biological resources of waters superjacent to the seabed in its EEZ, resulted in the

Throughout the ages, man has not ceased to intervene in nature for economic or other reasons. In the past, it has often done so without taking into account environmental effects. Thanks to the new opportunities offered by science and a conscious awareness that the continuation of these interventions at a reckless and sustained pace would represent for mankind - be they present or future generations - new norms and requirements which have been set out in a large number of instruments over the last two decades. These new standards must be taken into account and these new requirements properly appreciated not only when States are considering new activities but also when they are pursuing activities they have undertaken in the past. The concept of sustainable development reflects the need to reconcile economic development and environmental protection. For the purposes of this case, this means that the Parties should review the environmental effects of the operation of the Gabčíkovo-Nagymaros Power Station. In particular, they must find a satisfactory solution with regard to the volume of water to be dumped in the old bed of the Danube and in the arms situated on either side of the river", Gabčíkovo-Nagymaros project (Hungary / Slovakia), ICJ judgment, Reports 1997, p. 7, spec. pp. 74-75, para. 140.

35. See R. Wolfrum, *op. cit.* (Note 1), p. 8; Burhennew (ed.), *International Environment Law-Multilateral treaties*, pp. 951-992. These sectoral conventions establish special regimes of responsibility, in private international law, for the Private person or the private person [Jure Gestionnis] who is expressly designated. See also Wolfrum, Langenfeld, Minnerop, *op. cit.* (Note 10), spec. pp. 4-135.

36. See Tafsir Malick Ndiaye "Illegal, unreported, unregulated fishing in West Africa" *op. cit.* Note 8 Sup

flotillas moving from what was considered the High Seas to areas adjacent to the Exclusive Economic Zone, where catches have increased.

This situation is the consequence of State subsidies policies, which facilitated the introduction of numerous fishing vessels to the extent that the official gross tonnage of the world fleet increased exponentially, endangering the sustainability of the resource.

Indeed, the catch capacity of the fishing vessels has risen significantly due to the implementation of new fishing techniques, given that the technology is at its height. The innovations are more and more ingenious, particularly in fish tracking: the use of aircraft and sonar in the purse-seine fishery and the guided trawling. The use of new floating trawlers, new fishing nets, fishing pumps, the use of synthetic fibers, new freezing techniques and fish processing equipment, mother vessels constituting a wide network of recreational harbours³⁷.

This terrifying arsenal is the cause of incidental and indiscriminate catches and as a result, destroys the marine habitat and prevents the reproduction of fishes. The consequence of this situation is the overfishing due to exploitation of fish stocks, hampering the marine economy and the global ecosystem.

C. The precautionary principle

It relates to the principle of prevention and is awaiting a formal customary consecration in the absence of consistency and precision in order to translate the expression of a collective *opinio juris*³⁸. The precautionary principle is polluted by polysemia and multiple invocations in the

37. See FAO, Collaboration between the International Institutions in the fishery, document COFI/71/g (b) Annex III, p.15

38. See L. Boisson de Chazournes, "The Implementation of International Environmental Law: Issues and Challenges", RGDIP, 1995, p.37 et seq. ; L. Lucchini, "The precautionary principle in international environmental law: shadows more than light", French Directory of International Law (AFDI), 1999, p. 710 et seq. ; P.M. Dupuy, "The Precautionary Principle and the International Law of the Sea" in La Mer and its Law, Mixtures offered to Laurent Lucchini and Jean pierre Queneudec, Paris, Peclone, 2003, pp. 205-220; R. Wolfrum, op. cit. (Note 1), p. 10-15; O. McIntyre and T. Mosedale, "The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law", Journal of Environmental Law, 1997, vol.9, pp.221-235.

most diverse and dissimilar domains of which it is the subject³⁹. It is found in principle 15 of the Declaration:

"To protect the environment, precautionary measures must be widely applied by States according to their capabilities. In the event of irreversible or serious risks of damage, the absence of absolute scientific certainty should not be used as a pretext for delaying the adoption of effective measures to prevent environmental degradation⁴⁰".

Exhortatory, the principle seems to determine obligations of means, not of results. It

"Reflects the growing tendency in international environmental law, which is better protected through prevention through remediation or remedial measures. It has become an intrinsic part of international environmental policy [...]"⁴¹.

The precautionary principle is embodied in a series of resolutions and declarations and subsequently reproduced in a number of treaties that specify their scope⁴².

39. As written by P.M. Dupuy, *op. cit.* (Footnote 19), p. 205: "The precautionary principle seems to be everywhere and nowhere. Everybody talks about it, and its evocation animates the media according to the scandals or the disasters that afflict our technical societies, too quickly developed in the perspective of an immediately profitable progress to take the time to study the impact of good Innovation on ecological balance or Human health; Contaminated blood, mad cows, British sheep slaughtered with foot-and-mouth disease, uncertainty about the safety of genetically modified organs, fear of genetic research losing its soul, everything seems to make a world become an apprentice to take on what the Principle 15 of the Rio Declaration, adopted at the first Earth Summit in 1992 called for "precautionary measures".

40. Note 10 *supra*

41. R. Wolfrum, *op. cit.* (note 10). As well as, D. Freestone, D and E. Hey (eds.), *The precautionary principle : fundamental principle of International Law*, Kluwer, 1996, 274 p.

42. P.M. Dupuy, *op. cit.* (Note 19) pp. 207-215. For example, Article 2 (a) of the Convention for the Protection of the Marine Environment of the North East Atlantic provides: "Contracting Parties shall apply:

a) The precautionary principle, by virtue of which preventive measures are to be taken when there are reasonable grounds for concern that substances or energy introduced, directly or indirectly, into the marine environment may bring about hazards to human health, harm to living resources and marine ecosystems, damage amenities or interfere with other legitimate uses of the sea, even when there is no conclusive evidence of causal relationship between the inputs and the effects ».

The principle raises two essential questions. On the one hand, under which case can the precautionary principle be invoked? and restricting an activity based on principle can it guarantee its review or reconsideration on the other?

It was suggested that the precautionary principle should only apply where there is a risk of serious or irreversible damage to the environment.

This approach is consistent with the spirit of the Rio Declaration. It may also be thought that the earlier the damage is likely to occur, the sooner the precautionary principle must be invoked⁴³. Another approach recommends a cautious attitude in any case in order to ensure the vigilant protection of the environment. In case of a restricted or prohibited activity, based on the precautionary principle, the risk or lack of scientific certainty that justified the restriction or prohibition must be reviewed or reconsidered from time to time.

Initiatives, based on the sustainability criteria, had to be taken. The sustainability criteria has been hampered by the over fishing and the detrimental effect on human activity, such as oil rigs; the erosion of bays; the destruction of the mangroves; industrial pollution; pesticides; the use of explosives, destroying marine life.

Thus, to sustain the Straddling and Highly Migratory fish stocks as well as, other biological resources, adjacent to their Exclusive Economic Zone, coastal States engaged in diplomatic negotiations that would lead to the agreement related to the conservation and management of the High Seas fish stocks that sets the basic principles and lay down the obligations and policing powers of the flag States.

The States practicing High Seas fishing shall cooperate with coastal States to ensure the sustainability the fish stocks, build on reliable information, apply the precautionary approach, avoid as much as possible, pollution, waste, catch by lost or discarded gear, catch of non-target spe-

43. R. Wolfrum, *op. Cit* (note 10) p. 13, explains that: "However, it is common to all interpretations there should be at least a *prima facie* finding that a given activity may result in considerable harm to the marine environment. Nonetheless, there remains some uncertainty over when the precautionary principle is to be applied with the effect that one considers to undertake a particular activity has to prove its harmlessness rather than the one envisaging to restrict or prohibit that activity to Environmental damage, however qualified".

cies and impacts on associated or dependent species, in particular endangered species, protect the biological diversity, apply and enforce the conservation and management measures through effective monitoring, control and surveillance systems.

In addition, States practicing High Seas fishing and coastal States shall engage in direct cooperation, through regional or sub regional fisheries organisations to the implementation of conservation and management measures.

Under article 94 of ONCLOS, the flag State shall effectively exercise its jurisdiction and control in administrative, technical and social matters over ships flying its flag. These general provisions are supplemented with the Agreement on Straddling Fish Stocks, which institutes a monitoring system of vessels fishing on the High Seas by the flag State by granting licenses and authorizations. Moreover, the flag State shall carry out thorough investigations and shall take legal action in case of clear evidence of infringement. The Agreement, also, grant policing powers to States, other than the flag State. It sets comprehensive rules, in respect to boarding and inspection, as well as, investigations on failures of the flag State.

The guidelines in Annex II of the Agreement precisely detail the precautionary measures and the implementation of the various points of reference in fisher'y management strategies that apply the precautionary principle.

One might think that the formal consecration of the principle will come from the conventional regulation, which has increased recognition in these times of urgency as the international judge observes a certain caution in this matter⁴⁴.

44. It will be recalled that the ICJ abstained in the *Gabcikovo-Nagymaros* case (see footnote 17 above) to rule on the existence and scope of the precautionary principle in general international law. Similarly, in the *Southern Bluefin Tuna* cases, Australia and New Zealand invoked the precautionary principle to request the International Tribunal for the Law of the Sea to prescribe provisional measures to prevent Japan from continuing to fish in addition to the quota to him allotted. According to the Australian Council Pr. Crawford, "The Applicants view of the SBT stock and its current state is a plausible view, and it indicates a reasonable concern. That is all we need for present purposes. You do not have to decide the merit of this case; that is for the future. What is the future of the future, which should be kept open by the preservation of the future, and especially by the avoidance of unilateral increases in catch?"

Case law (I) will be examined before we consider the prospects offered to us (II)

II. CASE LAW

For the protection of the marine environment, the United Nations Convention on the Law of the Sea is an essential legal instrument. It contains 46 articles on the subject and appears to be the repository of a universal vocation. Moreover, it sets up mandatory procedures leading to binding decisions. Its purpose is to resolve "all problems relating to the law of the sea" and to establish "a legal order for the seas and oceans"⁴⁵.

Part XII contains most of the articles dealing with disputes relating to the interpretation and application of these provisions.

The environmental aspect is present in many disputes and concerns: Fishing and the problems posed by the overexploitation of fishery resources; The risks of radioactive pollution of the sea; Consequences for the marine environment of State land reclamation works; Non-harmful use of the territory; Compliance with protection and preservation measures taken by RFMO / RFMO Member States; Obligation to cooperate in the protection of the marine environment, or the obligation of due diligence, or the obligation to protect "fragile ecosystems"

Up to now, it was essentially the urgent procedures that served as the basis for referral to the Tribunal in environmental disputes.

I have given powerfully, I have given power, I have given power, I have given power, Contribute to the conclusion [...] The effect of these five points is cumulative. They all point the same way, even without the precautionary principle; They make the case for conservation now. The International Tribunal for the Law of the Sea, Memorials, Minutes of Public Hearings and Documents, 1999, vol. 4, Martinus Nijhoff Publishers [Bluefin tuna (New Zealand v. Japan, Australia c. Japan) provisional measures], p.427. If the Tribunal has not formally designated the principle and has not ruled on its existence and scope in general international law, it has retained the substance: "Considering that, in the opinion of the Tribunal, the parties should therefore act with caution and precaution and ensure that effective conservation measures are taken to prevent severe damage to the bluefin tuna stock.

TIDM Case of Southern Bluefin Tuna, New Zealand v. Japan; Australia c. Japan, Application for the Prescription of Provisional Measures, Order of 27 August 1999, para. 77.

45. UNCLOS preamble of December 10, 1982

First, the provisional measures contain two scenarios. On the one hand, if a dispute has been duly submitted and if it considers *prima facie*, it has jurisdiction, ITLOS may prescribe any provisional measure which it considers appropriate under the circumstances to preserve the respective rights of the parties to the dispute or to prevent serious harm to the marine environment, pending the final decision. On the other hand, pending the constitution of an Annex VII tribunal, ITLOS may prescribe, modify or revoke provisional measures if it considers that *prima facie*, the Tribunal, which is to be constituted would have jurisdiction and that the urgency of the situation so requires⁴⁶.

Next, the prompt release procedure appears to be the counterpart of the recognition of the concept of EEZ. The procedure is designed to preserve the balance between coastal States and flag States, in particular in the field of navigation; in order to avoid exorbitant economic damage to ship owners and operators. This procedure contains objective limits in the protection and preservation of the marine environment. It focuses on fisheries and the problems posed by the overexploitation of fishery resources⁴⁷.

After that, we have the requests for advisory opinions. Under UNCLOS and the status of the Tribunal, the advisory function is exercised by the Chamber for the settlement of seabed disputes. On 1st February 2011, the Chamber issued its first advisory opinion on "The Responsibilities and Obligations of States sponsoring Persons and Entities with respect to activities in the Area". These two instruments hardly contemplate the advisory jurisdiction of the Tribunal in plenary session. This is a creation of the Tribunal in the development of its Rules of Procedure in 1996;

The possibility was then raised for the full court to give advisory opinions. For this reason, the jurisdiction clause is contained on the rules of the Tribunal, in its Article 138, which provides that the Tribunal may give an advisory opinion on a legal question as far as an international agreement relating to the purpose of the Convention expressly provides

46. UNCLOS, article 290, para. 1 and 5, *op. cit.*

47. To date, ITLOS has experienced more than nine cases of prompt release. See [www. itlos. org / business](http://www.itlos.org/business).

for a request of such opinion shall be submitted to the Tribunal.

Finally, the cases treated by the Ad Hoc tribunals dealt with the environment either by preterition or in *Obiter Dictum*.

It is clear from the case law that provisional measures play a special role in the protection of the marine environment. Let us examine the jurisprudence through the aforementioned procedures.

A. PROVISIONAL MEASURES

1. Southern Bluefin Tuna Case FITLOS Order of 27 August 1999 Cases N° 3 and 4. Japan / Australia / New Zealand.

This case is related to the overexploitation of the Southern Bluefin Tuna fish stocks. New Zealand asserted that Japan did not comply with its obligation to cooperate in the management and the conservation of the Southern Bluefin Tuna fish stocks by refusing to take the necessary measures, against its nationals fishing in High Seas, in order to maintain the Southern Bluefin Tuna fish stocks at constant sustainable yield⁴⁸.

In its request of 30 July 1999, Australia demands that Japan immediately ceases its unilateral experimental fishing catch of SBT and restricts its catch in any given fishing year to its national allocation as last agreed in the Commission for the Conservation of Southern Bluefin Tuna⁴⁹.

Whether provisional measures are required pending the constitution of the arbitral tribunal, the Tribunal notes, "in accordance with article 290 of the Convention, the Tribunal may prescribe provisional measures to preserve the respective rights of the parties to the dispute or to prevent serious harm to the marine environment"⁵⁰.

The Tribunal observes that "the conservation of the living resources of the sea is an element in the protection and preservation of the marine environment"⁵¹, and that "there is no disagreement between the parties

48. See paragraphs 28-31, order of the 27 August 1999

49. *Ibid*, paragraph 32; See paragraph 33 for the conclusions and arguments presented by Japan in its statement of claim.

50. Order of 27 October 1999, para. 67.

51. *Ibid*, para. 70.

that the stock of southern Bluefin tuna is severely depleted and is at its historically lowest levels and that this is a cause for serious biological concern" ⁵². The Tribunal notes that it "has been informed by the parties that commercial fishing of southern Bluefin tuna is expected to continue throughout the remainder of 1999 and beyond"⁵³, that "the catches of non-parties to the Convention of 1993 have increased considerably since 1996"⁵⁴, and that "the parties should in the circumstances act with prudence and caution to ensure that effective conservation measures are taken to prevent serious harm to the stock of southern Bluefin tuna"⁵⁵.

The Tribunal notes that "there is scientific uncertainty regarding measures to be taken to conserve the stock of southern Bluefin tuna and that there is no agreement among the parties as to whether the conservation measures taken so far have led to the improvement in the stock of southern Bluefin tuna" (para. 79)⁵⁶. It then states that, "although the Tribunal cannot conclusively assess the scientific evidence presented by the parties, it finds that measures should be taken as a matter of urgency to preserve the rights of the parties and to avert further deterioration of the southern Bluefin tuna stock"⁵⁷.

2. Mox Plant case

(United Kingdom / Ireland; ITLOS Order of 3 December 2001: No. 10.

Whether provisional measures are required pending the constitution of the arbitral tribunal, it states that, "in accordance with article 290, paragraph 1, of the Convention, the Tribunal may prescribe provisional measures to preserve the respective rights of the parties to the dispute or to prevent serious harm to the marine environment"⁵⁸, and that "according to article 290, paragraph 5, of the Convention, provisional mea-

52. Ibid, para. 71.

53. Ibid, para. 75.

54. Ibid, para. 76.

55. Ibid, para. 77.

56. Ibid, para. 79.

57. Ibid, para. 80.

58. Order of 3 December 2001, para. 63

asures may be prescribed pending the constitution of the Annex VII arbitral tribunal if the Tribunal considers that the urgency of the situation so requires in the sense that action prejudicial to the rights of either party or causing serious harm to the marine environment is likely to be taken before the constitution of the Annex VII arbitral tribunal"⁵⁹. "The Tribunal must, therefore, decide whether provisional measures are required pending the constitution of the Annex VII arbitral tribunal"⁶⁰.

The Tribunal notes Ireland's contentions that, once the MOX plant becomes operational, "some discharges into the marine environment will occur with irreversible consequences"⁶¹, and "it is not possible to return to the position that existed before the commissioning of the MOX plant simply by ceasing to feed plutonium into the system"⁶². The Tribunal also notes that Ireland "argues that the precautionary principle places the burden on the United Kingdom to demonstrate that no harm would arise from discharges and other consequences of the operation of the MOX plant, should it proceed, and that this principle might usefully inform the assessment by the Tribunal of the urgency of the measures it is required to take in respect of the operation of the MOX plant"⁶³.

The Tribunal takes note of the arguments of the United Kingdom which "contends that it has adduced evidence to establish that the risk of pollution, if any, from the operation of the MOX plant would be infinitesimally small"⁶⁴, that "the commissioning of the MOX plant ... will not ... cause serious harm to the marine environment or irreparable prejudice to the rights of Ireland, in the period prior to the constitution of the Annex VII arbitral tribunal... "⁶⁵, and that "neither the commissioning of the MOX plant nor the introduction of plutonium into the system is irreversible, although decommissioning would present the operator of the plant with technical and financial difficulties, if Ireland were to be successful in its claim before the Annex VII arbitral tribunal"⁶⁶. The Tribunal also notes that, in the view of the United Kingdom,

59. Ibid, para. 64

60. Ibid, para. 65

61 Ibid, para.68

62 Ibid, para.70

63 Ibid, para.71.

64 /bid, para.72.

65. Ibid, para.73.

66. Ibid, para.74

"Ireland has failed to supply proof that there will be either irreparable damage to the rights of Ireland or serious harm to the marine environment resulting from the operation of the MOX plant and that, on the facts of this case, the precautionary principle has no application"⁶⁷.

The Tribunal observes that the Respondent, at the public sitting held on 20 November 2001, "has stated that 'there will be no additional marine transports of radioactive material either to or from Sellafield as a result of the commissioning Of the MOX plant'⁶⁸, that "'there will be no export of MOX fuel from the plant until summer 2002' and that 'there is to be no import to the THORP plant of spent nuclear fuel pursuant to contracts for conversion to the MOX plant within that period either'⁶⁹. The Tribunal places on record these assurances given by the United Kingdom⁷⁰.

For these reasons, the Tribunal does not find that in the circumstances of this case "the urgency of the situation requires the prescription of the provisional measures requested by Ireland, in the short period before the constitution of the Annex VII arbitral Tribunal"⁷¹. The Tribunal notes, however, "that the duty to cooperate is a fundamental principle in the prevention of pollution of the marine environment under Part XII of the Convention and general international law and that right arise therefrom which the Tribunal may consider appropriate to preserve under article 290 of the Convention"⁷². "[U]nless the view of the Tribunal, prudence and caution require that Ireland and the United Kingdom cooperate in exchanging information concerning risks or effects of the operation of the MOX plant and in devising ways to deal with them, as appropriate"⁷³.

In its Order, the Tribunal⁷⁴: ". Unanimously, Prescribes, pending a decision by the Annex VII arbitral tribunal, the following provisional measure under article 290, paragraph 5, of the Convention: Ireland and the United Kingdom shall cooperate and shall, for this purpose, enter

67. Ibid, para.75,

68. Ibid, para.78.

69. Ibid, para.79.

70. Ibid, para.80.

71. Ibid, para.81.

72 Ibid, para.82.

73 Ibid, para.84.

74 Ibid, para.89

into consultations forthwith in order to: (a) exchange further information with regard to possible consequences for the Irish Sea arising out of the commissioning of the MOX plant; (b) monitor risks or the effects of the operation of the MOX plant for the Irish Sea; (c) devise, as appropriate, measures to prevent pollution of the marine environment which might result from the operation of the MOX plant.

3. Land reclamation case (Malaysia v. Singapore) case N° 12, Order of 8 October 2003.

Whether provisional measures are required pending the constitution of the arbitral tribunal, the Tribunal notes that "in accordance with article 290, paragraph 1, of the Convention, the Tribunal may prescribe measures to preserve the respective rights of the parties to the dispute or to prevent serious harm to the marine environment"⁷⁵.

In relation to the Applicant's argument that the Respondent has breached certain provisions of the Convention, and in relation thereto, the precautionary principle, the Tribunal notes that during the oral proceedings Singapore, in response to the measures requested by Malaysia, reiterated its offer to share the information requested by Malaysia with respect to the reclamation works', stated that it would provide Malaysia with a full opportunity to comment on the reclamation works and their potential impacts⁷⁸, declared that it was ready and willing to enter into negotiations⁷⁹ and assured the Tribunal that it would not accelerate its works⁸⁰. The Tribunal places on record these assurances given by Singapore⁸¹. With respect to the infilling works in Area D at Pulau Tekong, which was of primary concern to Malaysia⁸², the Tribunal notes the commitment made by Singapore at the hearing not to undertake any irreversible action to construct the stone revetment around Area D pending the

⁷⁵ Order of 8 October 2003, para. 64.

⁷⁶ Ibid, para.74.

⁷⁷ Ibid, para.76.

⁷⁸ Ibid, para.77.

⁷⁹ Ibid, para.78.

⁸⁰ Ibid, para.80

⁸¹ Ibid, para.81

⁸² Ibid, para. 84

completion of a joint study to be undertaken by independent experts⁸³. The Tribunal places on record this commitment⁸⁴.

The Tribunal considers that "it cannot be excluded that, in the particular circumstances of this case, the land reclamation works may have adverse effects on the marine environment"⁸⁵, and that "given the possible implications of land reclamation on the marine environment, prudence and caution require that Malaysia and Singapore establish mechanisms for exchanging information and assessing the risks or effects of land reclamation works and devising ways to deal with them in the areas concerned"⁸⁶. The Tribunal states that "Malaysia and Singapore shall ensure that no action is taken which might prejudice the carrying out of any decision on the merits which the Annex VII arbitral tribunal may render"⁸⁷. In its Order, the Tribunal ⁸⁸: "Unanimously, Prescribes, pending a decision by the Annex VII arbitral tribunal, the following provisional measures under article 290, paragraph 5, of the Convention: Malaysia and Singapore shall cooperate and shall, for this purpose, enter into consultations forthwith in order to: (a) establish promptly a group of independent experts with the mandate (i) to conduct a study, on terms of reference to be agreed by Malaysia and Singapore, to determine, within a period not exceeding one year from the date of this Order, the effects of Singapore's land reclamation and to propose, as appropriate, measures to deal with any adverse effects of such land reclamation; (ii) to prepare, as soon as possible, an interim report on the subject of infilling works in Area D at Pulau Tekong; (b) exchange, on a regular basis, information on, and assess risks or effects of, Singapore's land reclamation works;

4. Delimitation of the maritime boundary between Ghana and Cote d'Ivoire (Order of 25 April 2015).

83 Ibid, para.87.

84 Ibid, para.88.

85 Ibid, para.96.

86 Ibid, para.99.

87 Ibid, para.100.

88 Ibid, para.106.

Whether provisional measures are required pending the final decision, the Special Chamber states that its power "to prescribe provisional measures under article 290, paragraph 1, of the Convention has as its object the preservation of the respective rights of the parties to the dispute or the prevention of serious harm to the marine environment pending the final decision"⁸⁹, and that it "may not prescribe provisional measures unless it finds that there is 'a real and imminent risk that irreparable prejudice may be caused to the rights of the parties in dispute'⁹⁰. The Special Chamber refers, in this connection, to paragraph 72 of the Tribunal's Order of 23 December 2010 in the MN "Louisa" Case⁹¹. The Special Chamber also notes that "urgency is required in order to exercise the power to prescribe provisional measures, that is to say the need to avert a real and imminent risk that irreparable prejudice may be caused to rights at issue before the final decision is delivered"⁹².

As regards C6te d'Ivoire's request for "provisional measures to prevent serious harm to the marine environment"⁹³, "the Special Chamber finds that C6te d'Ivoire has not adduced sufficient evidence to support its allegations that the activities conducted by Ghana in the disputed area are such as to create an imminent risk of serious harm to the marine environment"⁹⁴. The Special Chamber, however, notes that "the risk of serious harm to the marine environment is of great concern to [it]"⁹⁵ and that in its view "the Parties should in the circumstances 'act with prudence and caution to prevent serious harm to the marine environment'"⁹⁶.

The Special Chamber refers, in this connection, to paragraph 77 of the Tribunal's Order of 23 December 2010 in the MN "Louisa" Case, to paragraph 77 of the Tribunal's Order of 27 August 1999 in the Southern Bluefin Tuna Cases and to paragraph 132 of the Seabed Disputes Chamber's Advisory Opinion of 1 February 2011 (Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area) (para. 72)⁹⁷

89 Order of 24 April 2015, para. 39

90 Ibid, para.41.

91 Ibid, para.41.

92 Ibid, para.42.

93 Ibid, para.64.

94 Ibid, para.67

95 Ibid, para. 68.

96 Ibid, para. 72

97 Ibid, para. 72

B. ADVISORY OPINIONS

1. Case No. 17: Responsibilities and obligations of States sponsoring Persons and Entities with respect to Activities in the Area [Advisory Opinion of 1 February 2011]⁹⁸

The Council of the International Seabed Authority raised the following question: What are the legal responsibilities and obligations of States-Parties to the Convention the sponsor the activities in the zone, in accordance with the 1994 Agreement related to the application of part XI of UNCLOS? The seabed chamber gave the following answer⁹⁹:

Sponsoring States have two kinds of obligations under the Convention and related instruments: A. The obligation to ensure compliance by sponsored contractors with the terms of the contract and the obligations set out in the Convention and related instruments. This is an obligation of 'due diligence'. The sponsoring State is bound to make best possible efforts to secure compliance by the sponsored contractors. The standard of due diligence may vary over time and depends on the level of risk and on the activities involved.

This 'due diligence' obligation requires the sponsoring State to take measures within its legal system. These measures must consist of laws and regulations and administrative measures. The applicable standard is that the measures must be 'reasonably appropriate'. B. Direct obligations with which sponsoring States must comply independently of their obligation to ensure a certain conduct on the part of the sponsored contractors. Compliance with these obligations may also be seen as a relevant factor in meeting the 'due diligence' obligation of the sponsoring State. The most important direct obligations of the sponsoring State are : (a) the obligation to assist the Authority set out in article 153, paragraph 4, Of the Convention; (b) the obligation to apply a precautionary approach as reflected in Principle 15 of the Rio Declaration and set out in the Nodules Regulations and the Sulphides Regulations; this obligation is also to be considered an integral part of the 'due diligence' obligation of the sponsoring State and applicable beyond the scope of the two Regula-

⁹⁸ Advisory opinion of the Seabed Disputes Chamber of 1 February 2011, Operative part.

⁹⁹ Advisory opinion of 2 April 2015 of the full Court, para.219

tions; (c) the obligation to apply the 'best environmental practices' set out in the Sulphides Regulations but equally applicable in the context of the Nodules Regulations; (d) the obligation to adopt measures to ensure the provision of guarantees in the event of an emergency order by the Authority for protection of the marine environment; and the obligation to provide recourse for compensation. The sponsoring State is under a due diligence obligation to ensure compliance by the sponsored contractor with its obligation to conduct an environmental impact assessment set out in section 1, paragraph 7, of the Annex to the 1994 Agreement. The obligation to conduct an environmental impact assessment is also a general obligation under customary law and is set out as a direct obligation for all States in article 206 of the Convention and as an aspect of the sponsoring State's obligation to assist the Authority under article 153, paragraph 4, of the Convention.

2. Advisory Opinion of the SRFC of 2 April 2015 (Case N° 21)¹⁰⁰

By a letter dated 27 March 2013, received on 28 March 2013, the Permanent Secretary of the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) transmitted to the Tribunal a request for an advisory opinion, pursuant to a resolution adopted by the Conference of Ministers of the SRFC at its fourteenth session, held on 27 and 28 March 2013.² In the said resolution, the Conference of Ministers had decided, in accordance with article 33 of the 2012 Convention on the Determination of the Minimal Conditions for Access and Exploitation of Marine Resources within the Maritime Areas under Jurisdiction of the Member States of the SRFC, to authorize the Permanent Secretary of the SRFC to seize the Tribunal, pursuant to article 138 of the Rules, in order to obtain its advisory opinion on the following questions: "1. What are the obligations of the flag State in cases where illegal, unreported and unregulated (IUU) fishing activities are conducted within the Exclusive Economic Zone of third party States? 2. To what extent shall the flag State be held liable for IUU fishing activities conducted by vessels sailing under its flag? 3. Where a fishing license is issued to a vessel within the framework of an inter-

¹⁰⁰ Advisory opinion of 2nd April 2015, case N° 21, (para. 219)

national agreement with the flag State or with an international agency, shall the State or international agency be held liable for the violation of the fisheries legislation of the coastal State by the vessel in question? 4. What are the rights and obligations of the coastal State in ensuring the sustainable management of shared stocks and stocks of common interest, especially the small pelagic species and tuna?"

In its advisory opinion, the Tribunal (para. 219): Unanimously Replies to the first question as follows: The flag State has the obligation to take necessary measures, including those of enforcement, to ensure compliance by vessels flying its flag with the laws and regulations enacted by the SRFC Member States concerning marine living resources within their exclusive economic zones for purposes of conservation and management of these resources.

The flag State, in fulfilment of its obligation to effectively exercise jurisdiction and control in administrative matters under article 94 of the Convention, has the obligation to adopt the necessary administrative measures to ensure that fishing vessels flying its flag are not involved in activities in the exclusive economic zones of the SRFC Member States which undermine the flag State's responsibility under article 192 of the Convention for protecting and preserving the marine environment and conserving the marine living resources which are an integral element of the marine environment.

The foregoing obligations are obligations of 'due diligence'. The flag State and the SRFC Member States are under an obligation to cooperate in cases related to IUU fishing by vessels of the flag State in the exclusive economic zones of the SRFC Member States concerned. The flag State, in cases where it receives a report from an SRFC Member State alleging that a vessel or vessels flying its flag have been involved in IUU fishing within the exclusive economic zone of that SRFC Member State, has the obligation to investigate the matter and, if appropriate, take any action necessary to remedy the situation, and to inform the SRFC Member State of that action.

By 19 votes to 1 Replies to the fourth question as follows: Under the Convention, the SRFC Member States have the obligation to ensure the sustainable management of shared stocks while these stocks occur in their exclusive economic zones; this includes the following:

(i) the obligation to cooperate, as appropriate, with the competent international organizations, whether subregional, regional or global, to ensure through proper conservation and management measures that the maintenance of the shared stocks in the exclusive economic zone is not endangered by overexploitation (see article 61, paragraph 2, of the Convention);

(ii) in relation to the same stock or stocks of associated species which occur within the exclusive economic zones of two or more SRFC Member States, the obligation to 'seek ... to agree upon the measures necessary to coordinate and ensure the conservation and development of such stocks' (article 63, paragraph 1, of the Convention);

(iii) in relation to tuna species, the obligation to cooperate directly or through the SRFC with a view to ensuring conservation and promoting the objective of optimum utilization of such species in their exclusive economic zones (see article 64, paragraph 1, of the Convention). The measures taken pursuant to such obligation should be consistent and compatible with those taken by the appropriate regional organization, namely the International Commission for the Conservation of Atlantic Tunas, throughout the region, both within and beyond the exclusive economic zones of the SRFC Member States. To comply with these obligations, the SRFC Member States, pursuant to the Convention, specifically articles 61 and 62, must ensure that: conservation and management measures are designed to maintain or restore stocks at levels which can produce the maximum sustainable yield, as qualified by relevant environmental and economic factors, including the economic needs of coastal fishing communities and the special needs of the SRFC Member States, taking into account fishing patterns, the interdependence of stocks and any generally recommended international minimum standards, whether subregional, regional or global.

In exercising their rights and performing their duties under the Convention in their respective exclusive economic zones, the SRFC Member States and other States Parties to the Convention must have due regard to the rights and duties of one another. This flows from articles 56, paragraph 2, and 58, paragraph 3, of the Convention and from the States Parties' obligation to protect and preserve the marine environment,

a fundamental principle underlined in articles 192 and 193 of the Convention and referred to in the fourth paragraph of its preamble. Living resources and marine life are part of the marine environment and, as stated in the Southern Bluefin Tuna Cases, 'the conservation of the living resources of the sea is an element in the protection and preservation of the marine environment

C. ARBITRAL AWARDS

South China Sea Arbitration (Philippines v. China) Award of 12 July 2016

Under article 192 and 194, the states are under the obligation to protect and preserve the marine habitat. In this regard, they take, separately or jointly, measures, in line with the Convention, that are necessary to prevent, reduce and avoid the pollution of the marine environment, whatever the source. They take all the necessary measures so that activities under their authority cannot cause damages through pollution to other States. Concerning the responsibility of the flag State, each parties must ensure that vessels flying its flag do not exercise any activity, likely to compromise the effectiveness of the international measures of conservation and management¹⁰¹.

The measures taken must encompass the protection and the preservation of rare or fragile ecosystems as well as the habitat of depleted, threatened or endangered species and other forms of marine life. Otherwise, the flag State may carry out in depth investigation in the allegation of an infringement. [The Pulp Mills case (ICJ); Responsibilities and obligations of sponsoring States... (Advisory Opinion of 1 February 2011 — ITLOS); Chago Marine Protection Arbitration case; Mox Plant case (ITLOS)].

We shall now look at the prospects offered to us, these days

101 ITLOS advisory Opinion of 2 April 2015, op. cit.

III. PROSPECTS

There are two problems of concern to the international community of States as a whole. It is about:

A. CONSEQUENCES OF CLIMATE CHANGE

The consequences of climate change on the oceans are likely to be on the Law of the Sea agenda for a long time and may well occupy a number of international institutions. The 2010 report of the UN Secretary-General on Oceans and the Law of the Sea highlights the various aspects of these consequences: "rising sea levels; the melting of ice in the Arctic Ocean; The issue of ocean acidification; the challenges of marine biodiversity; increased frequency of extreme weather events and transfers in the distribution of biological species¹⁰². That is why the United Nations General Assembly continues to stress the urgent need to address the effects of climate change and ocean acidification on the marine environment and marine biodiversity and recommends a number of measures. One of the flagship measures is raising public awareness of the adverse effects of climate change on the oceans¹⁰⁴.

As part of its revised mandate, approved by the General Assembly, UN-Oceans, the inter-agency coordination mechanism for oceans and coastal issues, continued to give priority to a searchable online database containing an inventory of mandates and activities¹⁰⁵. In accordance with its mandate¹⁰⁶, the UN-Oceans Coordinator held the sixteenth meeting of the consultative process on the work of this mechanism¹⁰⁷. UN-Oceans also organized a briefing session on the activities of UN-Oceans members on the sidelines of the Conference of the Parties (COP 21) at the United Nations Framework Conference on Climate.

102 See United Nations document A/65/69/Add.2, para.374

103 UN GA, Resolution 69.245

104 See UN Secretary-General report 1°5 Ibid.

106 See resolution 68/70, annexe.

107 See www.un.oceans.org

Change in Paris The issue of Oceans and climate change and the acidification of the oceans¹⁰⁸.

The issue of climate change is of global concern. It is multidimensional¹⁰⁹ in that it covers the most diverse and dissimilar domains¹¹⁰.

As Ph.Sands says:

"It is plain that climate change poses significant challenges to international law. The subject transcends the classical structure of an international legal order that divides our planet into territorially defined areas over which states are said to

108 See http://unfccc.int/files/meetings/Bonnjun_2015/

109 See UN document A/65/69/add.2, para 374 ; R. Rayfuse and Scott (eds.) International law in the Era of Climate Change, London, 2012; Dryzek, Norgaard and Schlosberg (eds.), Oxford Handbook of Climate Change and Society Oxford, 2011; A. Boyle, "Climate Change and Ocean Governance", in M.C. RIBEIRO (ed.), 30 years after the signature of the UNCLOS ... op. cit. pp. 357-382, où l'auteur écrit: "Rather, the important lesson is that climate change should be on the negotiating agenda of all international institution whose mandate is affected by it. It is a human rights issue. It is a trade issue. It is also an issue for IMO and those convention secretariats responsible for protecting the marine environment pursuant to part XII of the 1982 Convention", p. 358.

110 As stated in the 2014 summary report dedicated to the leaders:

"1) Human influence on the climate system is clear ... recent climate changes have had widespread impacts on human and natural systems;
2) many of the observed changes are unprecedented;
3) the atmosphere and oceans have warmed, that amounts of snow and ice have diminished, and sea level has risen,
4) anthropogenic greenhouse gas emissions are extremely likely to have been the dominant cause of the observed warming since the mid-20th century;
5) Continued emissions ... will cause further warming and long-lasting changes ... increasing the likelihood of severe, pervasive and irreversible impacts;
6) Limiting climate change would require substantial and sustained reductions in greenhouse gas emissions;
7) It is very likely that heat waves will occur more often and last longer, and that extreme precipitation events will become more intense and frequent in many regions. The ocean will continue to warm and acidify, and global mean sea level to rise;
8) Many aspects of climate change and associated impacts will continue for centuries;
9) The risks of abrupt or irreversible changes increase as the magnitude of the warming increases;
10) Without additional mitigation efforts ... warming by the end of the 21st century will lead to high , to very high risk of severe, wide-spread and irreversible impacts globally and
11) there are multiple mitigation pathways that are likely to limit warming to below 2°C relative to pre-industrial levels. the pathways would require substantial emissions reductions over the next few decades and near zero emissions of CO2 and other long-lived greenhouse gases by the end of the century", IPCC, Climate Change 2014 Synthesis Report, Summary for Policymakers, http://www.ipcc.ch/pdf/assessment.Reports/ar5/syr/AR5_SYR_FINAL_SPM.pdf.

have sovereignty. Issues associated with climate change permeate national boundaries: emissions or actions in one state will have adverse consequences in another, and in areas over which states have no jurisdiction or sovereignty. (...) there is no other issue like climate change, where the sources of the problem-according to the IPCC-are so many and so broad, requiring actions that touch upon virtually every aspect of human endeavour and action. Each of us contributes to climate change; each of us will be affected by climate change¹¹¹ ."

Given the prolific nature of the problems raised by the changes and, above all, their differences in nature, several specialty criteria will have to be put in place to deal with the situation. Sea-level rise is likely to affect many islands and the lowtide elevation that may disappear. The problem of the rights to the maritime areas which fell within the jurisdiction of the said islands after the disappearance of the low-tide elevation will have consequences for the determination of the baselines.

Scientists have revealed that sea-level rise was faster from 2000 to 2009 than in the previous 5,000 years¹¹². The immediate challenge facing this situation is the protection of archipelagos likely to be threatened by rising sea levels and populations living on the coast. The various island formations of certain archipelagos are at a very low level above the present level of the sea¹¹³.

The melting of continental glaciers and polar ice will affect the law of the sea. It will generate new continental shelves; new shipping routes and may be a new piracy due to the idleness of indigenous peoples likely to be and the migration of fish stocks to these new ice-free areas. This situation can create new fishing activities at the same time as a new hydrocarbon or gas industry, that is to say also a possible pollution. This means that many issues will emerge and will require a very close inter-

111. Ph. Sands, "Climate change and the Rule of Law: Adjudicating the Future in International Law", Public Lecture, United Kingdom Supreme court, 17 September 2015, 530 pm, pp. 1-21, spec.p.6.

112 It is estimated that one third of the increase is due to the melting of continental glaciers and polar ice (average winter temperature in Antarctica rose by 6 degrees in 50 years), another third to dilation of Sea water because of its warming, even minimal, the last third causal being still indeterminate. See J.P. Pancraccio, *Law of the Sea, Précis Dalloz* 2010, p. 2.

113 This is the case for the archipelagos of Tuvalu (Pacific Ocean), the Maldives (Indian Ocean) and the Seychelles (Indian Ocean). These archipelagos are classified as Small Island Developing States, many of whose islands are only 1 or 2 meters high; Which exposes them singularly.

national cooperation to remove these zones from a geoeconomic and geostrategic conflict situation.

Meanwhile, States may rely on UNCLOS for the protection and preservation of the marine environment. "States have an obligation to protect and preserve the marine environment"¹¹⁴. They are thus required to take measures to prevent, reduce and control pollution of the marine environment.

In particular, States must take all necessary measures to ensure that activities within their jurisdiction or control are conducted in such a way as not to cause pollution damage to other States and their environment and to ensure that the resulting pollution Incidents or activities within their jurisdiction or control does not extend beyond the areas where they exercise sovereign rights¹¹⁵.

This principle of non-harmful use of the territory¹¹⁶ appears to be a due diligence¹¹⁷ obligation, and therefore liable to involve the responsibility of a State¹¹⁸

The other major challenge is the acidification of the oceans, whose level of scientific knowledge is in the limbo of stagnation, prompting the Community of Nations to take note of the situation. As Tommy Koh points out :

"The nexus between climate change and the oceans is insufficiently un-

114 Article 192 of UNCLOS and Article 194 paragraph 5 to clarify that "measures taken in accordance with this Part shall include measures necessary to protect and preserve rare or delicate ecosystems and the habitat of species and other marine organisms in decline, Threatened or threatened with extinction ". These obligations should be considered in tandem with those relating to the conservation and management of the living resources of the high seas as contained in articles 117 to 120 of UNCLOS

115 Article 194, para.2

116 See Tafsir Malick NDIAYE "The International Responsibility of States for Marine Damage", in B. Vukas, T. SOSIC (eds.), *International Law: New Concepts, Continuing Dilemma, Liber Amicorum? Boziclar Bakotic*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden / Boston 2010, pp. 265-279, 267; See also the Basel Convention of 22 March 1989 on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes, *International Legal Materials (ILM)*, Vol. 28, p. 649 (1989).

117 See ITLOS, Case No. 17, *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities in Activities Conducted in the Area* (Request for Advisory Opinion Submitted to the Seabed Disputes Tribunal), par. 115-120.

118 On the justiciability of climate change, see A. BOYLE, op. cit. [Note 109] pp.378-380; Ph. Sands op. cit. [Note 111],p. 11-15.

derstood. People generally do not know that the oceans serve as the blue lungs of the planet, absorbing CO₂ for the atmosphere and returning oxygen to the atmosphere. The oceans also play a positive role in regulating the world's climate system. One impact of global warming on the oceans is that the oceans are getting warmer and more acidic. This will have a deleterious effect on our coral reefs. In view of the symbiotic relationship between land and sea, the world should pay more attention to the health of our oceans¹¹⁹"

B. MARINE GENETIC RESOURCES

The issue is being considered by an Ad Hoc Open-ended Informal Working Group, established by the United Nations General Assembly in 2004, to address issues related to the conservation and sustainable use of marine biodiversity in Areas beyond national jurisdiction "the Ad Hoc Working Group¹²⁰".

This work is carried out through the Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea ("the Consultative Process"), which focuses on marine genetic resources and agrees that the Ad Hoc Working Group To consider this issue¹²¹. Discussions were held on the legal regime to be applied to marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction, in accordance with UNCLOS and the General Assembly had to ask States to continue consideration of this issue in within the mandate of the Ad Hoc Working Group, to advance the work¹²².

119 See, T. Koh, in L. Del Castillo (ed.) *Law of the Sea, from Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea*, Liber Amicorum Judge Hugo Caminos, Brill / Nijhoff, 2015, p.108; In its resolution, the General Assembly of the United Nations says: "§81 Takes note of the work of the Intergovernmental Panel on Climate Change, including its conclusions that, The effects of ocean acidification on marine biology are not yet known, this progressive acidification is expected to have a negative impact on shellfish marine organisms and their dependent species, and in this regard encourages States to continue, Urging research on ocean acidification, in particular observation and measurement programs ", A / RES / 62/215 of 14 March 2008, Resolution adopted by the General Assembly of the United Nations on 22 December 2007 , P. 16, para. 81
120 See A / 61/65 and Corr. 1

121 As requested by the United Nations General Assembly in paragraph 91 of Resolution 61/222. The Working Group held several meetings from 2006 to 2015.

122 See document A / RES / 62/215 of 14 March 2008, p.24, para. 133.

The community of States is doubly aware of the abundance and diversity of marine genetic resources and their value in terms of the benefits that can be derived from it and the goods and services to which they may give rise, a part. On the other hand, it is also aware of the importance of research on marine genetic resources to better understand and better manage marine ecosystems and their potential uses and applications¹²³.

The first meetings of the Informal Working Group saw very little progress in the discussions where there was strong disagreement and divergence on the issue of the applicable legal regime for marine biodiversity, including marine genetic resources beyond the national jurisdictions.

The particular nature of genetic resources, which must be thoroughly explored, makes discussions very difficult. The question that arises is whether they belong to the seabed or to the superjacent waters. The answer to this question reflects on the applicable rules of the law of the sea. Thus, two opposing and exclusive points of view have clashed in the process. On the one hand, some States have argued that the fundamental principle to be applied in this matter is that of the common heritage of mankind, while other States have asserted the principle of freedom of the high seas, 'other.

Three types of arguments are advanced to support the different positions.

123 Ibid. Paragraphs 134 and 135; See also J. Wehrli and Th. Cottier " towards a treaty instrument on marine genetic resources" in M. C. Ribeiro (ed.), 30 years after the signature of the UNCLOS ... op. cit. [Note 112] pp. 517-549 where it is stated that "The law, and international law, finds itself in the classic constellation of ex post assessment of the implications of rules not per se designed to deal with novel and impending challenges. [...]"

Even the deep sea, which belongs to the least explored areas in the world, supports mammals and fish, including sea stars, sponges, jellyfish and bottom — dwelling fish, worms, molluscs, crustaceans, and a board range of single-celled orga-nisms", p.518; M. Allsopp and al., World Watch Report 174: Oceans in Peril: Protecting Marine Biodiversity, World Watch Institute, Washington DC, September 2007, p. 7.; T. Heidar, "Overview of the BBNJ Process and Main Issues", CIL International Workshop, Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction: Prepa-ring for the PrepCom, Singapore, 3-4 February 2016 [PowerPoint].

First, the question of whether the regime applicable to the Area concerns resources other than minerals. It is well known that UNCLOS means resources of all in situ solid, liquid or gaseous mineral resources in the area that are on the seabed or subsoil thereof, including polymetallic nodules and once extracted from the Zone, are called "minerals"¹²⁴. The argument is sometimes developed on the basis of an analogy with the status of sedentary species on the continental shelf.

Second, the question of whether Article 143 of UNCLOS can be invoked in support of the idea that the prospecting of genetic resources should be conducted for exclusively peaceful purposes and in the interest of all humanity in accordance with Part XIII¹²⁵. Finally, the question of whether the International Seabed Authority is called upon or not to play any role in this matter, since the Authority is the organization through which States Parties organize and Control activities in the Area, including the administration of its resources¹²⁶.

It was in 2011 that the Working Group was to recommend the establishment of a process whereby the legal framework for the conservation and sustainable use of marine biodiversity in areas not under national jurisdiction reflects Different points of view of States. In particular, "taken jointly and as a whole", issues relating to marine genetic resources, including those related to benefit-sharing, measures such as area management tools, including marine protected areas, Impact on the environment, as well as capacity building and transfer of marine technology.

This recommendation will be adopted by the United Nations General Assembly and is presented as the package deal of negotiations in the development of an international legally binding instrument related to UNCLOS on the conservation and sustainable use of Marine biodiversity in areas not under national jurisdiction (BBNJ)¹²⁷.

124 UNCLOS, article 133, para. a) and b).

125 The words of Article 143, paragraph 1, of the UNCLOS relating to "Marine Scientific Research" in the Area, that is to say, the seabed and its subsoil beyond the limits of jurisdiction national.

126 UNCLOS, article 157.

127 See United Nations document A / RES / 69/292 of 6 July 2015, adopting the Resolution adopted by the General Assembly on 19 June 2015 "Preparation of an international instrument relating to UNCLOS, Sustainable use of marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction", p. 2, para. 1.

The Working Group continued to examine these issues in the context of the new process. It held two workshops in 2013 on marine genetic resources and on the conservation and sustainable use of marine biodiversity on the other. The General Assembly convened that the Working Group should hold several meetings to prepare the decision it was due to take at its 69th session and for which it requested recommendations on terms of reference¹²⁸, application, parameters and possibilities for the development of an international instrument related to the Convention.

After considering the recommendations¹²⁹ of the Ad Hoc Open-ended Working Group and welcoming the progress made by the Working Group in implementing, in accordance with its mandate¹³⁰, the General Assembly decided to develop a legally binding international instrument on 19 June 2015.

It also decides to establish, before the date of an intergovernmental conference, a preparatory committee, open to all Member States of the United Nations, members of the specialized agencies and parties to the Convention¹³¹. The Committee is responsible for making substantive recommendations to the General Assembly on the elements of the draft international legally binding instrument relating to the Convention. The Committee will have to take into account the various Co-Chairs' reports on the work of the ad hoc informal working group on issues related to the conservation and sustainable use of marine biodiversity. The committee began its work in 2016 and will hold two sessions of two weeks each. The first session took place from 28 March to 8 April and the second session will take place from 26 August to 9 September. The same will happen in 2017 and the Preparatory Committee will report to the General Assembly on the status of its work by the end of 2017. The Preparatory Committee is chaired by Ambassador Eden Charles of Trinidad and Tobago¹³².

The General Assembly of the United Nations decided that before the end of its seventy-second session it would take a decision, taking

128 on the adoption of an international instrument relating to the United Nations Convention on the Law of the Sea before the end of its sixty-ninth session ".

129 See doc. A/69/780, annex sect. I

130 See resolutions 66/321 of 24 december 2011 and 67/78 of 11 december 2012

131 See doc.

A/RES/69/780, annex sect. I

132 Ibid. For the organisation and the ruling of the preparatory committee, paragraph 1

into account the report of the Preparatory Committee, on the organization and date of the opening of an intergovernmental conference, To be held under the auspices of the United Nations; The recommendations of the Preparatory Committee and the development of an international legally binding instrument related to the Convention.

On 28 February 2017, the Chairman of the Preparatory Commission submitted a text entitled 112 pages "Non-paper" and 759 proposals from States, which constitute the elements of the draft international legally binding instrument on the conservation and sustainable management of Biodiversity beyond national jurisdiction.

The text is a reference document, which will greatly assist delegations in the consideration of issues and ideas under discussion in the Preparatory Committee¹³³.

Section E of Chapter III, "Environmental Impact Assessments", is particularly important for the protection and preservation of the marine environment with the suggested principles: "Precautionary principle / Approach; Ecosystem approach; Science-based approach; Transparency in decision making; Inter-and-Intra Generational Equity; Responsibility to protect and preserve marine environment; Stewardship; No-net-loss principle¹³⁴.

This process of negotiation will undoubtedly be enhanced by the interpretation and application of Part XII of UNCLOS. Moreover, the dialogue between international and arbitral tribunals will gradually establish an international regime for the protection of the environment.

To this end, it would be desirable to give the International Courts or Tribunals the opportunity to examine the merits of - whatever the retained referral — cases relating to the protection of the marine environment — whatever the mode of referral (contentious or advisory) and thus avoid the resort to urgent procedures which confine to a summary examination of the facts of the case; given, that the time of protection of the marine environment is rather that of urgency.

133 See <http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcorn.htm>

134 See Non Paper, *ibid*, pp. 64-78

In addition, there should be a universal treaty for the protection of the marine environment that will not exclude the possibility of concluding regional agreements. The universal and the regional must here maintain a harmonious link to organize cooperation on a global scale. These mutual relations and influences are an important phenomenon to be taken into account in attempting to determine the prospects of international law for the protection of the marine environment.

Journal of the Law and Judicial System
Volume 1, Issu 2, 2018, PP 21-48

ADMISSIBILITY BEFORE THE INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS

By Tafsir Malick NDIAYE

Introduction

In various domestic legal systems, the legal action and its exercise are subject to special conditions known as admissibility requirements¹, in default of which the jurisdictional recognition of the claim is affected, whether it is a right or a duty (obligation). These legal systems make clear distinction between the admissibility and the merits due to the necessity to adjudicate on the first before addressing the second².

In international law, admissibility refers to “the character that an application, a pleading or an evidence must present to be examined by the authority it is submitted to”³. Its recurrence at international level is indicative of the nature of the international Court or Tribunal, which cannot function without prior consent of States or International Organizations. It differs from domestic Courts.

1. CH. De Visser. Aspects récents du droit procédural de la CIJ Paris, Pédone, 1966, 219p. R.J. Dupuy, « « La réforme du Règlement de la CIJ », AFDI, 1972, pp. 265-283; G. Guyomar Commentaire du Règlement de la CIJ. Paris. Pedone. 1983, 760p; G. Abi Saab. Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour Internationale. Paris, Pédone. 1967. 281p.; M. Dubuisson, La Cour Internationale de Justice, Paris. LGDJ. 1964. 471 p.; J. C. Witenberg. " La Recevabilité Des Réclamations Devant Les Juridictions Internationales », Rdc. Vol.41.1932 (III). pp.5-135. M. Mabrouk. Les exceptions de procédure devant les juridictions internationales, LGDJ, Library of International Law, Vol. XXXV, 1966. 351p.; J. Lang, "« La jonction au fond des exceptions préliminaires devant la C.P.J.I et de la CJI ". JDI. 1968 pp. 5-45; Sperduti, «La recevabilité des exceptions préliminaires de fond dans le procès international », Riv.Dir.Int., Vol. LIII, 1970, pp. 461-490; M. Virally. " Le champ opératoire du règlement judiciaire international ». RGDIP.1983, pp.281-314; SFDI. La juridiction internationale permanente (Coloquie de Lyon). Paris Pédone 1987; Sh. Rosenne. The Law and Practice of the International Court, 1920-1996. 3rd edn. Vol.II. Jurisdiction. The Hague / Boston / London, Martinus Nijhoff Publisher. 1999. pp.517-603; J. Combacau sur le Droit International Public, 4eme édition. Paris, Montchrestien. 1997; P.M. Dupuy, Droit International Public, 4eme édition. Paris, Dalloz.1998; Dailier.

A Pellet. Droit International Public, 7ème édition, Paris, LGDJ, 2002 / Ch. Rousseau, Droit International Public, Vol V, Conflict Reports, Paris Sirey. 1983

2. In domestic law, admissibility includes objections whose merely dilatory effect is to suspend the proceedings: nullity of procedure, objection of incompetence; a plea of inadmissibility, the effect of which, if granted, will be to have the application finally dismissed; (a) means from the expiry of a period such as expiry of proceedings or delays in filing an appeal; b) means from the merits such as lack of interest, lack of standing, new appeal request or cassation complaint, the prescription, pre-established time limits, res judicata; see the new French Code of Civil Procedure, instituted by decree N° 75-1123 of 5 December 1975.

3. Dictionnaire de la Terminologie Du Droit International, Paris Sirey, 1960, 750 p., p504

Moreover, the direct consequence of the opposition of an objection of this nature, by the respondent, is the suspension of the proceedings on the merits.

Admissibility plays an important role when the Court or Tribunal, because constituted prior to the introduction of the proceedings, can be referred to by means of an application. When a claimant asserts a compulsory jurisdiction mechanism, the respondent often try to escape from it and that is the reason lawsuits relating to the conditions for the exercise of jurisdiction are numerous at international level⁴.

Inadmissibility refers to the character of a request or a claim, authorizing or obliging the body it is submitted to, to reject examination, due to a lack of standing or necessary condition. As for the objection of inadmissibility, it comprises the objection called extinctive or interruptive⁵.

The aim of this procedure is to have the adjudicating judge not to proceed on the merits because of a lack of prior condition to this examination. The prescription can be raised by one of the parties and by the judge proprio motu. It shall be introduced at the beginning of the procedure and the ruling rendered is definitive.

The international practice generally uses this notion of “objection to inadmissibility”. One must say that the permanent Courts had never been keen on the idea of typification of prescriptions, and even questioning its procedural interest. It feared to introduce, without sufficient experience in international case law, terminologies and wordings taken from domestic procedures. It will gradually do so. It states:

4. As judge M Bedjaoui states « in the case of an introduction of proceedings through means of an application, the respondent, in most cases, begins by challenging the jurisdiction of the Court, objection often related to the admissibility of the application”, dans “Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement”, Melanges Michel Virally, Paris Pédone. 1991, pp. 87-107, spec. p.89. In addition, an objection of admissibility can be raised Proprio motu by the Court or Tribunal itself, figuring out whether out of its statute or the interpretation made, It has capacity to adjudicate on the claim.

5. Extinctive exceptions: foreclosure exception, exception due to prescription, exception of withdrawal, res judicata, exception of lis pendens, exception of nationality, exception of lack of “clean hands”, exception of nullity, exception of related actions, estoppel; Interruptive exceptions: exception due to non-existence of a dispute, exception due to lack of exhaustion of domestic remedies, lack of diplomatic negotiations, exception against remedies.

“The Court may not take into account the diverse procedure systems and legal wordings in use in a country or another. May this submission be an “objection” or may it be “Fin de non recevoir”, nothing prevents the Court from dealing with it prior to any debate on the merits, given that such debate will depend on its non-admission⁶.”

The issue of inadmissibility reveals itself complex. The doctrine and the case law tend to define it by its objectives and its effects on the merits. It, thus, refers to all means through which the respondent denies the applicant the right of action or asserts the non-observance of formal prescriptions and other procedure requirements to this action. The debate is about two matters or two common features of those means: “*relevance*” and the “*non-impact on merits*”.

Relevance suggest that the objection can terminate the proceedings on the merits. That is to say, when received, the objection may protect the respondent from any condemnation.

Non-impact on the merits suggest that the results can be achieved without examining or prejudging the merits. The inadmissibility can be declared by the judge even when the alleged obligation exist and on the contrary this inadmissibility can be dismissed without it presuming the existence of the invoked obligation⁷.

The Permanent Court’s Case law provides examples that confirm this opinion⁸.

6. PCIJ, case related to Certain German Interests in the Polish Upper Silesia, judgement of 25 August 1925, Series A, N°6. P.19.

7. See J.C. Wittenberg, op. cit. (note 1), p.16: “In this regard, Case law is by far the richest source. Claims referred to on the basis of sometimes concise ... could not foresee the particular circumstances of each of them, the international Tribunals, master of their method, most of the time, master of their procedure, are used to discriminate, among questions raising relevant cases submitted to it, the common to all and those requiring preliminary examination. This is how the notion of admissibility shifted from domestic law to international law”.

8. See Panevezys-Saldutiskis Railway Case, PCIJ. S2RIE A: B. No 76, p.22 "The second exception being present in order to exclude the Court's examination of the merits of the case, and the Court may rule on the said exception without pronouncing in any way on the merits of the case, the exception must be regarded as preliminary in the sense of Rule 62 ": or even the dissenting opinion of Judge Anzilotti in the case of the Electricity Company of Sofia and Bulgaria, PCIJ. S2RIE A / B. No. 77, p. 95 where he speaks of the "exception the purpose and effect of which is to prevent the trial before the Court without prejudice to the question whether the right by the plaintiff exists or not"

The other debate on the admissibility is a jurisdictional one. It has two characters that infer the separativity of the subject matter of the objection on the merits of the case. On one hand, *the preliminary* suggest that admissibility is always subject to debate prior to considering the merits. The international practice submitted to a preliminary hearing, the examination of the pleas taking part to the concept of admissibility, given it is likely to bring about the dismissal of the application without proceedings on the merits. On the other hand, the specialty suggest that the plea of admissibility has no impact on the merits, examined during a special procedure⁹. This specialty nature is the consequence of a long practice and appears to be inherent to the preliminary.

The admissibility is sometimes regarded as the prior character of its subject matter, its logical and primary relationship, or logical priority of the merits hence, the possibility to have a debate prior to the hearings on the merits. As noted “the judge can adjudicate on the merits only after having implicitly or explicitly acknowledged, on one hand that the applicant enjoys the right of action, on the other that he exercised this right according to the prescribed rules, , that is to say on the obligation itself, which is the fundamental subject of the debate”¹⁰.

We will analyse the admissibility of the claim, which is conditional to the fulfilment of the conditions laid down in the acts establishing the Court or Tribunal (Statutes, Rules of Procedures) (I) before analyzing the admissibility of the application or legal proceedings that reflects the right of action and consist of its exercise (II)

9. This second aspect is tempered by the question of the "factual background". This, because there is no issue of admissibility that can be appreciated without a certain examination of the facts. In referring to the documentation confined to essential texts, Bedjaoul J. observes that "this remark does not, however, retain its full value if the question of jurisdiction is complicated by a challenge to the admissibility of the application, because to debate of this one, it is often necessary to tackle questions of merits ", in *Mélanges Virally*, op. cit. p. 89; the other attenuation of the specialty proceeds from the possible junction of the exception and the merits or joinder.

10. Witenberg. Op. cit. (Note 1). pp. 8-9; Sur la séparabilité des exceptions préliminaires du fond, voir G. Abi-Saab, op. cit (note 1), pp 179-204.

I. Admissibility of the Contentious Action

According to the new Code of Civil Procedure «The action is the right of the author of a claim to be heard on its merits so that the judge may declare it well founded or ill founded. For the opposing party, the action is the right to contest the merits of that claim»¹¹. It thus appears that the action must be considered, both from the applicant's and from the respondent's point of view. It reflects the legal power, the right conferred on the claimant to refer to the Court or Tribunal, for it to decide on the merits of the claim.

A distinction must be drawn between the right of action and the right invoked on the merits (or substantive right), because the existence of the right of action does not necessarily give rise to the right, which is invoked on the merits and justifies the proceedings. This is the case when the claim is declared admissible but deemed ill founded. It must be recalled that it is the application that materialise the right of action of the applicant, whereas the defense materialise the one of the respondent.

The right of action is also distinct from the application in which it finds its expression. The legal action or application consists in the exercise of the right of action. The right of action can occur without the introduction of any procedural act, precisely because of its optional nature.

The international Court and Tribunal competently referred to on the basis of its jurisdiction must ensure that the action brought before it, is admissible, that is to say it exercises its jurisdictional function of hearing and determining the claims and objections of the parties. It must therefore, review whether the conditions for bringing an action are met, the absence of which causes the proceedings to be irregular and the application declared inadmissible.

The admissibility conditions of the action appears to be numerous, but for the most, they depend on the jurisdictional function and the validity of the Court.

11. Article 30 of the new French Code of Civil Procedure, instituted by decree N° 75-1123 of 5 December 1975, entered into force the 1 January 1976

1. Conditions relating to the contentious jurisdictional function

The contentious jurisdictional function of Courts and Tribunals cause them to hear disputes, which must be settled on the basis of the law. Meaning that the dispute must exist and be submitted to the Court.

a) The existence of dispute

The exercise of all contentious jurisdiction is subject to the existence of a dispute, which must be established *ab initio* by the seized Court or Tribunal; otherwise, it must declare the application inadmissible.

An international legal dispute refers to “a disagreement on fact or law, a contradiction, an opposition of legal positions or interests between two individuals”¹². However, the difference of opinions must, not be abstract. As observed¹³, the dispute, in its technical form assigned by the international proceedings, arises from the antithetical positions and attitudes, deliberately adopted by States, the one *vis a vis* the other, with regard to the settlement of some interests by the international judge. There is dispute, in legal sense, when a State files a claim legally opposed by another State. This is the general practice: the dispute emerges from the open opposition of two points of views, expressly and consecutively declared¹⁴.

In the case related to certain German interests in the Polish Upper Silesia¹⁵, the permanent Court states “a difference of opinion does exist as soon as one of the Governments concerned points out that the attitude adopted by the other conflicts with its own views”. The international

12. PCIJ, judgment of August 30, 1924, in the case of *Mavrommatis*, Publications of the Court. Series A.No 2, p, 11. This definition has been taken up by The Hague Court in a number of its cases: *Case of Serbian Loans*, PCIJ. Series A No. 20, (1929), pp. 16-18, *Case concerning the Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania (First Phase)*, ICJ Reports 1950, p. passage on Indian territory (preliminary objection), ICJ Reports 1957, pp. 148-149; *Case of Right of Passage over Indian Territory (merits)*, ICJ Reports 1969, p. 34, *South West Africa Case (Preliminary Objections)*, ICJ Digest 1969.p 319

13. Charles de Visscher, *op. cit.*, p.32

14. See *South West Africa case* cited above, ICJ. Judgment of 21 December 1962. P.328: "It is not sufficient either that the interests of the two parties to such a case are in conflict. It must be shown that the claim of one of the parties meets the obvious opposition of the other "

15. Judgment of 25 August 1925, PCIJ

case law¹⁶ suggests that an international dispute be settled objectively, all dispute defining itself through its intrinsic nature and not through the subjective classification the parties define it.

The issue of admissibility is particularly important when the Court or Tribunal is seized by way of an application, as it is for permanent Courts and Tribunals established before the beginning of proceedings.

Although the existence of a dispute is a prerequisite to the exercise of the contentious jurisdiction, it also has to be a real dispute.

(i) The reality of a dispute

In legal sense, the real dispute refers to a dispute based on legal grounds so that the judicial resolution of a litigation could have an effect on legal positions of the parties. A close bond must be established between the dispute and the exercise of the judicial function.

In the Northern Cameroon case, the International Court of Justice rejected an application for a declaratory judgement, in order to safeguard the "integrity of the judicial function"¹⁷.

In its judgement, the Court recalls that Cameroon is one of Germany's possessions on which it renounced its rights, under the Versailles Treaty and they have been under the control of the League of Nations.

These territories were divided into two mandates, one administrated by France, the other by United Kingdom. The latter divided his territory into Northern Cameroon, ruled as part of Nigeria, and Southern Cameroon ruled as a province distinct from Nigeria. After the creation of the

16. See the Report of the Franco-Siamese Conciliation Commission of 27 June 1947: Advisory Opinion of the International Court of Justice of 30 March 1950 in the Case for the Interpretation of Peace Treaties, ICJ Reports 1950.p.74 where it says: There has thus been a situation in which the views of both parties as to the performance or non-fulfillment of certain treaty obligations are clearly opposed. In the event of such a situation, the Court must conclude that international disputes have occurred ". In addition, "the existence of an international dispute requires to be established objectively. The mere fact that the existence of a dispute is challenged does not prove that this dispute does not exist "Ibid. The Court recognizes the contrary view in the cases of South West Africa when it says that "the mere affirmation is not sufficient to prove the existence of a dispute, just as the mere fact that the existence of a dispute is challenged does not prove that this difference does not exist "ICJ Reports 1962.op.cit. ,p.328

17. The Northern Cameroon case, preliminary objections, judgment of 23 December 1963. ICJ Reports 1963, p. 15

United Nations Organization, both mandates were placed under the International Trusteeship system through a Trusteeship Agreement approved by the General Assembly on 13 December 1946.

The territory under the French administration gained independence as the Republic of Cameroon on 1 January 1960 and became member of the United Nations on the 20 September 1960. As for, the territory under the British administration, the General Assembly suggested that the administering authority hold plebiscites in order to ascertain the aspiration of the inhabitants. Consequently, Southern Cameroon joined the Republic of Cameroon on 1 October 1961 and Northern Cameroon joined the Nigerian Federation (independent since 1 October 1960). On the 21st April 1961, the General Assembly endorsed the outcome of the plebiscites and decided that the Trusteeship Agreement for British ruled Cameroon shall end upon the two parts of the territory joining the Republic of Cameroon and Nigeria respectively [resolution 1608 (XV)].

The Republic of Cameroon voted against this resolution, after criticizing the manner the United Kingdom had ruled the Northern Cameroon and organized the plebiscites, maintaining that political evolution of the territory and the normal consultation process had been altered. These criticisms have been developed on a white paper, to which the representatives of United Kingdom and Nigeria have responded. After the adoption of the resolution, the Republic of Cameroon reported to the United Kingdom on 1 May 1961, a dispute relating to the implementation of the Trusteeship Agreement and proposed to conclude a Special Agreement in order to refer this dispute to the International Court of justice. The United Kingdom gave a negative response on 26 May 1961. Four days later, the Republic of Cameroon lodged an application before the International Court of justice¹⁸.

The application emphasised the injustice caused by the attachment of Northern Cameroon to another State. Cameroon, however, acknowledged that resolution 1608 (XV) of the United Nations General Assembly had a final legal effect that the Court could not revise or overrule. However, the applicant requested the Court to adjudge and declare,

18. The Northern Cameroon case, preliminary objections, judgment of 23 December 1963. ICJ Reports 1963, p. 15.

under the Trusteeship Agreement, that the United Kingdom had violated some of its obligations laid down in the agreement.

The United Kingdom raised an objection of nonexistence of real dispute. The judgment did not accept the objection. The Court rather relied upon the diverse definitions of the dispute given by the permanent Court in the *Mavrommatis* case¹⁹. Although, it admits the existence of a dispute “at the date of application” , it is under no obligation to adjudicate “during the judgment process²⁰ ”. The Court will invoke the absence of legal interest of the application subject matter to dismiss Cameroon request.

In its eagerness to stay in its contentious function, it will set out a position of principle:

“the function of the Court is to rule on legal matters, but it can only deliver judgments in relevant litigious cases implying a legal conflict of interest between the parties. The judgment of the Court must be of useful effects, given that it affects the existing legal rights or obligations of the parties, dispelling all uncertainties in their legal relationship. In this case, no judgment delivered on the merits could meet the essential conditions of the judicial function²² ”.

The reality of a dispute can also be assessed in the light of the direct relationship between the parties. The burden of proof lies with the applicant to the extent of the cristallisation of the dispute in its direct relation with the respondent before submitting the document initiating proceedings. This aspect of the dispute can, if need be, have effects on its existence.

In the South West Africa cases, the ICJ stressed that

“one should note this preliminary question [existence of a dispute] has actually to do with problem of the existence of a dispute between the claimants and respondent, whatever the nature and the subject of the dispute submitted to the Court may be, in the present proceedings²³”.

The difficulty in this case lied in the nature of the relationship bet-

19. Aforesaid case, supra note 12.

20. Northern Cameroon case, op. cit. p. 27.

21 Ibid, pp. 34.

22.Ibid, pp. 33-34.

23.South West Africa case, op. cit. (note 12), p.328.

ween the applicants and the respondent. The United Nations General Assembly and the South African Union held contradictory positions.

Thus, it is as member of the United Nations that the applicants made their opinions known. That is why the third and fourth objections raised by the South African Union highlights the issue of the conditions of existence of the international dispute and the admissibility of the application before justice.

The third objection challenged the existence of a dispute between the applicants and the Union, on the grounds that the dispute must be established prior to the introduction of the application²⁴. For the Union, a dispute, under the compulsory jurisdiction provision of Article 7 of the mandate, exist only when a « tangible » interest is at stake, that is to say a personal and direct interest of the applicant State or his nationals. However, the application had in sight, not interests of this nature, but the non-fulfilment by the South African government of its general obligations as mandatory towards the inhabitants of the territory under the Mandate and towards other ex-Member States of the League of Nations, as well as, its surveillance and control of the League obligations. According to the respondent, such obligations do not grant member of the League any rights of legal interest authorising an individual to resort to the jurisdictional provision of article 7 of the mandate.

The Court dismissed this third objection. From its view, the objections essentially put forth that the dispute submitted to the Court is not as stated in article 7 of the Mandate.

The Court recalls that article 7 mentions « any dispute, whatever » that arose between the mandatory and another member of the League of Nations. This statement is open, clear and precise and deals with all dispute relating to one or more provisions of the Mandate, whether related to the substantive obligations of the mandatory towards the inhabitants or towards other member of the League of Nations, or whether related to the obligation to stay under the League of Nation supervision or protection, provided for in Article 7. The scope and subject of these provisions indicate that members of the League had a right or a legal interest

24. South West Africa case, op. cit. (note 12), p.328

that the mandatory fulfills its obligations towards the inhabitants as well as towards the League of Nation and its members.

Whereas, Article 6 of the Mandate contains provisions dealing with the administrative supervision of the League, in fact, Article 7 introduces, with the express approval of the mandatory, the legal protection of the permanent Court. Obviously, the protection of the interests of the members is of high importance, but not more than the wellbeing and the development of the inhabitants²⁵. The Court concludes that, according Article 7, this is an actual dispute and the third preliminary objection shall be dismissed.

A literal interpretation of Article 7 of the Mandate “Any dispute whatever” enabled the Court to use this objection. One should recall that the judgment suggest that the respondent has a legal interest in having the Court adjudicating on the alleged violations of the Mandate. It is a fact that International law itself acknowledges the general interest of humanity, a protection interest of what we could call “International legality”.

Article 7 asserts the individual right of action of all members of the League of Nations on the basis of the provisions that the mandatory had expressly convened to. The Court would hold this Mandate as “an international engagement of general interest”²⁶. The dismissal of this pre-

25. See supra note 18

26. South West Africa case, op. cit., p.332: In the case of the Barcelona Traction Light and Power Co. The Court said in an obiter dictum: "an essential distinction must be drawn in particular between the obligations of States towards the international community as a whole and that which is born vis-à-vis another State within the framework of the diplomatic protection. By their very nature. The first concern all states. In view of the importance of the rights at issue, all States may be regarded as having a legal interest in the protection of these rights: the obligations in question are "erga omnes" obligations, ICJ Reports 1970.p.32. By these words, the Court accepts the notion of actio popularis in international law; the notion that it found in the second phase of the South West African case when it said: "Moreover, if viewed from another angle, this argument amounts to saying that the Court should admit some sort of actio popularis, or a right for each member of a community to bring an action in defense of a public interest. However, while it is possible for certain systems of domestic law to know this concept, international law as it currently stands does not know it and the Court cannot regard it as one of the general principles of law mentioned in the article. 38 (1) (c) of its Statute '. South West Africa affairs. Second Phase, 18 July 1966, ICJ Reports 1966.p.47

liminary objection has been heavily criticized²⁷. The fourth South African objection raised the important issue of the actuality of the dispute.

(ii) The actuality of a dispute

The actuality of a dispute occurs when the claimant makes diplomatic approaches to the respondent prior to the initiation of the proceedings. This is a condition of admissibility on litigious cases, whose aim is to make sure that the dispute is ripe for adjudication. The prior diplomatic negotiations was at the heart of the international arbitral procedure organization. Their role weakened with the advent of permanent Courts, often acting as an express condition of jurisdiction. The rule is set by some international conventions that evoke a diplomatic preliminary. The recognition of the customary practice is however doubtful in respect to international case law.

The fourth South African objection raised the issue of admissibility and challenged the actuality of the dispute. It says that “the alleged dispute or disagreement is, given its progress, unlikely to be settled through negotiations, according to article 7 of the South West Africa Mandate”²⁸.

Several negotiations had been going on for more than ten years in the United Nations General Assembly and diverse institutions between the applicant and other former members of the League of Nations having the same understanding on one hand, and the respondent on the other, but all of these negotiations stalled due to the attitude of the respondent. The latter argued that: “collective negotiations within the United Nations are different from direct negotiations between the applicant and the respondent and they never engaged in any direct negotiations”²⁹.

27. See the joint dissenting opinion of Judges Spender and Fitzmaurice and Judge Morelli; see also Ch. de Visscher, *op. cit* (note1), p.22, where the author says: "Where the judgment appears to deviate from the rules of procedure, it is when a general right to action concludes the existence of a justiciable dispute and the admissibility of the claim. The right to action is in itself only a legal power which remains in a state of simple virtuality as long as its owner has not fulfilled the procedural conditions to which the claim is subject. Among these conditions is first and foremost the manifestation of the antithetical attitudes of the parties to the proceedings, attitudes which can only be inferred from the direct confrontation characterized by the classical opposition of Claim and challenge".

28. Above mentioned cases, note 12.

29. *Ibid*

The Court will hear this fourth and last objection only to dismiss it. It stated that the fact that past collective negotiations stalled, which was clearly confirmed by the written and oral pleadings of the parties, leads to the conclusion that there is no hope that future negotiations will lead to a settlement.

As for the fact that there were no direct negotiations between the respondent and the applicant, the Court states that "when the mutual interests of States, be they part of an organized body or not, is at stake, there is no reason for any of them to comply with the formalism and the false pretense of a direct negotiation with the State they oppose, considering that they already took fully part in the collective negotiations"³⁰. What matters in this case is not the form of the negotiations but the attitude and the position of the parties on the fundamental aspects of the dispute. For the Court, given the nature of circumstances, parliamentary or conference diplomacy have proved to be the more effective in negotiations³¹. This new approach of the Court breaches with the classical interpretation of the prior diplomatic negotiation condition and avoid the direct relationship nature of the parties in the determination of a litigious case. It can cause confusion in the understanding of the legal dispute to the extent that conference diplomacy in full court can embrace

30. Ibid

31. On the notion of "parliamentary diplomacy" or "conference diplomacy", see the separate opinion of Judge C. Jessup in the same judgment (ICJ Reports 1962, pp. 433-436) which now explains a clause relating to prior recourse to diplomatic negotiations must be interpreted as "understanding what has been called parliamentary diplomacy, that is, the negotiation of solutions to international problems within the framework and through the channels of an organized institution, acting in accordance with established rules, as in the United Nations General Assembly, with its permanent missions and its special committees, are now part of the normal means of diplomacy, that is, of negotiation. "For a contrary view, see the joint dissenting opinion of Judges Sir Percy Spender and Sir Gerald Fitzmaurice (ibid., p.562). According to these judges, "These discussions are necessarily too general and too vague to constitute negotiations between the parties themselves, who then present themselves before the Court on a specific dispute separating them as States".

political as well as legal issues. States' representatives are all expected to be legal experts³².

The issue of the actuality of the dispute was also raised before the International Tribunal of the Law of the Sea in the Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of JOHOR³³.

In this case, Singapore (the respondent) pretends that Malaysia (the applicant) did not comply with its obligations, under paragraph 1 of article 283 of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982.

It reads "negotiations between the parties, of which article 283 of the Convention makes it a preliminary to the introduction of the dispute settlement compulsory procedures, defined at part XV of the Convention, have not taken place"³⁴.

The respondent asserts that referral to the Arbitral Tribunal (under annex VII of the Convention) by the applicant was premature since no exchange of views had taken place contrary to article 283 of the Convention. In paragraph 1, it reads: "When a dispute arises between States-Parties concerning the interpretation or the application of the Convention, the parties to the dispute shall proceed expeditiously to an exchange of views regarding its settlement by negotiation or other peaceful means". The applicant emphasised that on several occasions it asked for a meeting to be held to examine the concerns of each Party, in order to amicably resolve this dispute. It stated that the respondent, on

32. The conclusion of the joint dissident opinion of Sir Percy Spender and Sir Gerald Fitzmaurice (ibid p.563) should be considered. It reads: "We shall conclude by pointing out that requirements about "disputes" and "negotiations" are not mere technicalities. They appear in one form or another in virtually every adjudication clause that has ever been drafted, and for good reason. They are inserted purposely to protect the parties, so far as possible, from international litigation that is unnecessary, premature, inadequately motivated, or merely specious. Without this measure of protection, countries would not sign clauses providing for compulsory adjudication. This is an aspect of the matter to which we feel insufficient attention has been given".

33. Case Concerning Land Reclamation By Singapore In And Around The Straits Of Johor (Malaysia v. Singapore), order of 10 September 2003, ITLOS reports 2003, p.4; pp. 18-21; See also the separate opinions of judges Ndiaye pp.48 and following and Chandrasekhara Rao, p.36 and following; see also the Counter Memoirs of Singapore, Chapter 3 [Competence and Admissibility], p.23 and following, as well as the pleadings of Professor Riesman, ITLOS/PV, 03/02, 25 September 2003, p.m., available on the Tribunal website: www.itlos.org or www.tidm.org, case N° 12.

34. See Reply, paragraph 6.

several occasions, refused to proceed to consultations, demanding the adverse party to prove the relevance of its case, beforehand. There would then be a principle of prior exhaustion of negotiations, hence the in *limine litis* objection that bring about the issue of *actuality* of the dispute.

Difference of opinions arise between the parties on the exchange of views relating to the settlement of the dispute by negotiation or other peaceful means.

In its statement of claims, Malaysia states: “The correspondence demonstrates clearly the existence of a dispute between Malaysia and Singapore concerning the delimitation of territorial waters beyond the Straits of Johor and the impact of the land reclamation activities (at Tuas Reach, Pulau Ubin and Pulau Tekong) on Malaysian waters, coastlines and facilities and on the marine environment.

It further demonstrate that the exchange of views embodied in this correspondence has not produced and cannot be expected to produce a negotiated settlement. Indeed, Singapore even refuses to debate the issues at stake. In these circumstances, there is no point in any further exchange of views between the two States”³⁵. Malaysia declares that Singapore has rejected, on several occasion the request for a meeting of senior officials of the two countries be held on an urgent basis to discuss these concerns with a view to amicably resolving the dispute who replied that a meeting” would only be useful if the Malaysian government could provide new facts and arguments to prove this contention”, that Singapore thereby sought to be the judge of Malaysia's claims, and failed to show willingness to cooperate and negotiate³⁶ .

35. See Statement of claims of 4 July 2003, paragraph 20.

36. Following the submission of the statements of claim on 4 July 2003, there was a further exchange of correspondence between the parties [reproduced in Annex B to Malaysia's request for provisional measures]. There was also a further exchange of views at the Singapore meeting held on August 13 and 14, 2003, at the end of which, Malaysia informed Singapore in a note dated August 22, 2003, of the following: "At the end of the meeting held on August 13 and 14, the Malaysian delegation reserved the right to request the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS). Malaysia is nevertheless willing to attempt once again to settle the issues under consideration through consultation. To do this, however, it is essential that Singapore agree to postpone the continuation and completion of the reclamation works, particularly near Pulau Tekong. The Ministry of Foreign Affairs strongly believes that there can be no real negotiations on this point if, at the same time, Singapore is hastily completing the land reclamation, whatever their impact on Malaysia”

On the other hand, Singapore maintains that no substantive negotiations have taken place between the parties. It states that Malaysia filed its Statement of Claim abruptly, without first having given Singapore the opportunity to understand and address its specific concerns, and that Singapore sought particulars of Malaysia's complaints and that Malaysia had repeatedly stated that it would provide Singapore with the details of its complaints. It further points out that it was only on 4 July 2003 that Malaysia provided Singapore with the details of its concerns over the alleged adverse effects of Singapore's reclamation works, that on 17 July 2003 Singapore responded to Malaysia's concerns with substantial documentation relevant to Malaysia's expressed concerns, providing a comprehensive picture of its work projects and summaries of analyses, and expressing its willingness to engage in negotiations with Malaysia concerning any remaining unresolved issues, that the Singapore meeting was the first occasion that the two sides had to consider both Malaysia's concerns and Singapore's response, that this meeting had helped both Singapore and Malaysia to identify the issues that divided them as well as the issues on which their views converged, thus preparing the parties for the substantive stage of negotiations, and that Malaysia's concerns could "be accommodated through the process of negotiation"³⁷.

It is in this context that the International Tribunal for the Law of the Sea had to examine the issue of prior diplomatic correspondence. The Tribunal recalls that article 283 of the Convention applies "When a dispute arises" and that there is no controversy between the parties as to the existence of a dispute and that this article solely requires an expeditious exchange of views regarding the settlement of the dispute "by negotiations or other peaceful means". It indicates that the obligation to proceed "expeditiously to an exchange of views" applies to both parties to the dispute. After having examined the issues raised by both parties, the Tribunal ascertains that they had not been able to resolve the dispute or agreed on means to achieve it. In its view - recalling its jurisprudence - that "a State Party is not obliged to pursue procedures under Part XV,

37. Singapore further recalled the assurance given to Malaysia in its diplomatic note of 2 September 2003: "If the evidence were conclusive, Singapore would seriously review its work and consider taking any necessary and adequate measures, including suspension, to remedy the harmful effect in question

section 1, of the Convention when it concludes that the possibilities of settlement have exhausted”³⁸ and that “a State Party is not obliged to continue with an exchange of views when it concludes that the possibilities of reaching an agreement have been exhausted”³⁹.

According to the Tribunal, Malaysia was not obliged to continue with an exchange of views when it concluded that this exchange could not yield a positive result. It recalls the International Court of Justice statement that “neither in the Charter nor otherwise in international law is any general rule to be found to the effect that the exhaustion of diplomatic negotiations constitutes a precondition for a matter to be referred to the Court”⁴⁰. It is on the basis of the above that the Tribunal has rejected the objection raised by Singapore.

In addition to conditions similar to the actuality of the dispute, in that they ensure that the dispute is ripe to be ruled by the international Court or tribunal, there is absence of and related actions. Its application in international law is very rare due to its structure; moreover, the legal nature of this condition is questioned given that it has similarities with

38. Southern Bluefin Tuna case (Australia vs Japan ; New Zealand vs Japan), order of 27 august 199, paragraph 60 ; see website of the Tribunal : www.itlos.org.

39. Mox Plant case (United Kingdom vs Ireland), order of 3 December 2001, paragraph 60: <<www.itlos.org>>

40. Case Concerning the Land and Maritime Boundary between CAMEROON AND NIGERIA (CAMEROON/NIGERIA) preliminary objections, judgment, ICJ reports 1998, p. 303. Indeed, although the rule of prior exhaustion of negotiations exist in certain treaties, it is not compulsory in general international law. The international court of justice refused on several occasions to admit it. It even found, based on the States practice, that the application could be referred to the court it is submitted to while negotiations were still ongoing. In the Aegean Sea Continental Shelf case, the Court stated: “The Turkish Government's attitude might thus be interpreted as suggesting that the Court ought not to proceed with the case while the parties continue to negotiate and that the existence of active negotiations in progress constitutes an impediment to the Court's exercise of jurisdiction in the present case. The Court is unable to share this view. Negotiation and judicial settlement are enumerated together in Article 33 of the Charter of the United Nations as means for the peaceful settlement of disputes. The jurisprudence of the Court provides various examples of cases in which negotiations and recourse to judicial settlement have been pursued. Several cases, the most recent being that concerning the Trial of Pakistani Prisoners of War (I. C.J. Reports 1973, p. 347), show that judicial proceedings may be discontinued when such negotiations result in the settlement of the dispute. Consequently, the fact that negotiations are being actively pursued during the present proceedings is not, legally, any obstacle to the exercise by the Court of its judicial function”. (judgment, ICJ reports 1978, p.12, paragraph 29); See also case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua; competence and admissibility, judgment, ICJ, Reports 1984, p. 440, paragraphs 106 and 108

the competence in some of its aspects and with the admissibility in others⁴¹ .

In its judgment in the case concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia⁴², the Polish government instituted proceedings before the Mixed German-Polish Arbitral Tribunal for restitution to a private company of a plant it believed to have unjustly lost, required the Court to suspend its judgement until the rendering of the Arbitral Tribunal.

The Court noted that it was only used in pleadings and presumably for language commodity. However, if we wanted to assess this plea, according to generally admitted principles in *lis pendens*, the Court should come to the conclusion that it is ill-founded. Whether the *lis pendens*, whose goal is to prevent a conflict of jurisdiction, can be invoked in international relations, is a highly controversial issue in the jurisprudence of main States, given that judges of a State should refuse to study, in absence of treaty, cases pending before a foreign Tribunal, exactly as they would have the duty to do so if the case was, beforehand, referred to a domestic Tribunal.

According to the Court, this discussion will not be considered in this present dispute, because it is quite obvious that the main constituent elements of the *lis pendens* do not meet, in this case.

The two requests were not the same; the request, still pending before the German Polish Mixed Arbitral Tribunal of Paris pursue the restitution of the factory, unjustly seized, to a private company; on the other hand, the Permanent Court of International Justice's role is to interpret the pro-

41. As noted by Prof. Abi-Saab, *op. cit.*, p.116: "Lis pendence is similar to jurisdiction insofar as it has its origin in the judicial organization, presuming a competing jurisdiction of two or more Courts. In French law, *lis pendens* and interconnection belong to the same type (declinatory) but not to the same kind as the objections to incompetence, because they all relate to the judicial organization. This has led some authors to consider the objection of *lis pendens* as an objection of incompetence. On the other hand, *lis pendens* are similar to admissibility, particularly in international law, given the absence of a judicial organization in this area, because it does not present itself as a limit to the scope of the activity. In general or in a particular case, but rather as a condition for the exercise of this judicial activity ". See also, G. Tenekides, "the exception of *lis pendens* before international organizations", *RGDIP*, Vol. 36 (1929), pp. 505-527.

42. Case related to Certain German Interests in Polish Upper Silesia (competence), judgment of 25 august 1925, *PCIJ*, Serie A N°6, pp. 19-20

visions of the Geneva Convention. The litigants are not the same. Finally, the Mixed Arbitral Tribunals and the Permanent Court of International Justice are not bodies of same order; the same apply between the Court and polish Tribunal of Kattowice.

The objection of *lis pendens* has also been raised before the International Tribunal of the Law of the Sea by the French government in the “Camouco” case⁴³. France representative, M. Dobelle says: « I would like to raise a second issue concerning the examination of the request of admissibility regarding the exhaustion of local remedy. The domestic exhaustion of recourse rule, as laid down in article 295 of the Convention, is generally not a prerequisite to initiate a proceeding, under article 292. However, a domestic legal proceedings is presently pending before the Court of Appeal of Saint Denis de la Réunion and obtain the same results as the ones expected in this present procedure ».

The Tribunal notes that this argument maintains that the applicant therefore, is incompetent to invoke the procedure laid down in article 292 as "a second remedy" against a decision of a national Court and that the application clearly points to a "situation of *lis pendens* which casts doubt on its admissibility". The respondent points out article 295 of the Convention that deals with exhaustion of local remedy, while noting, that “the rule of exhaustion of local remedy, laid down in article 295 of the Convention, [should not be] regarded as a necessary prerequisite to initiate an action, under article 292 of the Convention.

In the view of the Tribunal, it is not logical to read the requirement of exhaustion of local remedies or any other analogous rule into article 292. Article 292 of the Convention is designed to free a ship and its crew from prolonged detention on account of the imposition of unreasonable bonds in national Courts or Tribunals, inflicting thereby avoidable loss on a ship owner or other persons affected by such detention. Equally, it safeguards the interests of the coastal State by providing for release only upon the deposit of a reasonable bond or other financial security determined by a Court or.

Tribunal referred to in article 292, without prejudice to the merits

43. The « Camouco » case (Panama vs France), prompt release, judgment of 7 February 2000, ITLOS Report 2000, Vol 4, pp. 10-76, see also ITLOS/PV.002 of 27 January 2000, lines 1-8.

of the case in the domestic forum against the vessel, its owner or its crew.

The Tribunal concludes that article 292 provides for an independent procedure and not an appeal against a decision of a domestic Court. No limitation should be read into article 292 that would go against its very subject and purpose. Indeed, article 292 allows the filing of an application for prompt release within a short period from the date of detention and it is not normally the case that local remedies could be exhausted in such a short period⁴⁴.

However, with the proliferation of international Courts and Tribunals, “lis pendens cases could be considered between international Courts of same order, the same applies to Courts instituted by a same Convention or by parallel Conventions. There would be reasons to justify objection of lis pendens on one hand, to avoid the useless competition of jurisdictional activities, on the other the necessity to prevent res judicata conflict. The applicant must establish the identity of the dispute by revealing the triple identity of the persons, the cause and the subject-matter and request for a review before the judge referred to in the first instance”⁴⁵.

b) Justiciability of a dispute

The justiciability refers to the ability for a dispute to be ruled according the principles of law. They are disputes related to disagreements on the application or the interpretation of the existing law⁴⁶. This ability of a dispute to be settled on this basis constitute a condition of admissibility of the litigation.

Article 38 of the ICJ Statute lay down that “the mission of the Court is to rule, in accordance with international law, disputes submitted to it” and article 40 states that “cases are brought before the Court, as the case

44. Ibid. pp. 28-29

45. Ch. de Visscher, op. cit., p 175.

46. Arbitrability refers to the compliance of a dispute with a compulsory arbitration undertaking. Max Huber describes as an arbitrable dispute, a dispute "subject to a decision on the basis of international law"; Prof. Max Huber's Arbitration Report dated April 27, 1924 in the case of claims for damages caused to British subjects in the Spanish zone of Morocco, RSA, Vol. II, p. 632.

may be, either by the notification of the special agreement or by a written application addressed to the Registrar; in both cases the subject of the dispute and the Parties must be indicated.

As stated by the Court, “the existence of a dispute is the first condition to exercise its judicial function”⁴⁷. This shows the importance of the characterisation of the dispute, which is a prerequisite, whatever the motivations of the Parties before bringing a procedure before the seized Court.

In the case relating to the Border And Cross Border Armed Conflicts⁴⁸, the Court points out that under Honduras's first objection to the admissibility, Nicaragua's application is a «politically-inspired, artificial application which the Court should not entertain consistently with its judicial character”; Honduras contends that Nicaragua is attempting to use the Court, or the threat of a litigation before the Court, as a mean to exert political pressure on the other Central American States.

In respect to the first aspect of this objection, the Court is aware that political aspects may be present in any legal dispute brought before it. The Court, as a legal organ, is however only concerned to establish, first, that the dispute submitted to it is a legal dispute, in the sense of a dispute likely to be by the application of principles and rules of international law, and secondly, whether the Court has jurisdiction to deal with it, and whether the jurisdiction is not fettered by circumstances, rendering the application inadmissible. The purpose of referral to the Court is the peaceful settlement of such disputes.

The Court's judgment is a legal pronouncement, and it cannot concern itself with the political motivation, which may lead a State at a particular time or in particular circumstances, to choose judicial settlement. Honduras' objection, based on an alleged political inspiration of the proceedings, cannot therefore be upheld.

The existence of a legal dispute is determined after examinations of the positions of both Parties. Through bilateral or multilateral diplomatic

47. See *Nuclear Tests Cases*, Judgment of 20 December 1974 (*Australia v. France*), ICJ Reports 1974, p.271, paragraph 55.

48. *Case concerning Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment of 20 December 1988, ICJ Reports 1988, p.91, paragraphs 51-52

talks, their respective pleadings, interpretation of the qualifications, previous jurisdictional acts or relevant circumstances of the case, given that the Court always seeks to, objectively, determine the existence or not of a dispute, to exercise or not its judicial function.

The issue of justiciability of a dispute was frontally raised by the ICJ in the *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua* case⁴⁹.

The Court considers it appropriate to deal with the preliminary issue relating to the justiciability of a dispute, referred to by Nicaragua. In its counter memorials on jurisdiction and admissibility, the United States has raised several questions in order to have the Court declare the application inadmissible.

It considers, notably, that complaint about the use of armed forces is of another judicial body exclusive jurisdiction and particularly, the Security Council, under the UN Charter and general practice; and the Court could not determine effectively the “ongoing armed conflict” with the use of the armed forces in violation of the UN Charter, without falling outside of normal judicial activity. In its judgement of 26 November 1984, the Court examined and rejected the claims, and the United States that did not take part to the proceedings, did not come with new arguments. It appears, however, that after the Court’s examination on the merits, circumstances may exist that could cause the dispute or issues of use of force and collective self-defense, to be non-justiciable.

In first instance, it was argued that the present dispute should be declared non-justiciable because it does not constitute a “Legal dispute” under article 36, paragraph 2 of the statutes. It is clear that under this provision, the jurisdiction of the Court is limited to «Legal dispute», having as subject any listed matters. The issue of knowing whether a dispute between two States constitutes or not a «legal dispute» can itself bring about a dispute between the two States. If this is the case, the Court has to adjudicate, as laid down in paragraph 6 of article 36. On this particular issue, the Parties seems to agree upon.

During the procedure related to the jurisdiction and admissibility issues, the United States have raised several issues in order to bring the

49. *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua case (Nicaragua vs United States of America)*, merits, judgment of 27 June 1986. P.14, pp. 26-28, paragraphs 32-35.

Court to conclude that it had no jurisdiction or the application was inadmissible. They relied upon the reservations on their own declaration of acceptance of the jurisdiction, under article 36, para 2, without ever raising the strongest argument that the declaration is non-applicable because the dispute Nicaragua referred to is not a “legal dispute” under this paragraph. As for the admissibility, the United States have raised an objection against the application of article 36, paragraph 2, not on the grounds that this is not a “legal dispute” but on the issues that Nicaragua requests are of political organs, under the UN Charter, which the Court expressly rejected in its judgement of 26 November 1984⁵⁰.

Moreover, if the United States contended that the nature of judicial function prevents the Court to examine the merits of Nicaragua’s allegations – arguments rejected by the Court⁵¹ – they did not question the relevance of the international law or its applicability to a dispute of this nature.

In short, there is no reason for the Court, according to the United States, to consider this present dispute out of the “Legal dispute” category, under article 36, paragraph 2 of the statutes. It must then consider the Nicaragua’s application, in light of applicable international law.

The issue of use of force and collective self-defense raised in the proceedings are, without a doubt, ruled by international customary law, as well as the treaties and particularly the UN Charter. It was however, asserted, for another reason, that issues of this nature are non-justiciable and not of the matters dealt with by the Court. The argument of collective self-defense raised as justification of their actions towards Nicaragua, would oblige the Court to determine if the United States had the right to use force to counter a foreign intervention in El Salvador.

To achieve this, the Court should express its views on the military and political aspects but not on an issue that could be, by nature of those likely to be usefully dealt with by the Court.

As the Court further exposes, in the circumstances alleged by the United States, it is the exercise of a collective self-defense that is questioned. The issue of the legality of a reaction to the threat of an armed

50. ICJ Reports 1984, pp. 431-436.

51. Ibid. pp. 436 - 438

aggression that has not yet occurred has also been raised. The Court must determine whether the aggression actually occurred, if this is the case, were the measures taken as argument of self-defense, a reaction justified by the collective self-defense. To answer the first question, it is not necessary for the Court to determine whether the United States or the attacked State was pushed to retaliate.

If it decides that an armed attack occurred, and in order to rule on collective self-defense issues and the type of reaction, it will not be necessary to give military appreciations. Therefore, the Court can, in this regard, come to the conclusion, that self-defense issues fall within its jurisdiction and is capable to rule. It appears that Court has jurisdiction to determine the judicial aspects of a dispute likely to present multiple facets and would only stick to the legal examinations and appreciations.

2. Conditions relating to the validity of the proceedings

The admissibility conditions are related to the judicial organization. The jurisdiction requirements, forms and delays, or those related to the claim are sometimes subject to inadmissibility, which affect the proceedings due to the non-observance of principles or the rules of the procedure. It is the formal conditions of admissibility and conditions of admissibility of international complaints for illegal acts.

a) General formal conditions: forms and time limits

(i) Forms

The formal conditions of admissibility depends on each Court or Tribunal⁵². They are part of the proceedings, initiated before the body, whose goal is to assert a challenged right. They are successive procedural steps, from the introduction of a request to the rendering of judgments or orders for removal in case of a withdrawal of action.

52. See for instance, The European Convention on Human rights: art.2; Rules of the Human Rights Commission: art. 47, paragraph 1, International Law Commission, articles on international responsibilities project (2001 version): Art 45.

The international proceedings are not formalistic and admissibility requirements are not of decisive importance. Indeed, "it is not necessary for the Court having international jurisdiction to give forms the same importance as in municipal law"⁵³.

Under article 40, paragraph 1 of the ICJ Statute, disputes brought before the Court are instituted either by written application or by notification of a special agreement written to the Registrar, in either case, the subject of the dispute and the parties must be indicated. The provisions of forms are related to the referral through means of application.

Article 38 of the ICJ Regulations states that:

" 1. When proceedings before the Court are instituted by means of an application addressed as specified in Article 40, paragraph 1, of the Statute, the application shall indicate the party making it, the State against which the claim is brought, and the subject of the dispute.

2. The application shall specify as far as possible the legal grounds upon which the jurisdiction of the Court is said to be based; it shall also specify the precise nature of the claim, together with a succinct statement of the facts and grounds on which the claim is based"⁵⁴.

It must be recalled that the Court has not yet refused to examine the merits of a dispute on form reasons. It has not also received to this day, an objection relating to an irregular act of procedure. In the case of Northern Cameroon, it states:

: "The Court cannot be indifferent to any failure, whether by applicant or respondent, to comply with its rules which have been framed in accordance with Article 30 of its Statute. The Permanent Court of International Justice in several cases felt called upon to consider whether the formal requirements of its rules had been met. In such matters of form it tended to "take a broad view". (The "Société Commerciale de Belgique", P.C.I. J., Series A/B, No. 78, p. 173.) ... if there were no other reason which in its opinion would prevent it from examining the case on the merits, it would not refuse to proceed because of the lack of what the Permanent Court in the case of the Interpretation of the Status of the Memel Territory, called a "convenient and appropriate method in which to bring the difference of opinion before the Court" (P.C.I. J., Series A/B,

53. *Mavrommatis Palestine Concessions Case*, op. cit. p. 34.

54. See also the Statutes of ITLOS, article 24, paragraph 1 and the articles 54 and following of the rules.

No. 49, p. 311)⁵⁵.

Moreover, the Court can ignore the form imperfections of acts submitted to it as indicated in previous judgements⁵⁶.

(ii) Time-limits

The issue of time limits regards, for the most, pleadings during a procedure. The procedure of permanent Courts do not impose a time limit for the submissions of the document instituting proceedings. However, time limit is set for a series of acts and incidental proceedings. These texts suggest that the Courts and Tribunals set time limits for the introduction of some procedural acts: particularly, those relating to the written proceedings⁵⁷. This is because the Courts and Tribunals determine the way they exercise their functions. They organize their proceedings as prescribed by their respective status⁵⁸.

As regards to time limits, the international jurisdictional procedure is also not formalistic. The equality of parties is guaranteed by the Courts or Tribunals without frills.

In the *Losinger and Co* case, the applicant, Switzerland, invoked “the invalidity, for reasons of forms of the document submitting the Yugoslav government’s objection”:

(1) only one copy of the document submitting the objection was filed within the prescribed time-limit; fifty printed copies were not filed till after the expiry of the time-limit ; hence, the Yugoslav Government failed to comply with the provisions of Article 40, paragraphs I and 4, of the Rules of Court now in force ;

55. Northern Cameroon case, op. cit., pp. 27-28.

56. *Mavrommatis Palestine Concessions Case*, op. cit. p. 34. ; *Certain German Interests in the Polish Upper Silesia case*, op. cit. p.14; the interpretation of judgments N° 7 and 8, PCIJ, series A N° 13 (1927), p.16.

57. Appeals from the judgments of the Hungaro-Czechoslovak Mixed Arbitral Tribunal is the unique case brought before the Court PCIJ where a preliminary objection of inadmissibility based on the non-observance of the prescribed time limit to introduce an appeal. Due to the withdrawal of the claimant, Tchecoslovakia, the Court could not adjudicate on this objection. See, PCIJ, series A/B, N°56 (order of 12 may 1933), p. 162

58. See regarding ITLOS, the United Nations Convention for the Law of the Sea: art. 290 (provisional measures); art 292 (prompt release); Statutes: art. 16; art. 27; adopted on 28 October 1997: art. 46; art. 54; art. 59; art. 61; art. 69; art. 89; art. 90; art.96; art. 97; art. 98; art. 99; art. 103; art.110; art. 111; art. 112.

(2) The Yugoslav Government's objection was not submitted within the time-limit originally prescribed for the filing of the Counter-Memorial, but only within the time-limit as fixed after two extensions had been granted by the Court at the request of the said Government ; the latter thus acted in conflict with the spirit of Article 38 of the Rules of Court in force prior to 11 March, 1936, and of Article 62, paragraph I, of the Rules now in force; when the period within which a preliminary objection must be filed was defined in those Articles, what was meant was only the time-limit originally fixed by the Court and the definition did not cover "extensions subsequently granted by the Court to a party"⁵⁹ ;

Whereas, as a matter of fact, the document submitting the objection was accepted by the Court and formed the subject of an Order made by the President, followed by written and oral proceedings ;

whereas the question raised by the Swiss Government is one that concerns the organization and internal administration of the Court, rather than the rights of the parties ; and whereas, in any case, the Court would have power under paragraph 4 of Article 37 of its Rules to decide, in certain circumstances, that "a proceeding taken after the expiration of a time-limit shall be considered as valid" ;

Specifically, in regard to the first of the reasons advanced by the Swiss Government, both the consistent practice of the Court and the history of Article 40 of the Rules point to the conclusion that the words "document of the written proceedings" as used in this Article refer only to the Memorial, Counter-Memorial, Reply and Rejoinder (Art. 43 of the Statute; Art. 41 of the Rules), and do not cover documents instituting proceedings, whether applications or special agreements ; this interpretation is also deducible from the context (Art. 39, para. 4, of the Rules) and from the position of Article 40 in the Rules; and whereas, in the Court's practice and in accordance with the principles laid down for keeping the General List (Art. 20 of the Rules), documents submitting preliminary objections are, for the present purpose, assimilated to documents instituting proceedings;

As to the second reason adduced by the Swiss Government, a time-limit which has been extended is, in principle, for all purposes the same

59. Losinger and Co case, preliminary objection, order of 27 June 1936, PCIJ, Series A/B, N° 67 (1936), p.22.

time-limit as the time-limit originally fixed;

b) Conditions of admissibility of international claims for illegal actions

(i) Nationality of the Claimant

Diplomatic protection can be extended to any physical or moral person having the nationality of the Claimant State. This is specified in the Panevezys-Saldutikis case: “in taking up the case of one of its nationals, by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own right, the right to ensure in the person of its nationals respect for the rules of international law. This right is necessarily limited to intervention on behalf of its own nationals because, in the absence of a special agreement, it is the bond of nationality between the State and the individual which alone confers upon the State the right of diplomatic protection”⁶⁰.

Each State has the sovereignty to determine the conditions for subjects of law under its authority, to acquire or lose nationality. This is an exclusive competence. As stated by the permanent Court “In international law, issues of nationality are in the view of the Court, under the exclusive competence of the State”⁶¹.

This opinion was confirmed by the International Court of Justice in the Nottebohm case: “international law leaves it to each State to lay down the rules governing the grant of its own nationality”⁶². However some objections are raised in the exclusive competence principle.

First, the control of the judge verifying if the claimant actually possesses the nationality he claims to possess. The International court of

60. The Panevezys-Saldutikis case, order of 28 February 1938 (Estonia vs Lithuania), PCIJ, Series A/B, N°74, p.28.

61. Advisory opinion of 7 February 1923, related to the Nationality Decrees (of Tunis and Morocco) Case, PCIJ, Series B, N°4, p.24.

62. The Nottebohm case, second phase, judgment of 6 April 1955, ICJ Reports 1955, p.23 ; the Arbitral Tribunal entrusted with deciding the dispute concerning the Filleting within the Gulf of St. Lawrence recalled “ that the right for a State to determine through its legislation, the conditions of registration of vessels and fishing boats in particular, is under the exclusive competence of this State”. Award of 17 July 1986, paragraph 27; see also the “SAIGA” case (N°02) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), judgment of 1 July 1999, ITLOS Reports 1999, pp. 47-48, paragraphs 103-109; See also the dissident opinion of judge Tafsir Malick Ndiaye of the same case, pp. 234-257.

justice decided on this aspect that:

“In order to decide upon the admissibility of the application, the Court must ascertain whether the nationality conferred on Nottebohm by Liechtenstein by means of a naturalization which took place in the circumstances which have been described, can be validly invoked as against Guatemala, whether it bestows upon Liechtenstein a sufficient title to the exercise of protection in respect of Nottebohm as against Guatemala and therefore entitles it to refer to the Court a claim relating to him. The Court decided on the sole issue that whether the nationality given to Mr. Nottebohm, can be invoked against Guatemala to justify the present procedure. It must resolve this issue on the basis of international law, which is in accordance with the nature of the issue and the mission of the Court”⁶³.

Then, the exclusive competence of the State regarding the attribution of the nationality has another objection, in that a State is not bound to recognize a nationality granted in violation of international customary law, particular Conventions or principles agreed upon, in this matter⁶⁴.

“Naturalization was asked for not so much for the purpose of obtaining a legal recognition of Nottebohm's membership in fact in the population of Liechtenstein, as it was to enable him to substitute for his status as a national of a belligerent State that of a national of a neutral State, with the sole aim of thus, coming within the protection of Liechtenstein but not of becoming wedded to its traditions, its interests, its way of life or of assuming the obligations, other than fiscal obligations, and exercising the rights pertaining to the status thus acquired. Guatemala is under no obligation to recognize a nationality granted in such circumstances. Liechtenstein consequently is not entitled to extend its protection to Nottebohm vis-à-vis Guatemala and its claim must, for this reason, be held to be inadmissible”⁶⁵.

63. Above mentioned Nottebohm case, ICJ Reports 1955, pp. 16-17.

64. In the opinion related to the acquisition of the Polish nationality, the Permanent Court indicated that the principle « are only applicable subject to the conventional commitments” subscribed by the State: see PCIJ, opinion of 15 September 1923, Series B, N°7, p.16; the same rule is enounced in article 1 of the Hague Convention of 12 April 1930 related to certain questions on conflicts of nationality law: “Each states determines by its legislation who are its nationals. This legislation must be accepted by other States, provided that it complies with international Conventions, the international customary law and the general principles of nationality laws.”

65. The Nottebohm case, op. cit. p.26

Regarding the moment the nationality of the applicant can be appreciated for the claim to be admissible. A local application must be national when initiated from the outset, which is to say that the applicant must possess the nationality of the applicant State at the date of occurrence of the illegal act⁶⁶.

As for the continuity of the nationality, even if it is sufficient to link the admissibility of the claim to its endorsement of the Claimant State before the international Court or Tribunal, the uninterrupted possession of nationality rule, from the illegal act to the final decision or the closure of debate, is raised⁶⁷.

(ii) Exhaustion of Domestic Remedies

The purpose of this rule is to balance between the sovereignty of States and the requirements of international law. The diplomatic protection is an exceptional mean that can initiate an international procedure but only after exhaustion of domestic remedies. The rule is an objection of admissibility at the disposal of the Claimant State, which can be invoked in *limine litis* at the beginning of the proceedings.

That is to say that the applicant can apply for protection from his State only if, beforehand, all the domestic remedies, at his disposal, in the judicial system of the State, he is seeking reparations, have been exhausted.

In the *ELSI* case, the International Court of Justice draws out the intrinsic character of the rule. It states: "... the local remedies rule does not, and indeed cannot, require that a claim be presented to the national Courts in a form, and with arguments, suited to an international Tribunal, applying different law to different parties: for an international claim to

66. The above mentioned *Panevezys-Saldutikis Railways* case.

67. In the case of British claims for damages in the Spanish zone of Morocco, the arbitral award rendered on May 1, 1925, by Prof. Max Huber, states: "It is a well-established principle of international jurisprudence that a complaint must be national from the point of view of the Claimant State from the outset until it is presented as a claim under international law. By presentation, one must understand not only the first presentation through the diplomatic channel, but all the acts by which the claim is sustained on the basis of international law. It follows that the national character of the claim must exist up to the time of judgment or at least until the close of the proceedings". *RSA*, Vol. II, p.706. With regard to the change of nationality, and the question of legal persons, see Ch. Rousseau, *op. cit.* (Note1), pp. 121-15.

be admissible, it is sufficient if the essence of the claim has been brought before the Tribunals having jurisdiction and pursued as far as permitted by local law and procedures, and without success”⁶⁸. The prior exhaustion of domestic remedies is, thus, regarded as a condition for the admissibility of the application.

(iii) The behavior of the Claimant in domestic law

The foreigner has right to the national legislation of the country of residence. However, he must abide by the rule and law of that country. The violation of the rule and law by the foreigner would be the cause of an inadmissibility of its claim. His behavior must not contribute to the damages he suffered and for which he is trying to get reparations: ignorance of the domestic legislation; negligence; interference into the affairs of the welcoming State; political unrest, holding of a political office abroad, etc⁶⁹.

These are the essential conditions of admissibility of a contentious action, which is a legal power, granted to subjects of law, to refer the judge. However, his holder must fulfill the procedural conditions to which the application is subjected to.

68. The case concerning ELETTRONICA SICULA S.p.A. case (ELSI), United States of America v. Italy), judgment of 20 July 1989, p.46, paragraph 59; See also the “SAIGA” case (N°2), op.cit., pp 43-47, paragraph 89 to 102. See also, the second report of the Special Rapporteur of the ILC, J. Dugard on diplomatic protection, Doc. A/CN, 4/514, 53rd session (April-August 2002).

69. There are other factors that affect the admissibility of claims in the bringing into play of international responsibility for injured individuals. First, the waiver which means the will to abandon a claim. It must emanate from the State alone the holder of the right of action. The disclaimer appears as a variant of the waiver in that it terminates the proceeding by the plaintiff's will or action by him. Then there is the transaction, often conventional, the object of which is to amicably settle the dispute and extinguish the complaint thus rendering the action of the plaintiff inadmissible. The transaction can occur before the opening or during the course of the procedure. After that, there is res judicata between the parties to the settled dispute which is binding on the nationals of the States in question and which would therefore render inadmissible an action for diplomatic protection for the case in which the rule is applicable and on the points decided by the definitive jurisdictional decision. Finally, there is the extinctive or discharging prescription which arises when a long time elapses between the moment of the occurrence of the damage and that of the presentation of the claim. The question of whether the extinctive or terminating prescription of the international action for damages must apply or not falls within the discretion of the judge. This is why the principle has given rise to numerous and varied jurisprudential solutions but also to very scholarly doctrinal controversies

II. Admissibility of the Application

The application or legal action is a procedural act by which a State refers to the international Court or Tribunal to seek from it the enforcement of a right, which is denied. The initiation of proceedings has two closely related aspects that, nevertheless, have to be distinguished.

On one hand, there is the instrumentum, which is a written document, subject and giving effect to predetermined prescriptions of form such as, the Claimant party and the Respondent party; the subject-matter of the dispute; signature of the original application by the agent or diplomatic representative in the country having jurisdiction; the enrolment of the application, etc. It shall obtain the trace of the agreement of goodwill, which is the results of compromise and the manifestation of goodwill of the State initiating proceedings in the case of a unilateral referral to the Court, by means of an application.

On the other, the application is also a negotium, which is the core substance of the act. It is the agreement of goodwill between the parties to a compromise or the manifestation of goodwill of the State initiating proceedings in the case of a unilateral referral to the Court. "Application" or claims that the parties or the Claimant submits to the decision of the judge are contained in the negotium. The law claims of the parties seeking from the judge the enforcement of a right are recorded in their respective reports laying down the positions of the parties, and on the basis of which the Court adjudicate on the dispute. The distinction between the instrumentum and the negotium is of great importance for the interpretation of the jurisdictional act⁷⁰.

In a procedure introduced by means of an application, it is the sub-

70. See Brierly, Report on the law of Treaties, doc. A / CN4 / 32, ILCYB, 1950, Vol. II, p.298, paragraph 30 where the author comments on the distinction. He says: « A certain linguistic difficulty must, therefore, inevitably pervade the framing of rules for conclusion of treaties. This is specially the case when the term "treaty" is used primarily to connote the instrument or document embodying a binding agreement than the agreement itself ... It is innocuous provided that it does not obscure the real nature of treaty which is legal act or transaction rather than a document". In the same vein, see Sir Gerald Fitzmaurice, Report on the law of treaties, Doc. A / CN4 / 101ILCYB, 1956, Vol. II, art. 14, comment No. 24: "considered as a text, the treaty is a document rather than a legal act or transaction. This ambiguity appears every time we talk about treaties because a treaty is both a document that states an agreement and that agreement is itself. In the first sense, it may have been dealt with, even if the treaty is not in force or has ceased to be in force (that is, although there is no agreement as a legal agreement).

missions of the parties that give the judge the terms of reference to adjudicate. However, in the case of a referral to Court through notification of a special agreement, "it is rather to the terms of this agreement than to the submissions of the Parties that the Court must have recourse in establishing the precise points which it has to decide"⁷¹ .

To be admissible, the application is subject to conditions of existence of the right to initiate legal action and the exercise of it.

1. The conditions of existence of right of action

The general conditions of the right of action are the interest, the standing and the diplomatic preliminaries under the traditional presentation.

a) Actionable interest

The necessity of an interest is a traditional requirement in domestic law. One can cite these famous sayings: "Interest measures action" or "No interest, no action". In the legal system, the admissibility of a legal action is subject to the existence of an interest.

However, the nature of the interest required to support the application, particularly in international law has been a matter of controversy⁷² . The interest has sometimes been perceived as having a purely procedural nature, which is to obtain from the Court a decision on the merits. If the interest plays a key role in domestic law, where it constitutes a condition to initiate the legal action, it is because domestic legal systems do not use the notion of dispute, which is fundamental in the international jurisdictional procedure⁷³ .

Nevertheless, in order ultimately to ensure the validity of the agreement, it is essential that it be drafted, established and authenticated by the proper means and forms. Indeed, if in law the text does not itself constitute the agreement, it is at least the indispensable and generally unique proof of the content of the agreement. The primary value of the text of a treaty only in itself, therefore, is its value as proof. The text must therefore prevail and, for that reason, fulfill certain conditions in terms of form and method " .

71. The « LOTUS » case, judgment of 7 September 1927, PCIJ, Series A, N°10, p.12

72. See G. Abi-Saab, *op. cit.*, pp. 130-145.

73. See the separate opinion of judge Morelli in the Northern Cameroon case, *op. cit.*, pp. 131-132.

According to judge Morelli, the International Court of Justice:

“This Court cannot exercise its function in contentious proceedings if a dispute does not exist between the parties ... However, in the case of an international dispute, if such a dispute exists - and it has already been said that the existence of a dispute constitutes in itself a condition on which the possibility of a decision on the merits is subordinate - it is clear that in any case each party has an interest in the settlement of the dispute. The interest in securing a decision on the merits is “*in re ipsa*”, because it is a necessary consequence of the very existence of a dispute. It is thus apparent that the concept of interest in bringing an action has no place of its own in the international proceedings”⁷⁴ .

There is no doubt that the existence of a dispute is a preliminary condition to the exercise of all contentious jurisdiction in the international procedure. However, the conception of the interest of the eminent judge reveals a confusion between the action and its condition of existence.

Admittedly, the interest is the primary condition of admissibility of the application before the international Courts and Tribunals, as it is before the domestic Tribunals. The applicant must, therefore, establish the existence of the interest to be protected so that the Court can take its decision on the merits. In that, the interest is an important requirement of admissibility of the action in the international procedure.

Neither the statutes, nor the ICJ rules mention the interest to act as a condition of admissibility of the application. It is the jurisprudence of the Court that sets the regime.

In the Northern Cameroon case (preliminary objections), the United Kingdom asserted that a member of the United Nations, not taking part to the Trusteeship Agreement on Cameroon has no “legal interest” to introduce an action against the manner which the United Kingdom fulfilled its obligations others than those particularly specified in the Trusteeship Agreement in favor of a third State and its nationals⁷⁵. Cameroon, for its part, asserted that it, not only had, sufficient legal interest

74. Ibid

75. ICJ, Reports of Memoirs, 1963, p.56 and following.

to proceed in Court as a member of United Nations but also had “a more personal, direct and infinitely more precise interest than any States of Europe, Africa, Asia and America would have”⁷⁶ .

The Court admitted the admissibility of Cameroon application after having recognized its individual interest, particularly that “ the indisputable fact that if the results of the plebiscite in the Northern Cameroons had not favoured joining the Federation of Nigeria, it would have favoured joining the Republic of Cameroon... ”⁷⁷.

However, the Court refused to adjudicate on the merits of Cameroon’s application. It has not accepted the argument that the interest invoked by the applicant was a legal interest, likely to give a judicial decision. In the South West African case (preliminary objections), the South African Union invoked the absence of actionable interest to contest the admissibility of the applications introduced by Ethiopia and Liberia.

Its third objection asserted that the dispute submitted to the Court is, because of its nature and content, not a 'dispute' as envisaged in Article 7 of the Mandate for South West Africa, more particularly in that no material interests of the Governments of Ethiopia and/or Liberia or of their nationals are involved therein or affected thereby ”⁷⁸.

The Court will decide that this constitute a dispute as stated in article 7 of the Mandate and that the objection must be rejected⁷⁹ . In its decision on the merits of the same case, it says:

“...States can appear before the Court only as litigants in a dispute with another State, even if they only seek to obtain a declaratory judgment. The moment they so appear however, it is necessary for them, even for that limited purpose, to establish, in relation to the defendant party in the case, the existence of a legal right or interest in the subject-matter of their claim, such as to entitle them to the declarations or pronouncements they seek: or in other words that they are parties to whom the respondent State is answerable under the relevant instrument or rule of law ”⁸⁰.

76. Ibid. P. 346.

77. Northern Cameroon Case, *op. Cit.*, judgment, p.28

78. South West Africa case, *op. cit.*, Reports 1962, p.327.

79. Ibid. P.343. See *Supra*, first part, paragraph 1 on the existence of a dispute and the Court’s reasoning.

80. Judgment of 18 July 1966 (merits), ICJ Reports 1966, p.34.

Thus, the Court will refuse to give effect to the Ethiopian and Liberian applications. It will precise, in addition, that the existence of a dispute does not prevent the applicant from the justification of a right or a legal interest, in regard to the subject of the application, even if this dispute, as it is, is of those the Court has jurisdiction, set out by a clause of jurisdiction. The existence of a dispute, according to the Court, simply establishes, in this case, that it has jurisdiction. It does not necessarily give evidence that the applicant has sufficient interest for it to decide on the merits⁸¹ .

The settlement of this South West Africa case reveals a contradiction from its part.

In its judgement of 21 December 1962, it rejected the third objection after a summary examination on the merits which dealt with the existence of substantive rights that the applicant pretended to have as a former member of the League of Nations, in regards to the subject of their applications. Indeed, referring to article 7 of the South West Africa Mandate of the League of Nations, the Court stated in 1962 that: “ the manifest scope and subject of the provisions of this Article indicate that the Members of the League were understood to have a legal right or interest in the observance by the Mandatory of its obligations both toward the inhabitants of the Mandated Territory, and toward the League of Nations and its Members”⁸² .

In the 18 July 1966 judgment (merits), the Court concludes: “ In the light of these various considerations, the Court finds that the Applicants cannot be considered to have established any legal right or interest appertaining to them in the subject-matter of the present claims, and that, accordingly, the Court must decline to give effect ”⁸³ .

To justify its position, the Court in its 1962 judgement simply found that it had jurisdiction to adjudicate upon the merits and did not decide on the admissibility of the application⁸⁴ . It will distinguish the standing of the applicant from their capacity to refer to the Court. Examining the issue of the standing, it will state that “it remained for the Applicants,

81. Ibid. pp. 37-42.

82. ICJ Reports 1962, p.343.

83. ICJ Reports 1966, p.51.

84. Ibid. pp. 42-43.

on the merits, to establish that they had this right or interest in the carrying out of the provisions which they invoked, such as to entitle them to the pronouncements and declarations they were seeking from the Court”⁸⁵.

The Court, in that respect, decided that the system of Mandates bases the right of action of Member States of the League of Nations only on their direct and personal interests but not on the general interest to the fulfilment of these obligations imposed to the mandatory. One can understand why the ICJ courtroom has been deserted for years after this judgement.

As for the appreciation of the interest of the applicant in intervention⁸⁶, it is very different. “In under any form, the interest of the intervention is submitted to the authority of the Court. The nature of the intervention is an incidental procedure that implies the interference of a third in the ongoing proceedings, which can only be justified by the existence of connexion between the subject of the main proceedings and the interests of the one requesting intervention⁸⁷. ”Article 62 and 63 of the Statutes and articles 81 and 82 of the Rule of the ICJ admit the procedure of intervention before the Court and set out two distinct cases of intervention. In the first case, the applicant “believes that a legal interest is at stake in this dispute”. In the second case, the procedure of intervention

85. Ibid. P.38, Where it has been argued that States may request that a general principle be observed and that they may have a legal interest in claiming before the Court respect for a principle of international law in the absence of any pecuniary damage, the Court will retort that: "without seeking to discuss to what extent and in what circumstances this may be true, it will suffice to point out that if the Court finds in this case that the plaintiffs could not have had legal rights or interests in with regard to the provisions of the Mandate relating to special interests, it is not for the sole reason that their object is concrete and tangible. Similarly, if the Court finds that the claimants do not individually have as States any legal rights or interests in the management provisions, it is not because such rights or legal interests would not have tangible concrete object. The Court simply holds that these rights or legal interests can only exist if they have been clearly conferred on those claiming them by a text, an instrument or a rule of law, and that in the present case there has never been conferred on individual Members of the League, either by one of the relevant instruments or within the general framework of the system of mandates or otherwise ". see ICJ Reports 1966, pp.32-33.

86. As stated by the permanent Court, « it is based on the legal interest alleged by the intervenor; and the Court may welcome it only if it believe the existence of this interest is justified”. The “Wimbledon” case (judgment of 28 June 1923), PCIJ, Series A, N°1, p.12.

87. Ch. de Visscher, op. cit. (Note 1), p.66

is open to all States that took part to the dispute adherent to the Convention, the interpretation of which is questioned. This intervention constitutes a right.

In the S.S Wimbledon case, Germany having rejected the Claimant's right to refer to the Court against it, they replied that "the four powers who submitted the application should enjoy the right of free passage through the Kiel Canal as well as the fulfilment of the Treaty of Versailles provisions".

Regarding the admissibility of the application in the terms submitted to the Court – the respondent relied on his own interpretation – the permanent Court welcomes it without hesitation. It states:

"The Court has no doubt that it can take cognizance of the application instituting proceedings in the form in which it has been submitted. It will suffice to observe for the purposes of this case that each of the four Applicant Powers has a clear interest in the execution of the provisions relating to the Kiel Canal, since they all possess fleets and merchant vessels flying their respective flags. They are therefore, even though they may be unable to adduce a prejudice to any pecuniary interest, covered by the terms of Article 386, Paragraph I of which is as follows:

"In the event of violation of any of the conditions of Articles 380 to 386, or of disputes as to the interpretation of these articles, any interested Power can appeal to the jurisdiction instituted for the purpose by the League of Nations⁸⁸ ."

As for the international Court of justice, it rejected most of the intervention requests for lack of legal interest of the States concerned⁸⁹ . However, in the Haya de la Torre case, where the Cuban government referred an intervention application to the Court that was highly challenged on the grounds that this is a remedy attempt against the judgement of the Court related to the Asylum case of 20 November 1950.

88. PCIJ, Series A, N° 1 (17 August 1923), p.20.

89. It is the case of Malta in the Tunisia-Libya continental shelf case, judgment of 14 april 1981, ICJ Reports 1981, p.19; as well as Italy in the Libya-Malta Continental Shelf case, judgement of 21 March 1984, ICJ Reports 1984, pp. 1-28; also El Salvador in the Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua case; claim deemed inadmissible at this stage, order of 4 October 1984, ICJ Reports 1984, p.215; and finally it is the case of Philippines in the Sovereignty on Pulau Ligitan and Pulau Sipadan case, judgment of 23 October 2001, pp. 2-33, paragraphs 1-95.

The application was accepted. The Cuban government justified his application by the necessity for the Court to interpret a new aspect of the Havana Convention that was not taken into account in the 20 November 1950 judgement. The Court decided that, within these limits, the intervention of the Government of Cuba conformed to the conditions of Article 63 of the Statute, and the Court having deliberated on the matter, decided to admit the intervention in pursuance of paragraph 2 of Article 66 of the Rules of Court.⁹⁰

b) Locus Standi or Capacity to bring action

In the international procedure, the quality is a legal title that enables a subject of law to bring an action to justice. It is the Jus Standi in Judicio or else the Locus Standi.

The first paragraph of article 34 of the Statute of the International Court of Justice states, “only States may be Parties in cases before the Court”. As for, Article 20 of the Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea, it states:

“Access to the Tribunal

1. The Tribunal shall be opened to States Parties.

2. The Tribunal shall be opened to entities other than States Parties in any case expressly provided for in Part XI (of the United Nations Convention of the Law of the Sea) or in any case submitted pursuant to any other agreement conferring jurisdiction on the Tribunal which is accepted by all the parties to that case”.

Furthermore, the paragraph 2 of article 292 of the United Nations Convention on the Law of the Sea dealing with the procedure of “Prompt release of vessels and crews” states that “The application for release may be made only by or on behalf of the flag State of the vessel”

90. Haya de la Torre case (judgment of 13 June 1951), ICJ Reports 1951, pp.76-77.

It must be noted that these different provisions relate to the standing and conception underlying both, rather deal with the general competence *ratione personae* of these two international bodies. They are conditions set by the parties regarding the competence, that is to say the exercise of the judicial powers of these organs: States access or opening up to other entities⁹¹. These provisions do not deal with the issue of the admissibility of the application.

The conditions of admissibility relating to the *Locus standi* have the purpose to ensure that the claim appertains to the Claimant party or its representative. One should, indeed, avoid that a subject of law take action when the interests of another is at stake; with the exception legal representation, whose mutability at international level is more and more obsolescent. In this case, the *Locus standi* has conventional basis. It is as a condition of admissibility of an application that is distinct from the direct and personal interest⁹².

As for, the general international law, it recognizes the capacity to assert international claims for illegal acts. These are the nationality conditions in the diplomatic protection⁹³.

The standing, as a condition of admissibility of an application is difficult to grasp. It can only be exercised in very rare or disappearing hypotheses. It is rarely an autonomous condition of the right of action. Indeed, the actionable interest appears as the real right of action requirement.

90. Haya de la Torre case (judgment of 13 June 1951), ICJ Reports 1951, pp.76-77.

91. See the « Grand Prince » case (Belize v. France), Prompt release request, judgment of 20 april 2001, ITLOS Reports 2001, paragraphs 62 to 94; see also the separate opinion of Judge Anderson in the same case and the one of Judge Wolfrum.

92. See the Case Concerning Rights of Nationals of the US in Morocco, ICJ Reports 1951, p. 109 and following. The issue of direct and personal interest has been developed in it by the ICJ in the South West Africa case. See the commentaries of G. Abi-Saab, op. cit., pp. 136-145.

93. See supra, section I, 2, b.

c) Preliminary diplomatic negotiations

This condition and that of the existence of a dispute are related⁹⁴. It reveals that a dispute is ripe to be settled by the international Court referred to. The condition of preliminary diplomatic negotiations is a remnant from previous arbitral law that survived the institution of nowadays permanent Courts, to which sovereign States generally refer to, seeking a special agreement or compromisory provision. When this condition has been raised before the Court, in accordance with the title of competence, it gave it effect, pointing out its subjective character⁹⁵.

The permanent Court already praised the importance of preliminary diplomatic negotiations as a mean to determine the subject matter of a dispute. It states: "The Court realises to the full the importance of the rule laying down that only disputes which cannot be settled by negotiation should be brought before it. It recognizes, in fact, that before a dispute can be made the subject of an action at law, its subject matter should have been clearly defined by means of diplomatic negotiations⁹⁶". However, the Court indicated that it would adjudicate on the merits in the event of lack of the condition of diplomatic negotiation, viewed as a condition of form even if it was laid down in the title of competence⁹⁷.

The preliminary diplomatic negotiations were regarded as a condition of international remedies exhaustion by analogy with the exhaustion local ones that would oblige the applicant to give a formal notice to the respondent before the initiation of an international procedure. If this rule

94. See supra, section I, a, (ii).

95. The Mavrommatis Palestine Concessions Case, op. cit., Where the Court states: "the importance and chances of success of diplomatic negotiations is essentially a relative one". P.13; moreover "in applying this rule, the Court cannot disregard, amongst other considerations, the views of the States concerned, who are in the best position to judge as to political reasons which may prevent the settlement of a given dispute by diplomatic negotiation.

96. Ibid. p.15, this case was referred to the Court through special Agreement.

97. Case concerning Certain German Interests in the Polish Upper Silesia, op. cit., p.14. The Court indicates: "the absence of diplomatic negotiations proving the existence of the difference of opinion which is required under Article 23 of the Convention cannot prevent the bringing of an action in the present case. Moreover, such absence would be of no practical importance, for even if the application were on this ground declared premature, the German Government would be free to renew it immediately afterwards". P.22.

exist in some international Conventions, its customary consecration is still to be completed⁹⁸.

In the case concerning Right Of Passage Over Indian Territory⁹⁹, the government of this country raised a preliminary objection, in order to have the action rejected because Portugal “did not comply with the rules of international customary law», thus being under the obligation, before filing of application “to engage into diplomatic negotiations and to pursue until it was useless to continue them longer¹⁰⁰”. The rule would be compulsory under the general international law and would require not only the resort to prior diplomatic negotiations, but also the continuation of the process until its term. As observed:

“The exhaustion of diplomatic negotiations is a concept essentially relative, which cannot be locked up a priori within precise limits. For example, the notion of the exhaustion of local remedies, which, as we know, plays a considerable role in the field of international responsibility because of damage to private persons, is quite different. This is a much more flexible and far more empirical procedure referred to as "diplomatic negotiations". The Court accepts that the diplomatic prerequisite, where it is expressly provided for by treaty law, is far from specific requirements and that the negative attitude of one party may be sufficient to allow the other to bring the case before the court, even if the exchange of views was only of very short duration¹⁰¹.

Therefore, it appears that the resort to legal procedure is not subjected to preliminary diplomatic negotiations and that cases could be validly referred to an international Court or Tribunal, without the parties having

98. The Hague Convention related to the peaceful settlement of international conflicts of 29 July 1899: article 16; the Hague convention I related to the peaceful settlement of international conflicts of 18 October 1907: article 14; Covenant of the League of Nations of 28 June 1919: article 13 paragraph 1, General Act of Arbitration [Geneva agreement, peaceful settlement of international disputes] of 26 September 1928: article 39, paragraph 2.

99. Case concerning the right of Passage over the Indian Territory (preliminary objections), judgment of 26 November 1957, ICJ Reports 1957; see also the Written and Oral Pleadings, Vol. 1, p. 117.

100. Ibid.

101. See M. Bourquin, “to what extent resort to diplomatic negotiations is necessary before submitting a dispute to international Courts and Tribunal?”, in *Hommage D'une Génération De Juristes Au Président Basdevant*, Paris, Editions A. Pédone, 1960, pp. 43-55, spec. pp. 47-48, see also note 40 supra.

exhausted the ongoing process. The determination of the conditions of existence of a right of action enables its exercise.

2. The exercise of a right of action

The exercise of a right of action brings about applications and defenses.

a) The Applications

The application is a legal act by which a subject of law refers a legal claim to the Court or Tribunal. The principal application or initial application is different from the incidental one. The first, also called application initiating proceedings is when a subject of law takes the initiative to introduce an international procedure by submitting to the judge its claims.

The latter intervenes while the procedure is already initiated. They must meet certain conditions before grafting itself in the ongoing process. Their admissibility is subject to their attachment to the initial application through a sufficient connection or a legal interest at stake. It is the counter application, additional request and intervention.

Cases are submitted to the Court, as the case may be, either by notification of a special agreement or by written application, addressed to the Registrar. In either case, the subject of the dispute and the parties shall be indicated¹⁰². When proceedings before the Court are instituted by means of an application, it shall:

“ 1) indicate the party making it, the party against which the claim is brought and the subject of the dispute.

2) The application shall specify as far as possible the legal grounds upon which the jurisdiction of the Tribunal is said to be based; it shall also specify the precise nature of the claim, together with a succinct statement of the facts and grounds on which the claim is based¹⁰³ .”

102. Article 40 paragraph 1 of the statutes of the International Court of Justice; see also article 24 paragraph 1 of the statutes of the International Tribunal for the Law of the Sea.

103. Article 38, paragraphs 1 and 2 of the rules of the ICJ; see also article 54, paragraphs 1 and 2 of the Rule of ITLOS.

In the Phosphates in Morocco case, The French Government raised an objection to draw the attention of the Court to certain obscurities relating to the nature of the claim pointing out that the Royal Italian Government “has not stated the nature of its claim within the degree of precision and clearness requisite for the administration of justice and prescribed by Article 32, paragraph 2, and Article 42 of the Rules of the Court¹⁰⁴ ”

In response, the Court being rather liberal stated, “the precisions provided during the oral and written procedure, allow the Court to have a sufficient clear idea of the subject of the claim of the Italian government application¹⁰⁵ .”

The legal action allows the Court or Tribunal to rule. In the exercise of its judicial function it can decide on the lack of jurisdiction or that, the procedure is irregular, which obliges the Court to declare the application inadmissible, or adjudicate on the merits of the case.

To this end, it is the application that sets the scope of its decision, given that the Court must adjudicate only on cases referred to it and not beyond. It should be recalled that the judge must, in this regard, take into account the initial application and possibly incidental applications filed after the opening of the proceedings.

In addition, the judge must set himself at the time of application in order to assess it. Objections to this rule can be raised in private claims to take into account the *lucrum cessans* or the *damnum emergens*.

Regarding the Asylum case, to the question: should the judgement of 20 November 1950 be understood in a sense that the legal effects to the qualification of the offence attributed to Haya de la Torre made by the Ambassador of Colombia in Lima? The Court notes that this issue

104. In the case concerning Phosphates in Morocco, PCIJ, Series A/B, N° 74, p.16.

105. Ibid. p.21; In the Northern Cameroons case, the Court had to consider a preliminary objection of the United Kingdom based on the alleged non-compliance with Article 32 (2) [current Article 38 (2)] of the Regulation, which provides that If a case is brought before the Court, the request must contain as far as possible a precise indication of the subject of the request and a statement of the reasons by which the request is purportedly justified. Endorsing the opinion of the Permanent Court of International Justice, the Court considers that, exercising international jurisdiction, it is not bound to attach to considerations of form the same importance as they might have in domestic law. It finds that the application complied sufficiently with Article 32 (2) of the Rules and that this preliminary objection is therefore unfounded; Case of Northern Cameroons, op. cit., ICJ Reports 1963, pp. 27-28.

has not been raised by the parties: the Court had to adjudicate only on the submissions formulated by Colombia, in broad and abstract terms. This made the Court to declare: “the principle, must be recalled, that the Court is under the obligation to respond to the parties’ request as they are expressed in the final submissions and also, to abstain from adjudicating on issues not examined, expressed in the request¹⁰⁶.

In contrary, the Court is under no obligation to respond on fact and law reasons that parties may raise to argue their case. The Court made a clear distinction between the reasons or mechanism invoked to their cause and the request, believing it can base its decision onto reasons deemed relevant and appropriate¹⁰⁷.

This decision is rendered based on the parties’ final conclusions that can be subject to modification during the proceedings. However, the principle of immutability of the proceedings requires not to modify these conclusions, in a way that could modify the nature of the dispute – but not the request- as laid down in the document instituting proceedings. Therefore, the Court may adjudicate, based on the final conclusions of the Parties when it believes that the amendments made during the written or oral proceedings.

106. Case of 27 November 1950 interpreting the judgment of 20 November 1950 (case of the right of asylum), ICJ Reports 1950, p. see also the case of the right of passage over Indian territory mentioned above and the views of President Klaestad on the question of the timing of the request for the assessment of the latter, Reports 1960, p. 47; In the case of Northern Cameroons, although the Court accepted the existence of a dispute "at the date of the application", it did not consider that it was required to give a ruling "on the date of the application". Judgment ", op. cit., pp.27 and 34.

107. Nottebohm case, op. cit., p.16: Examining the United Kingdom's conclusions in the fisheries case, the Court also distinguished between the conclusions and "a set of proposals which, in the form of definitions, principles or rules, tend to justify certain claims and are not the precise and direct statement of a claim ". Fisheries case, judgment of 18 December 1951, ICJ Reports 1951, p.126.

b) Defenses

Defense on the merits and preliminary objections shall be examined.

(i) Defense on the merits

Defense on the merits refers to the direct challenge, by the Respondent, that the applicant's claim is ill founded. Its aim is to have the claim rejected, as non-justified after examination on the merits. Defense on the merits can be invoked, at different stages, until the closure of the hearings.

The issue of procedure raised by this defense is related to the connection that may exist between the defense on the merits arguments and those invoked for the preliminary objection. The Permanent Court, thus, had this difficulty. It had to rule that, although an objection challenging the domestic character of a private claim may be considered, in principle, as a preliminary objection, it could not be regarded as such, in this respect, because the grounds of this objection cannot be separated from the rights he was claiming on the merits and that, in these circumstances, it was impossible to adjudicate without going to the merits¹⁰⁸.

This, sometimes, causes the judge¹⁰⁹ to join an objection on the merits to take into account this connection, which can be considered in two ways.

“They may, first, be a connection of facts. The elements “materials” that the Court use are; it seems, common in the objection, and on the merits... the joining requirement can also come from the connection on solutions. The answer to the procedure issue can involve directly or indirectly he answer to certain question on the merits: This can precisely come from the fact that the debate on the proceedings and on the merits have the same source of arguments and that the information are identical.

108. PCIJ, the Railways Case, *op. cit.* p 17.

109. The Permanent Court has decided, for example, in the cases: Pajzscsaky, Esterhazy, May 23, 1936, PCIJ, Series A / B No. 66; Losinger and Co., SA, June 27, 1936, Series A / B No. 75. The International Court of Justice had recourse to joinder on the merits in the case concerning certain Norwegian loans, 6 July 1957, ICJ Reports 1957, p. in the case of the Right of Passage on Indian Territory, 26 November 1957, ICJ Reports p.125; and in the Barcelona Traction Light and Power Company Limited case, 24 July 1964, ICJ Reports 1964, p.

By adjudicating on the objection, the judge may prejudge the merits at a time when only the competence of the Court has been discussed. These two requirements, “positive” (a need to examine the merits, on one hand) as well as “negative” (lest the merits be prejudged, on the other) are very closely interconnected¹¹⁰.

(ii) Preliminary Objections

The preliminary objection refers to a “plea invoked in the first phase of a procedure and its purpose is to obtain from the Court a decision on a preliminary issue before examining the merits the case¹¹¹”

This plea can have the procedure declared irregular or terminated and the challenge of the procedure has an impact on it. The paragraph 3 of article 79 of the rules of the ICJ states that upon receipt by the Registry of a preliminary objection, the proceedings on the merits shall be suspended and the Court shall fix the time-limit within which the other party may present a written statement of its observations and submissions.

The preliminary objection gives, thus, rise to an incidental procedure and, after hearing the parties, the Court shall give its decision in the form of a judgment, by which it shall either uphold the objection, reject it, or declare that the objection does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character. If the Court rejects the objection or declares that it does not possess an exclusive preliminary character, it shall fix time-limits for further proceedings¹¹². These objections must be raised before any other defense plea, failing which they shall be inadmissible.

The adjective “preliminary” attached to the objection can have several meaning. It designates the moment the objection was raised but also the substance of it in its logical relationship and prior to the merits of the case, against which the exclusive preliminary character or not of

110. J. Lang. *Op. cit.* (Note 1), pp. 5-45, spéc. P.10.

111. *Dictionnaire of International Law terminologies*, Paris, Sirey, 1960, 750, p.273.

112. See article 79, paragraph 7 of the Rules of the ICJ ; see also, article 97 of ITLOS rules, besides *Abi-Saab*, G. Guyomar, *Commentaire du Règlement de la CIJ*, Paris, Pédone, 1983, 760, pp. 496-518

the objection is determined.

Numerous objections have been raised before the PCIJ, as well as the ICJ¹¹³. They were dealt with great flexibility, motivated by the desire not to introduce conceptions inspired by domestic procedure in the international case law.

Regarding a preliminary objection related to the admissibility of an application in the case concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia¹¹⁴, the permanent Court raised the question, as to whether this is “one of the defenses on the merits, aiming to avoid examination by the judge, that is usually; as in the French law; declared inadmissible? Or is this rather the case of an actual objection opposing ... not the application itself and the law it is based upon, but the examination of the legal action?”

The Court will respond that it is under no obligation to consider the various proceedings systems and legal terminologies, used in different countries. According to the Court “Whether this conclusion is classified as “objection” or “inadmissibility¹¹⁵, it is sure that neither the statutes and the rules, nor the general principles of the law, prevents the Court to deal with the case and prior to any hearings on the merits, since a potential hearing depends on its inadmissibility”. The Court will gradually realise a typification of preliminary objections¹¹⁶ that has been cautiously examined.

113. Ibid, p. 501; 13 cases for the PCIJ and 19 cases for the ICJ in 1983.

114. PCIJ, Series A, N°6, p.19.

115. Ibid: See also Wittenberg, op. cit. (Note 1), p. 12 which establishes a ratio legis of preliminary objections in the interest of a good administration of justice arguing that "before approaching the examination of the claims of the claimant, one attaches to control whether he has the right to take legal action, whether he has complied with the prescribed forms and whether there is no legal obstacle to paralyze his action".

116. Railway Case, op. cit., p. Ambatielos case, where the Court distinguishes between "the jurisdictional exception" and two "pleas seeking the admissibility of the claim", ICJ Reports 1953, pp. 22-23; the Nottebohm case, where the Court has jurisdiction to "examine all aspects, whether they concern jurisdiction, admissibility or merits"; ICJ Reports 1953, p. Interhandel case where the Court says "Since the Fourth Preliminary Objection of the United States relates to jurisdiction, in this case the Court will consider it before the third objection, which is a plea of inadmissibility", ICJ Reports 1959, pp. . 23-24; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) on "Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application", in which the Court said in paragraph 84: "The Court now turns to the question of the admissibility of the Application of Nicaragua.

As for “one of the defenses on the merits”, noted by the Court, there was some preliminary objections on the merits¹¹⁷ .

The admissibility appears to be a notion, refractory to systemization and whose application is sometimes inconclusive. It is a matter of species – even though the legal instruments identify the genus – because the conditions and effects related to it are prolific and difficult to comprehend. It is determined according to the circumstances of each case. What is, however, constant, is that before the examination of the claim, the judge must make sure that the applicant is entitled to file a legal action, the procedure is regularly initiated, the prescribed forms are respected and that no legal obstacle can hinder its action.

The United States of America contended in its Counter-Memorial that Nicaragua's Application is inadmissible on five separate grounds, each of which, it is said, is sufficient to establish such inadmissibility, whether considered as a legal bar to adjudication or as "a matter requiring the exercise of prudential discretion in the interest of the integrity of the judicial function" Some of these grounds were in fact stated in terms suggesting that they were more competence or jurisdictional rather than admissibility; however, this, in this respect does not appear to be of decisive importance. The Court will examine its grounds; ICJ Reports 1984, p.429; see further pp.429-441, paragraphs 84-108 for the examination of the grounds.

117. See G. Sperdutti "the admissibility of preliminary substantive objections in the international law suit", Riv. Dir. Int., Vol. III (1970), pp. 461-490. The author writes: "It seems to us perfectly normal for a State to be able to resort to the radical means of defense when that State, called to answer to justice for certain actions or omissions alleged to be unlawful, considers it unnecessary respond to such conduct on the ground that it considers the law of law, which is invoked against it, as not likely to be infringed by such conduct because of the limitations of the applicability of the norm. The plea in question qualifies from the point of view of the general theory of the trial, a preliminary objection. However, according to the current interpretation of Article 62 of the Rules of Court, which deals with "preliminary objections", this article applies only to formal exceptions, also known as procedural exceptions, namely the only exceptions whose purpose and effect are, to prevent the trial before the Court, without prejudging the question whether the right claimed by the plaintiff exists or not ", pp.463-464. The preliminary objection of substance thus reached is very close to a "plea of inadmissibility", that is to say of any means tending to cause the plaintiff to be declared inadmissible at his request, without examination on the merits, for default right to act, such as lack of standing, lack of interest, prescription or res judicata. It is classic to emphasize the mixed nature of the “ fin de non recevoir”. It is close to the procedural exception in the sense that when it is opposed, its examination by the Court does not presuppose examining the merits of the case. On the other hand, when it is accepted, its effects bring it closer to the defense on the merits, which gives rise to inadmissibility. In a word, the defendant who objects to the plaintiff's objection to the plaintiff challenges his right of action. What is contested is no longer the admissibility of the claim in the proceedings, but the law on which the claim is based.

Conclusion

The question of admissibility reveals the conscientiousness of the sovereign State, always wanting to be the master of its initiatives and its own judge. The initiation of proceedings through means of an application results, very often, in the challenging of its admissibility. The pleas are numerous: non-existence of a dispute; dispute without subject matter; dispute on a non-existent right; or that the dispute is not a legal , under the statutes; the decision do not have a practical effect or affects the judicial function of the Court or Tribunal; the applicant lacks standing; or has no legal interest ; the dispute is not real because the applicant did not exhaust the negotiations; the aggrieved individual, protected by the applicant do not have its nationality; or he did not exhaust local remedies in country of the residence; or he has no “clean hands”; or finally that the essential provisions of the statutes or the rules have been violated.

It has even been asserted that the multiplicity of objections is the cause of “the desertion of international courtrooms” and contributed to the undermining of international judicial system¹¹⁸ .

At that time – and still current – in order to stem the loss of interest of the international Court and Tribunal, the doctrine raised the question as to whether to submit unresolved disputes between States to the legal rules.

The position of Pr. Virally to this respect is instructive:

“ the answer to this question can only be a negative one. This does not mean that the institution of international justice is inconclusive or we should disengage from its future. On the contrary, as already said earlier, the international justice proved its worth and they are very convincing. Today, like yesterday, efforts needs to be made to strengthen its development and enable it to have a growing importance in the settling of international dispute. Nevertheless, we must face the facts and accept that it is not destined to acquire monopoly of domestic legal systems, even in disputes on “international issue”. By refusing to do so, ex-

118. V.M. Mabrouk, procedural objections, op. cit. (Note 1), p.309.

perience showed that there could be serious risks: of proposing to the States the commitment to submit to international Courts or Tribunals, going far beyond what they can politically accept. The result is well known: the States refuse to engage themselves or they express some reservations that cancel their commitments, or they renounce as soon as they have to face it. However, the States were not proposed more moderate and limited engagements, but acceptable, which would result in genuine progress.¹¹⁹ ”

The mechanism of disputes settlement referred to the World Trade Organisation (WTO), who recorded hundreds of disputes between States, is striking. This important contribution of the “Uruguay Round” must be considered, even if this is not an international commercial Court or Tribunal. Indeed, the States must be reassured and make themselves justiciable before the international Courts or Tribunals that they, themselves, created, the credibility of which depends mainly on what they make of it. With the constant desire to say the law in the interest of justice and peace; with the nature of the law they apply and with the representation of main legal systems of the world, these Courts and Tribunals are ready to fulfill the assigned missions.

To sum up, the international Court or Tribunal may exercise its judicial power only within the limits of the jurisdiction attributed to it; on the contrary, having jurisdiction may not suffice to examine the action brought before the Court or Tribunal; it, still, must be admissible, that is to say, it enters the jurisdictional function of the international Court or Tribunal to hear the claims of the parties and to adjudicate on them. Inadmissibility, as in the case of lack of jurisdiction, plays a significant role only when the Court or Tribunal, because constituted prior to the initiation of the proceedings, can be seized by means of an application. However, an inadmissibility objection can be raised *proprio motu* by the Court or Tribunal itself, which has to determine, on a preliminary basis, whether they have the power to examine the case, under their statute.

119. M. Virally, « foreword », p.5 in G. Malinverni, *Le règlement des différends dans les organisations internationales économiques*, Genève-Leiden, IUHEI-Sijhoff, 1974, p. 251.

«Journal of law and Judicial System
[J.L.J.S, Vol.I, Issue 3, 2018, pp.21-44

**THE INTERNATIONAL COURTS AND TRIBU-
NALS, THE PROTECTION AND PRESERVATION OF
THE MARINE ENVIRONMENT**

By Tafsir Malick NDIAYE
**Judge of the International Tribunal for the Law of
the Sea**
**Visiting Professor at the Shanghai Ocean University
(SHOU)**

INTRODUCTION

The protection of the environment has recently gained more and more interest due to growing concerns around the world. Damages to the environment is of multiple origins and is essentially caused by the activities of man and its consequences on the different areas of the world. The global ecosystem is affected although the extent of it remains to be determined. The environment appears to be the new religion.

We must note that global environmental issue, such as climate change, or the loss of marine biodiversity has less to do with individual States than with ecosystems. They need a firm interstate cooperation to be addressed properly, that is why one must pay attention to the BBNJ process and the negotiating procedure ahead.

However, the legal aspect of the environment is still to be completed at both domestic and international levels. There is a conceptual migration shifting the environment from a third-generation¹ human right to a quest for a legal system that will be, a homogeneous and systemic body of rules to be consolidated and harmonized between independent legisla-

1. Human rights are typified in three generations in the international order. The civil and political rights or rights of the first generation are analyzed in law, as opposable to the State. They assume to be implemented an abstention from the state. These rights were consecrated with the French revolution of 1789. They are sometimes called rights-attributes or rights of freedom. These rights appear most often as individual rights: freedom of movement, freedom of expression, etc ... With regard to economic, social and cultural rights, also known as second-generation rights, they emerged in the Mexican (1910) and Bolshevik (1917) revolutions and can be seen as human rights, not opposable to The State but due to him. They are thus analyzed as claims against the State. It is the equality rights whose implementation presupposes a state service. These rights are most often collective rights: the right to work, the right to health, the right to education, the right to information, etc.

However, human rights are not static concepts. Every day can bring its new human right. Hence, we speak of the human right of the third generation or of solidarity. They are rights that are at once opposable to the State and are due to it and which presupposes the conjunction of the actors in the social game. These include, for example, the right to development; The right to peace; Of the right to a healthy environment (which is found in many contemporary Constitutions), which is based on the Stockholm Declaration of 16 June 1972; Right to the common heritage of mankind etc ... See, Tafsir Malick NDIAYE "Human Rights Today" in Contemporary Developments in International Law, Essays in honor of B. Vukas, BRILL / Nijhoff, Leiden / Boston, 2016 , Pp. 574 and following

tions and uncertain or rapidly changing domestic principles².

At international level, it is a system, applicable to certain areas and the activities carried out there, established by States having the regulatory competence to do so. These States must work to elaborate an international treaty on environmental law to govern the multiple aspects in this field.

The points of reference are, in this case, the Stockholm Declaration of 16 June 1972, the Rio Conference on Environment and Development of 3-14 June 1992, as well as, Specific Conventions, relating both to the law on armed conflicts³ and to the legal regimes of areas⁴.

The sources and types of pollution of the marine environment and their nature have been the subject of many studies⁵, although it appears that a more regular and systematic assessment of the state of the environment is needed.

2. As Alexander Kiss puts it:

« Dans le domaine de l'environnement, l'interprétation s'est accentuée : Tantôt ce sont des droits nationaux qui inspirent des solutions internationales, tantôt des principes internationaux pénètrent dans la réglementation d'Etats et les orientent, lorsqu'il ne s'agit pas du tout simplement de l'exécution de normes internationales par les moyens de droits nationaux », in *l'Etat de l'Environnement dans le monde*, sous la dir. De Beaud et Bougherra, Editions La Découverte, Paris, 1993, p. 420.

3. For example, in the field of armed conflict, the ENMOD Convention of 1977, Additional Protocol No. 1 to the Geneva Conventions of 1949 (1977), Article 35 of which reads: "1. In any armed conflict, the right of the Parties to the conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited. 2. It is prohibited to use weapons, projectiles and materials, and methods of warfare to cause unnecessary suffering. 3. It is prohibited to use methods or means of warfare which are designed to cause, or may be expected to cause, extensive, lasting and serious damage to the natural environment ". The same applies to the 1997 convention on the uses of international watercourses (article 29), not to mention the regional conventions drawn up with the assistance of the United Nations Environment Program within the framework of its plan, Action on regional seas: the Barcelona Convention of 16 January 1976, the Abidjan Convention of 23 March 1981 and the Cartagena Convention of 24 March 1983, etc.

4. As regards the regime of space, we have, for example, the 1959 Antarctic Treaty, the 1967 Space Treaty, the 1979 Moon Agreement, etc.

5. See, for instance, UNEP and Global Program of Action, *The State of the Marine Environment: Trends and Process*, [The Hague, UNEP / GPA, 2006]

One must recall that at the World Summit on Sustainable Development, held in Johannesburg in 2002, it was decided that a permanent assessment of the state of the marine environment was really needed. This decision will subsequently be confirmed by the United Nations General Assembly⁶.

The sources of pollution of the marine environment are prolific: pollution from land-based sources; pollution resulting from seabed activities subject to national jurisdiction; pollution from activities in the Area; pollution by dumping; pollution from vessels, pollution from and through the atmosphere.

It appears that pollution from land-based sources and atmospheric pollution accounts for nearly 80% of the pollution of the marine environment per year⁷.

As stated in the UN Secretary General's report⁸ at paragraph 225: "Land-based pollution:

“As much as 80 per cent of marine pollution originates from land-based activities 249 (see also chapter XII below). For example, nearly 3,600 tons of mercury are discharged into the environment annually, much of which reaches the marine environment, where it can bio-accumulate in the food chain.250 Sources of pollution are sometimes located far from the coast and are transported to the coasts by, inter alia, rivers or other waterways. Thus, regulating pollution at the point of discharge can sometimes be challenging.”.

Indeed, one has to think of solid debris of all kinds and especially plastics, including polyethylene and polypropylene. Plastics can strangle seabirds, marine mammals and turtles. They can also block the intestinal transit of fishes and endanger the corals.

6. See United Nations General Assembly Resolutions A / 57/141 (2002) and A / 60/30 (2005). The first comprehensive and integrated assessment was conducted in 2014 on the twentieth anniversary of the entry into force of the United Nations Convention on the Law of the Sea on 16 November 1994 (UNCLOS of 10 December 1982)

7. GESAMP, *The State of the Marine Environment*, Oxford, Blackwell Scientific Publication, 1990, p. 88; see A / 60/30 op. cit. (note 6). GESAMP is the Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Environmental Protection.

8. *The Oceans and the Law of the Sea*, UN Secretary General Report. UN doc, A/64/66/Add.1, para. 225, (2009)

The leading authority in this field is GESAMP, a group of independent scientific experts that provides advice to the UN system on scientific aspects of marine environmental protection. Since 1969, GESAMP has been advising United Nations organs on the scientific activities of the protection of the marine environment. The Group is currently sponsored by nine United Nations agencies having interests and responsibilities in marine-related issues: IMO, FAO, UNESCO, IOC, WMO, IAEA, UN, UNEP, UNIDO and UNDP. This joint consultative mechanism is necessary for two reasons. On the one hand, to provide an intersectoral, interdisciplinary and scientific approach to the development of an international policy on marine issues. On the other hand, to meet the requirements for coordination and cooperation among United Nations agencies. The International Maritime Organization (IMO) has been appointed to represent GESAMP (Administrative Secretary) and to host the Group's office in London for its coordination tasks. At present, IMO is also the lead agency for two GESAMP working groups⁹.

Despite the proliferation of sources and types of pollution, there are some that attract more and more attention: the chemicals and the noise.

Chemicals entering the marine environment appear to be more harmful than oils because of their toxic and persistent properties. Moreover, they are not subject to such a strict regulation as that relating to oils.

The other pollutant that is subject to great attention today is the noise generated by human activity in the marine environment. Commercial shipping, exploration with its seismic campaigns and the exploitation of mineral resources, fishing, dredging, pipeline laying, as well as military activities, including the use of new sonar form, generates acoustic pol-

9. It is the Working Group 1 : Working Group EHS. The purpose the Working Group (Working Group N°1) is to study, assess the information at their disposal and provide advices that might be requested, notably by the IMO, in order to evaluate, in accordance with the GESAMP approved methodology, threats to the environment and substances carried by sea ». The other is the Working Group 34, it relates to ballast waters. The Gesamp BW Working Group was instituted in 2005 in order to examine the proposals presented to the IMO in the framework of the preparatory work of the Convention relating to the approval of management systems of Water Ballast (subsequently called management system of Water Ballast treatments) that use active substances. For more details, please refer to gesamp website.

lution, which can travel very long distances at sea. This pollution causes very serious damage to the marine environment by breaking in particular the natural conduct of cetaceans, which depend on the sound to navigate and communicate.

Commercial navigation, exploration and exploitation of mineral resources and the fisheries have an adverse impact on the international protection of the marine environment. This impact generates different forms as far as the fisheries are concerned¹⁰. The first one is the depletion of fish stock due to overfishing and over exploitation of the fishery resources¹¹ was a negative consequence on other species, mammal marines and birds. The second form of fisheries adverse impact on marine environment is the indiscriminate catch of species as well as the destruction of marine habitat.

In fact, number of non-desired species as well as dolphins found themselves mostly on drifting nets¹². The last impact may be analyzed as a cause and consequence of adverse effect of fisheries and marine environment because it has to do with technology, which appears very efficient. The innovation are more and more amazing in particular in the fish monitoring: use of plane and sonar, use of artificial nets, synthetic fiber, fisheries catch processing, etc...¹³

Another point of reference relates to pollution control, in the form of measures. The conditions of exploration and exploitation of natural resources and particularly oil and gas, must be determined with scrutiny to establish a legal regime that will protect the marine environment.

10. See report by UN Secretary General, unsustainable fisheries, UN doc A/59/298 (2004) §§. 20-22

11. Canadian example is significant “« there was a collapse in the stocks of most commercial species on the Grand Banks off Newfoundland in the early 1990 as a result of persistent overfishing”. See fisheries and Oceans Canada, What is holding back the cod Recovery (2013) at <http://WMN.dfo-mpo.gc.ca/science/Publication/article:2006/01-11-2006-eng.htm>.

12. See B. Miller ““Combating Driftnet Fishing in the Pacific” in J. CRAWFORD and D. R. ROTHWELL (eds) *The Law of the Sea in the Asian- Pacific Region* [Dordrecht: Martinus Nyhoff Publisher, 1995] p.155

13. See FAO collaboration between International Institutions in the field of fisheries, doc: COFI/71/g(b), annexe III, p. 15; Tafsir Malick NDIAYE “The IUU fishing in West Africa” *Liber Amicorum Raymond RANJEVA*, Edition Pédone, Paris 2013, pp. 233 – 264.

First, preventive measures aimed at implementing UNCLOS article 193. Second, policing measures consisting of the identification of possible infringements and the actions to face them. After that, repressive measures aimed at establishing the criminal jurisdiction of the State. Lastly, measures to restore damage in bringing responsibility and liability¹⁴.

The protection and preservation of the marine environment is nowadays a growing field of influence affecting international law. Part XII and 46 articles of the United Nations Convention on the Law of the Sea¹⁵ are dedicated to it.

14. Cf. Crawford, *Articles of the ILC on State Responsibility*, Paris, Pedone, 2003.

"International responsibility means the legal institution by virtue of which the State to which an unlawful act is imputable under international law must make reparation to the State against which that act was committed. While responsibility is generally an essential part of any legal system, it is of particular importance in the international order. It would in fact be incorrect to bring it back to the civil institution of the same name, an identical terminology designating two different institutions in this case: for if, within the framework of domestic law, Compensation within the framework of the law of nations, responsibility appears to be the very sanction of the actions of any politically organized and internationally independent community. Right still primitive in many respects, public international law reserves only a small place to the advanced technique of sanctioning the act and knows little more than the sanction against the subjects of law themselves. Consequently, the normal form of international litigation is that of litigation of compensation and not, as under domestic law, that of litigation of legality or of annulment. In other words, reparation by equivalent - in the usual form of pecuniary compensation - is the normal sanction of international law". Charles Rousseau, *International Public Law, Volume V, Conflicting Relations*, Paris, Sirey, 1983, p.6.

15. R.J. Dupuy, dir., *L'avenir du droit international de l'environnement*, Nijhoff, Dordrecht, 1985, 514 p. ; R.J. Dupuy and D. Vignes, dir., *Traité du Nouveau droit de la mer*, Economica/Bruylant, 1985, 1447 p. ; P.M. Dupuy, *La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Pédone, 1977, P. 319 ; L. Boisson de Chazournes, « La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement : enjeu et défis », *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, 1995/1, pp.37-76 ; P.M. Dupuy, « La préservation du milieu marin », in R.J. Dupuy et D. Vignes, op. cit., Chapitre 20, pp. 979-1045 ; N. de Sadeleer, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 437 p. ; P. Martin-Bidou, « Le principe de précaution ... », *RGDIP*, 1999, pp. 631-666 ; P.M. Dupuy, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *RGDIP*, 1997/4, pp. 873-904 ; L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné, C. Romano, *Protection internationale de l'environnement ; Recueil d'instruments juridiques*, Paris, Pédone, 1998, 1117 p. ; R. Wolfrum, « Purposes and principles of international environmental law », *German Yearbook of International Law*, 1990, vol.33, pp.308-330 ; Fred L. Morisson and Rüdiger Wolfrum (eds.), *International, Regional, and National Environmental Law*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2000, 976 p. ;

Although the rules governing the use of State territory and spaces were well known to experts, who, in the past, examined them in terms of limitations of sovereignty, it is only recently that international environmental law has been studied as such. In fact, the international environmental law is being developed on the deficiencies of the international law and is becoming autonomous, with the global sustainability approach.

A series of ecological accidents have raised the awareness in the different States: Torrey Canyon, Amoco Cadiz, Ecofisk, Bhopal, Chernobyl, chemical waste poured at Abidjan Laguna, etc.

That is why UNCLOS entrusted the States to take measures aiming at preventing pollution following maritime accidents. These are measures proportionate to the damage actually suffered or damage they are exposed to, in order to protect their shores or related interests, as well as the fisheries, from pollution or a threat of pollution that could have negative consequences¹⁶.

As a result, the United Nations Conference on the Human Environment adopted the famous Stockholm Declaration of 16 June 1972, which embodies the principles relating to the preservation of the marine environment. It must be noted that ecological accidents have enlightened the inadequacy or weakness of international law in this area. The States have expressed concerns over land-based pollution, before attempting to define the various obligations incumbent upon them and those to be borne by the various users of the sea under their jurisdiction.

With the works of the third United Nations Conference on the Law of the Sea, legal problems raised by the protection and preservation of

R. Wolfrum, Ch. Langenfeld, P. Minnerop, *Environmental Liability in International Law : Towards a Coherent Conception*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2005, 586 p. ; P. Daillet, A. Pellet, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2002, 7e éd., 1510 p. ; P.M. Dupuy, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 1998, 4e éd., 684 p.; J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2004, 6e éd. 809 p. ; T.M. NDIAYE et R. Wolfrum (eds), *Law of Sea, environmental Law and Settlement of Disputes ; Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2007, 1186 p., spec. pp. 1055-1186. TM NDIAYE "La Responsabilité Internationale pour dommages au milieu Marin"

B. Vukas and T.M. Sosic (eds.), *International Law: New Actors, New concepts-continuing Dilemmas; Liber Amicorum Bozidar Bakotic*, pp. 265-279.

16. See Article 221 of UNCLOS, 10 December 1982.

the marine environment have been examined from a global perspective.

The United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)¹⁷ determines the functions of the International Tribunal for the Law of the Sea, which are interpretations and applications of the principles and rules of the Convention concerning the international protection of the marine environment.

The Tribunal on many occasions reaffirmed and developed the basic principles relating to the protection of the marine environment.

UNCLOS establishes a unifying framework for a the marine environment that seeks to address all sources of marine pollution, strengthening the enforcement capacity of ports and flag States and giving coastal States extensive jurisdiction with regard to the protection and preservation of the marine environment on areas under their jurisdiction.

It should be noted that, until now, only urgent procedures have served as the basis for the referral of Courts and Tribunal in disputes relating to international environmental law. The Tribunal has been able to contribute to the progressive development of environmental law on the basis of existing links between the rules established by the Convention and customary international law. Thus, we have the affirmation of the fundamental character of the obligation to cooperate, particularly in this field.

The Tribunal has had several opportunities to adjudicate on this obligation opposable to States Parties. It will indicate that:

« States Parties to the Convention have the duty to cooperate directly or through appropriate international organizations with a view to ensuring conservation and promoting the objective of optimum utilization of highly migratory species¹⁸»

The tribunal will recall that :

« The duty to cooperate is a fundamental principle in the prevention of pollution of the marine environment under Part XII of the Convention

17. United Nations convention on the Law of the Sea (UNCLOS), Doc, United Nations, New York, 1983, sales N° E83 V.S

18. Southern bluefin Tuna case (New Zealand V. Japan, Australia V. Japan) cases N) 3 and 4, order of 27 August 1999, para. 48

and general international law ¹⁹»

The Tribunal will thrive to give substance to the principle of cooperation by invoking: Consultation, exchange of information, assessment of the impact of activities on the environment, coordination for the adoption of prevention of damage to the marine environment, the response to critical situations²⁰.

On the other hand, ITLOS has been cautious - as indeed the ICJ - of uncertainties about the precautionary principle that is still invoked in environmental law. Indeed, many applicants rely on this principle in the most diverse and dissimilar situations: to preserve fish stocks from over-exploitation; to prevent pollution of the marine environment by radioactive substances; avoid degradation of the marine environment; damage to natural resources due to reclamation works²¹.

Moreover, new issues are emerging today that are of concern and appears as a matter of international concern. They relate, on one hand, to climate change consequences on oceans with multidimensional aspects, and the issue of marine genetic resources relating to conservation and sustainable use of biodiversity in areas beyond national jurisdiction, on the other²².

We will overview the applicable rules (I), the International judge action (II) and lastly, the Prospects (III).

19. Mox Plant Case (Ireland V. UK) case n°10, order of 3rd december 2001, para.82
See also the and Reclamation case (Malaysia V. Singapour) case n° 12, order of 8 Oct. 2003, paras 91 and 92

20. See Mox plant case, op.cit., note 19[*supra*]

21. Land Reclamation case op. cit. para.74-75 – Mox Plant case, op.cit. para.71-75 and Southern Bluefin Tuna Case, op. cit. par. 34

22. See Below Prospects (III)

I. THE APPLICABLE RULES

The United Nations Convention for the Law of the Sea (UNCLOS) is the legal basis for the international protection of the marine environment, which requires an international cooperation to establish a juridical or legal system for the seas and the oceans to protect and preserve of the marine environment.

The Convention relies upon two fundamental principles, the rule of law of the sea and the steadfast safeguarding of the interests of the international community, as a whole, conscious that the problems of maritime spaces are closely related to each other. The main challenge is to eradicate the risks related to the geostrategy of the seas of the world. In that respect, the Convention is regarded as the “Constitution of the Oceans” designed to rule on all aspects of the resources, as well as, the use of the Oceans: the energy; the minerals; the biological resources, the ocean spaces used for the navigation, the leisure, the military activities, the scientific research, the fishing, evacuation of wastes, etc..., anything that could hinder the protection and the preservation of the marine environment. The Convention was supplemented by the 48/362 resolution of 1994 of the United Nations General Assembly the related to part XI that deals with the “Zone”, that is to say the seabed beyond national jurisdiction, on one hand. On the other, UNCLOS is supplemented by the Agreement of 4 august 1995 related to the conservation and the management of fish stocks, moving in and beyond Exclusive Economic Zones (Straddling Fish Stocks) and Highly Migratory fish stocks.

The Convention is comprehensive and of great authority and even the few States that have not yet acceded to it – like the United States of America – however consider it as the applicable law. Consequently, UNCLOS is the starting point of all examination and assessment, all issues relating the law of the sea, its challenges and prospects²³ and particularly the international protection of the marine environment.

23. See Tafsir Malick Ndiaye « Challenges and Prospects of the New Law of the Sea », *State Practice and the International Law Journal [SPILJ]*, London, Vol.3, 2016, pp. 1-39.

The Convention adopted what is called the zonal approach, because of the growing number of claims of coastal States and thrives to find a balanced solution to reconcile these claims with the interests of other States.

The normative framework of the law of the sea is very diverse and comprehensive, despite the rapidly changing environment. That is why; the legal system is facing multiple challenges, inherent to the approach selected by UNCLOS itself, which consist of the sharing of the Ocean between the States of the world. The weakness of this zonal approach is the discrepancies or divergence between the nature and the law.

The scope of coastal States jurisdiction on maritime spaces is defined according the distance criteria, not taking into account the intrinsic nature of the ocean and the biological and non-biological resources residing in it [see articles 3, 33, 57, and 76 paragraph 1].

This approach determines for each zone its spatial limits and the legal regime applicable to it, that is to say, the rights and obligations of the different categories of States.

The different zones are: the territorial sea, the contiguous zone; the archipelagic waters; the Exclusive Economic Zone; the Continental Shelf; the High Seas; the international seabed; inland waters; the archeologic zone and historic bays.

The implementation of the Convention, however, reveals that the difficulties are hard to overcome. The main challenge, here, is the completion of the sharing and since “only change is constant”, new problems arise, unknown at the time of the drafting of the Convention or that could not be resolved solely based on the Convention. This situation created new challenges that can bring about new prospects for the law of the sea; it looks like nature took its revenge on law²⁴.

The main applicable rules for the protection of the marine environment at international level are the principle of non-harmful use of the territory (A); the principle of prevention (B); the precautionary principle (C); and the other derived rules.

24. See *Infra*, Section III : Prospects

A. The principle of non-harmful use of the territory

This principle reflects the idea that the State, in exercising its sovereign rights in its territory, must respect the territorial integrity of the neighboring State and its environment. A State cannot therefore allow activities in its territory to entail or cause damage resulting from transboundary pollution.

Thus, the State shall make reparation for damage caused to a contiguous State by an unlawful act committed in its territory²⁶.

The principle of the prohibition of transboundary pollution appears to be a customary rule today. The doctrine sets it out in numerous occasions, even though the case law is not emphatic, due to the scarcity of contentious cases relating to it at the international stage. In this regard, the 11 April 1941 award of the Tribunal in the Trail Smelter case²⁷ is often referred to. According to that award,

"No State shall have the right to use its territory or permit its use in such a way that smoke causes harm in the territory of another neighboring State or to the property of persons If there are serious consequences and if the damage is proved by clear and convincing evidence²⁸ ".

26. This aspect is particularly emphasized in the Basel Convention of 22 March 1989 on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes, International Legal Materials (I.L.M.), vol.28, p.649 (1989).

27. Arbitral Tribunal, established between the United States and Canada by the Compromise of April 15, 1935, relating to damage caused to the American owners of the State of Washington by deleterious fumes emanating from a smelter situated in British Columbia at 7 miles Of the border. Text in R.S.A., vol.III, pp. 1938-1981.

28. Ibid, p. 1965. The same problem arose in the Franco-Swiss relations with the case of the foul smoke of the Annemasse dump; RGDIP, 1969, pp. 185-186.

The principle will later be confirmed and put in practice in the Lake Lanoux²⁹ arbitration and in that of the Gut Dam³⁰. The United Nations Conference on the Human Environment, held in 1972 in Stockholm, was to reiterate the rule. Principle 21 of the Stockholm Declaration reads as follows:

“In accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, States have the sovereign right to exploit their own resources in accordance with their environmental policies and have

29. The Tribunal says: "21: Article 11 of the Additional Act imposes on the States in which it is proposed to carry out work or new concessions capable of changing the regime or volume of a successive watercourse, Double obligation. One is to give prior notice to the competent authorities of the neighbouring country; The other is to set up a system of claiming and safeguarding all interests incurred on both sides The first obligation does not require much comment since it is intended to allow the implementation of the second. However, the possibility of an infringement of the regime or volume of water contemplated in Article 11 would in no case be left to the exclusive assessment of the State proposing to carry out such work Or to make further concessions; The French Government's assertion that the proposed works can not cause any damage to the Spanish residents is not sufficient, contrary to what was argued ... à, to exempt it

from any of the obligations laid down in Article 11 The State liable to suffer the repercussions of the work undertaken by a neighbouring State is the sole judge of its interests, and if the

latter has not taken the initiative, the other can not be denied the right to require notification Works or concessions that are the subject of a project; The content of the second obligation is more difficult to determine. The claims referred to in Article 11 relate to the various rights protected by the Additional Act, but the essential problem is to establish how to safeguard all the interests which may be incurred on either side, [Http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XII/281-317-Lanoux.pdf](http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XII/281-317-Lanoux.pdf), P.314.

30. See, Settlement of Gut Dam Claims (US V. Canada) I.L.M., 8, p, 118 (Lake Ontario Claims Tribunal 1969). See also United States of America and the Government of Canada concerning the establishment of the Gut Dam. Signed at Ottawa on 25 March 1965 (U.N.T.S., vol 607, p.141). The Exchange of Notes constituting an agreement for the final settlement of claims relating to Gut Dam. Ottawa, 18 November 1968 ", it reads:" following the conclusion of the Tribunal's second session in February, 1968, it was proposed by the Tribunal that it may compromise settlement might be negotiated. In consequence, representatives of the two Governments have consulted over the past few months in an effort to resolve the longstanding dispute in respect of Canada's alleged liability arising out of the construction of Gut Dam. These discussions were held in the atmosphere of good neighborliness and friendship which traditionally characterizes the relationship of our two Governments.

As a result of the discussions, the two Governments were in a position to inform the Tribunal at its meeting of September 27, 1968, that a settlement had been reached for the final disposal of

a duty to ensure that activities within the limits of Their jurisdictions or their control do not cause damage to the environment in other States or in areas beyond national jurisdiction³¹ " .

The same principle will be proclaimed by the Rio Declaration on Environment and Development adopted on 13 June 1992³² . In its advisory opinion of 8 July 1996 on the lawfulness of the threat or use of nuclear weapons, the International Court of Justice confirms the binding force of the principle. It states :

“The environment is not an abstraction, but the space where human beings live and on which the quality of their lives and their health depend, including for future generations. The general obligation of States to ensure that activities carried out within their jurisdiction or under their control, respect the environment in other States or in areas beyond national jurisdiction is now part of the body of rules of international environmental law ³³” .

States, under the United Nations Convention on the Law of the Sea, have the duty "to protect and preserve the marine environment³⁴" . The Convention reiterates the principle of the illegality of transboundary pollution and entrust the States to take the necessary measures to tackle this issue.

The same applies to the 1989 Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their disposal, as well as the 1992 Convention on Biological Diversity³⁵.

31. Stockholm Declaration adopted on 16 June 1972 by the United Nations Conference on the Human Environment.

32. Rio Declaration, 14 June 1992, United Nations Conference on Environment and Development, A / Conf / 51/26 / rev.1. The principle reads: "In accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, States have the sovereign right to exploit their own resources in accordance with their own environmental and development policies, To ensure that activities within their jurisdiction or power do not affect the environment of other States for areas beyond the limits of their national jurisdiction " .

33. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, C.I.J. Reports 1996, p. 226, spec. pp. 241-242, para. 29; See also the case concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary / Slovakia) of 25 September 1997, C.I.J. Reports 1997, p. 7, spec. P.41, para. 53. In the Corfu Channel case, the ICJ had already proclaimed "an obligation on any State not to allow its territory to be used for acts contrary to the rights of other States". C.I.J. Reports 1949, p. 22.

34. See Article 192

35. See article 3

The principle has generated a body of rules, the main ones being the principle of prevention, the principle of precaution and that of cooperation.

B. The principle of prevention

The principle of prevention is embodied in the Stockholm Declaration. Reiterated by that of Rio³⁶:

The preventive principle requires action to be taken at an early stage and if possible, before damage has actually occurred. This means that, in the event of an environmental impact assessment, it is necessary to ensure that the environmental impact assessment is carried out in accordance with the principles of environmental protection³⁷.

States must implement the relevant obligations of the United Nations Convention on the Law of the Sea³⁸.

36. Notes 9 and 10 supra

37. See Rio Declaration, *op. cit.*, note 21.

38. Those provided for in Part II, Section II of the Convention: Cooperation at the global or regional level, Notification of imminent threat of damage or actual damage, Pollution Emergency Plans, Studies, research programs and Exchange of information and data, Scientific criteria for the development of regulations. The Convention also provides for a series of obligations to prevent, reduce and control pollution of the marine environment. See sections 207 to 212 which form section 5

The often irreversible nature of damage to the environment, referred to by The Hague Court, justifies preventing its occurrence³⁹. The principle of prevention obliges States to be vigilant in accordance with international standards in order to prevent the activities carried out on national territory from affecting the transboundary environment.

It guided the first sectoral agreements relating to the preservation of certain areas⁴⁰, and it establishes the essential rules for the preservation of the marine environment in Part XII of the Convention.

Suffice to recall articles 192, 193, 194 paragraph 5 and 197 and to stress that pollution is essentially the consequence of modern technology. Therefore, the exercise of the States' sovereign rights is subject to the obligation to protect and preserve rare or fragile ecosystems as well as the habitat of depleted, threatened or endangered species and other forms of marine life. The regulation of the fisheries is of high importance due to overfishing, overexploitation of the fish stocks and particularly the illegal, unreported and unregulated fishing⁴¹, unknown at the time of

39. In the *Gabcikovo-Nagymaros* case, the ICJ said: "... the Tribunal does not lose sight of the fact that, in the field of environmental protection, vigilance and prevention are often irreversible damage to the environment and limitations inherent in the actual mechanism of repairing this type of damage. Throughout the ages, man has not ceased to intervene in nature for economic or other reasons. In the past, it has often done so without taking into account environmental effects. Thanks to the new opportunities offered by science and a conscious awareness that the continuation of these interventions at a reckless and sustained pace would represent for mankind - be they present or future generations - new norms and requirements which have been set out in a large number of instruments over the last two decades. These new standards must be taken into account and these new requirements properly appreciated not only when States are considering new activities but also when they are pursuing activities they have undertaken in the past. The concept of sustainable development reflects the need to reconcile economic development and environmental protection. For the purposes of this case, this means that the Parties should review the environmental effects of the operation of the *Gabcikovo-Nagymaros* Power Station. In particular, they must find a satisfactory solution with regard to the volume of water to be dumped in the old bed of the Danube and in the arms situated on either side of the river ", *Gabcikovo-Nagymaros* project (Hungary / Slovakia), ICJ judgment, Reports 1997, p. 7, spec. pp. 74-75, para. 140.

40. See R. Wolfrum, *op. cit.* (Note 10), p. 8; Burhennew (ed.), *International Environment Law-Multilateral treaties*, pp. 951-992. These sectoral conventions establish special regimes of responsibility, in private international law, for the private person or the private person [*Jure Gestionnis*] who is expressly designated. See also Wolfrum, Langenfeld, Minnerop, *op. cit.* (Note 10), spec. pp. 4-135.

41. See Tafsir Malick Ndiaye, « *La Pêche illicite, non déclarée et non réglementée* », *op. cit.*, Note 8 *supra*.

the drafting of the Convention.

The enshrinement of the Exclusive Economic Zone notion by UNCLOS, whose goal is to end the conflict of interest between coastal States and those possessing long-range flotillas, only aggravated it. The enjoyment of coastal States' sovereign rights through exploration and exploitation, conservation and the management of natural and biological resources of waters superjacent to the seabed in its EEZ, resulted in the flotillas moving from what was considered the High Seas to areas adjacent to the Exclusive Economic Zone, where catches have increased.

This situation is the consequence of State subsidies policies, which facilitated the introduction of numerous fishing vessels to the extent that the official gross tonnage of the world fleet increased exponentially, endangering the sustainability of the resource.

Indeed, the catch capacity of the fishing vessels has risen significantly due to the implementation of new fishing techniques, given that the technology is at its height. The innovations are more and more ingenious, particularly in fish tracking: the use of aircraft and sonar in the purse-seine fishery and the guided trawling. The use of new floating trawlers, new fishing nets, fishing pumps, the use of synthetic fibers, new freezing techniques and fish processing equipment, mother vessels constituting a wide network of recreational harbours⁴².

This terrifying arsenal is the cause of incidental and indiscriminate catches and as a result, destroys the marine habitat and prevents the reproduction of fishes. The consequence of this situation is the overfishing due to overexploitation of fish stocks, hampering the marine economy and the global ecosystem.

42. See FAO, Collaboration between the International Institutions in the fishery, document COFI/71/g (b) Annex III, p.15

C. The precautionary principle

It relates to the principle of prevention and is awaiting a formal customary consecration in the absence of consistency and precision in order to translate the expression of a collective *opinio juris*⁴³. The precautionary principle is polluted by polysemia and multiple invocations in the most diverse and dissimilar domains of which it is the subject⁴⁴. It is found in principle 15 of the Declaration:

“To protect the environment, precautionary measures must be widely applied by States according to their capabilities. In the event of irreversible or serious risks of damage, the absence of absolute scientific certainty should not be used as a pretext for delaying the adoption of effective measures to prevent environmental degradation⁴⁵”.

Exhortatory, the principle seems to determine obligations of means, not of results. It

"Reflects the growing tendency in international environmental law, which is better protected through prevention through remediation or remedial measures. It has become an intrinsic part of international environmental policy [...]"⁴⁶.

43. See L. Boisson de Chazournes, "The Implementation of International Environmental Law: Issues and Challenges", RGDIP, 1995, p.37 et seq.; L. Lucchini, "The precautionary principle in international environmental law: shadows more than light", French Directory of International Law (AFDI), 1999, p. 710 et seq.; P.M. Dupuy, "The Precautionary Principle and the International Law of the Sea" in *La Mer and its Law, Mixtures offered to Laurent Lucchini and Jean pierre Queuneudec*, Paris, Pédone, 2003, pp. 205-220; R. Wolfrum, op. cit. (Note 1), p. 10-15; O. McIntyre and T. Mosedale, "The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law", *Journal of Environmental Law*, 1997, vol.9, pp.221-235.

44. As written by P.M. Dupuy, op. cit. (Footnote 32), p. 205: "The precautionary principle seems to be everywhere and nowhere. Everybody talks about it, and its evocation animates the media according to the scandals or the disasters that afflict our technical societies, too quickly developed in the perspective of an immediately profitable progress to take the time to study the impact of good innovation on ecological balance or human health; Contaminated blood, mad cows, British sheep slaughtered with foot-and-mouth disease, uncertainty about the safety of genetically modified organs, fear of genetic research losing its soul, everything seems to make a world become an apprentice to take on what the Principle 15 of the Rio Declaration, adopted at the first Earth Summit in 1992 called for "precautionary measures".

45. Note 21 supra

46. R. Wolfrum, op. cit. (note 1). As well as, D. Freestone, D and E. Hey (eds.), *The precautionary principle: A fundamental principle of International Law*, Kluwer, 1996, 274 p.

The precautionary principle is embodied in a series of resolutions and declarations and subsequently reproduced in a number of treaties that specify their scope⁴⁷ .

The principle raises two essential questions. On the one hand, under which case can the precautionary principle be invoked? and restricting an activity based on principle can it guarantee its review or reconsideration on the other?

It was suggested that the precautionary principle should only apply where there is a risk of serious or irreversible damage to the environment.

This approach is consistent with the spirit of the Rio Declaration. It may also be thought that the earlier the damage is likely to occur, the sooner the precautionary principle must be invoked⁴⁸ . Another approach recommends a cautious attitude in any case in order to ensure the vigilant protection of the environment.

In case of a restricted or prohibited activity, based on the precautionary principle, the risk or lack of scientific certainty that justified the restriction or prohibition must be reviewed or reconsidered from time to time.

Initiatives, based on the sustainability criteria, had to be taken. The sustainability criteria has been hampered by the overfishing and the detrimental effect on human activity, such as oil rigs; the erosion of bays; the destruction of the mangroves; industrial pollution; pesticides; the use of explosives, destroying marine life.

47. P.M. Dupuy, *op. cit.* (Note 32) pp. 207-215. For example, Article 2 (a) of the Convention for the Protection of the Marine Environment of the North East Atlantic provides: "Contracting Parties shall apply:

a) The precautionary principle, by virtue of which preventive measures are to be taken when there are reasonable grounds for concern that substances or energy introduced, directly or indirectly, into the marine environment may bring about hazards to human health, harm to living resources and marine ecosystems, damage amenities or interfere with other legitimate uses of the sea, even when there is no conclusive evidence of causal relationship between the inputs and the effects ».

48. R. Wolfrum, *op. cit.* (note 10) p. 13, explains that: "However, it is common to all interpretations there should be at least a *prima facie* finding that a given activity may result in considerable harm to the marine environment. Nonetheless, there remains some uncertainty over when the precautionary principle is to be applied with the effect that one considers to undertake a particular activity has to prove its harmlessness rather than the one envisaging to restrict or prohibit that activity to Environmental damage, however qualified ".

Thus, to sustain the Straddling and Highly Migratory fish stocks as well as, other biological resources, adjacent to their Exclusive Economic Zone, coastal States engaged in diplomatic negotiations that led to the agreement related to the conservation and management of the High Seas fish stocks that sets the basic principles and lay down the obligations and policing powers of the flag States.

The States practicing High Seas fishing shall cooperate with coastal States to ensure the sustainability of the fish stocks, build on reliable information, apply the precautionary approach, avoid as much as possible, pollution, waste, catch by lost or discarded gear, catch of non-target species and impacts on associated or dependent species, in particular endangered species, protect the biological diversity, apply and enforce the conservation and management measures through effective monitoring, control and surveillance systems.

In addition, States practicing High Seas fishing and coastal States shall engage in direct cooperation, through regional or sub regional fisheries organisations to the implementation of conservation and management measures.

Under article 94 of UNCLOS, the flag State shall effectively exercise its jurisdiction and control in administrative, technical and social matters over ships flying its flag. These general provisions are supplemented with the Agreement on Straddling Fish Stocks, which institutes a monitoring system of vessels fishing on the High Seas by the flag State by granting licenses and authorizations. Moreover, the flag State shall carry out thorough investigations and shall take legal action in case of clear evidence of infringement. The Agreement, also, grant policing powers to States, other than the flag State. It sets comprehensive rules, in respect to boarding and inspection, as well as, investigations on failures of the flag State.

The guidelines in Annex II of the Agreement precisely detail the precautionary measures and the implementation of the various points of reference in fishery management strategies that apply the precautionary principle.

One might think that the formal consecration of the principle will come from the conventional regulation, which has increased recognition in these times of urgency as the international judge observes a certain

caution in this matter⁴⁹.

Case law (II) will be examined before we consider the prospects offered to us (III)

II. CASE LAW

For the protection of the marine environment, the United Nations Convention on the Law of the Sea is an essential legal instrument. It contains 46 articles on the subject and appears to be the depository of a universal vocation. Moreover, it sets up mandatory procedures leading to binding decisions. Its purpose is to resolve "all problems relating to the law of the sea" and to establish "a legal order for the seas and oceans⁵⁰".

Part XII contains most of the articles dealing with disputes relating to the interpretation and application of these provisions.

The environmental aspect is present in many disputes and concerns: fishing and the problems raised by the overexploitation of fishery resources; the risks of radioactive pollution of the sea; consequences for

49. It will be recalled that the ICJ abstained in the Gabcikovo-Nagymaros case (see footnote 17 above) to rule on the existence and scope of the precautionary principle in general international law. Similarly, in the Southern Bluefin Tuna cases, Australia and New Zealand invoked the precautionary principle to request the International Tribunal for the Law of the Sea to prescribe provisional measures to prevent Japan from continuing to fish in addition to the quota to him allotted. According to the Australian Council Pr. Crawford, "The Applicants view of the SBT stock and its current state is a plausible view, and it indicates a reasonable concern. That is all we need for present purposes. You do not have to decide the merit of this case; that is for the future. What is the future of the future, which should be kept open by the preservation of the future, and especially by the avoidance of unilateral increases in catch? I have given powerfully, I have given power, I have given power, I have given power, Contribute tit ha conclusion [...] The effect of these five points is cumulative. They all point the same way, even without the precautionary principle; They make the case for conservation now. The International Tribunal for the Law of the Sea, Memorials, Minutes of Public Hearings and Documents, 1999, vol. 4, Martinus Nijhoff Publishers [Bluefin tuna (New Zealand v. Japan, Australia c Japan) provisional measures], p.427. If the Tribunal has not formally designated the principle and has not ruled on its existence and scope in general international law, it has retained the substance: "Considering that, in the opinion of the Tribunal, the parties Should therefore act with caution and precaution and ensure that effective conservation measures are taken to prevent severe damage to the bluefin tuna stock.

50. TIDM Case of Southern Bluefin Tuna, New Zealand v. Japan; Australia c. Japan, Application for the Prescription of Provisional Measures, Order of 27 August 1999, para. 77.

the marine environment of State land reclamation works; non-harmful use of the territory; compliance with protection and preservation measures taken by RFMO / RFMO Member States; obligation to cooperate in the protection of the marine environment, or the obligation of due diligence, or the obligation to protect "fragile ecosystems"

Up to now, it was essentially the urgent procedures that served as the basis for referral to the Tribunal in environmental disputes.

First, the provisional measures contain two scenarios. On the one hand, if a dispute has been duly submitted and if it considers *prima facie*, it has jurisdiction, ITLOS may prescribe any provisional measure which it considers appropriate under the circumstances to preserve the respective rights of the parties to the dispute or to prevent serious harm to the marine environment, pending the final decision. On the other hand, pending the constitution of an Annex VII tribunal, ITLOS may prescribe, modify or revoke provisional measures if it considers that *prima facie*, the Tribunal, which is to be constituted would have jurisdiction and that the urgency of the situation so requires⁵¹.

Next, the prompt release procedure appears to be the counterpart of the recognition of the concept of EEZ. The procedure is designed to preserve the balance between coastal States and flag States, in particular in the field of navigation; in order to avoid exorbitant economic damage to ship owners and operators. This procedure contains objective limits in the protection and preservation of the marine environment. It focuses on fisheries and the problems posed by the overexploitation of fishery resources⁵².

After that, we have the requests for advisory opinions. Under UNCLOS and the status of the Tribunal, the advisory function is exercised by the Chamber for the settlement of seabed disputes. On 1st February 2011, the Chamber issued its first advisory opinion on "The Respon-

51. UNCLOS, article 290, para. 1 and 5,

52. To date, ITLOS has experienced more than nine cases of prompt release. See www.itlos.org/business.

bilities and Obligations of States sponsoring Persons and Entities with respect to activities in the Area". These two instruments did not contemplate the advisory jurisdiction of the Tribunal in plenary session. This is a creation of the Tribunal in the development of its Rules of Procedure in 1996;

The possibility was then raised for the full court to give advisory opinions. For this reason, the jurisdiction clause is contained on the rules of the Tribunal, in its Article 138, which provides that the Tribunal may give an advisory opinion on a legal question as far as an international agreement relating to the purpose of the Convention expressly provides for a request of such opinion shall be submitted to the Tribunal.

Finally, the cases treated by the Ad Hoc tribunals dealt with the environment either by preterition or in *Obiter Dictum*.

It is clear from the case law that provisional measures play a special role in the protection of the marine environment. Let us examine the jurisprudence through the aforementioned procedures.

A. PROVISIONAL MEASURES

1. Southern Bluefin Tuna Case [ITLOS Order of 27 August 1999] Cases N° 3 and 4. Japan / Australia / New Zealand.

This case is related to the overexploitation of the Southern Bluefin Tuna fish stocks. New Zealand asserted that Japan did not comply with its obligation to cooperate in the management and the conservation of the Southern Bluefin Tuna fish stocks by refusing to take the necessary measures, against its nationals fishing in High Seas, in order to maintain the Southern Bluefin Tuna fish stocks at constant sustainable yield⁵³.

In its request of 30 July 1999, Australia demands that Japan immediately ceases its unilateral experimental fishing catch of SBT and restricts its catch in any given fishing year to its national allocation as last agreed in the Commission for the Conservation of Southern Bluefin Tuna⁵⁴.

53. See paragraphs 28-31, order of the 27 August 1999

54. Ibid, paragraph 32; See paragraph 33 for the conclusions and arguments presented by Japan in its statement of claim.

Whether provisional measures are required pending the constitution of the arbitral tribunal, the Tribunal notes, “in accordance with article 290 of the Convention, the Tribunal may prescribe provisional measures to preserve the respective rights of the parties to the dispute or to prevent serious harm to the marine environment” (para. 67)⁵⁵ .

The Tribunal observes that “the conservation of the living resources of the sea is an element in the protection and preservation of the marine environment” (para. 70)⁵⁶, and that “there is no disagreement between the parties that the stock of southern Bluefin tuna is severely depleted and is at its historically lowest levels and that this is a cause for serious biological concern” (para. 71)⁵⁷. The Tribunal notes that it “has been informed by the parties that commercial fishing for southern Bluefin tuna is expected to continue throughout the remainder of 1999 and beyond” (para. 75)⁵⁸ , that “the catches of non-parties to the Convention of 1993 have increased considerably since 1996” (para. 76)⁵⁹, and that “the parties should in the circumstances act with prudence and caution to ensure that effective conservation measures are taken to prevent serious harm to the stock of southern Bluefin tuna” (para. 77)⁶⁰ .

The Tribunal notes that “there is scientific uncertainty regarding measures to be taken to conserve the stock of southern Bluefin tuna and that there is no agreement among the parties as to whether the conservation measures taken so far have led to the improvement in the stock of southern Bluefin tuna” (para. 79)⁶¹ . It then states that, “although the Tribunal cannot conclusively assess the scientific evidence presented by the parties, it finds that measures should be taken as a matter of urgency to preserve the rights of the parties and to avert further deterioration of the southern Bluefin tuna stock” (para. 80)⁶².

55. Order of 27 October 1999, para. 67.

56. Ibid, para. 70.

57. Ibid, para. 71.

58. Ibid, para. 75.

59. Ibid, para. 76.

60. Ibid, para. 77.

61. Ibid, para. 79

62. Ibid, para. 80..

2. Mox Plant case
(United Kingdom / Ireland; ITLOS Order of 3 December 2001):
No. 10.

Whether provisional measures are required pending the constitution of the arbitral tribunal, it states that, “in accordance with article 290, paragraph 1, of the Convention, the Tribunal may prescribe provisional measures to preserve the respective rights of the parties to the dispute or to prevent serious harm to the marine environment” (para. 63)⁶³, and that “according to article 290, paragraph 5, of the Convention, provisional measures may be prescribed pending the constitution of the Annex VII arbitral tribunal if the Tribunal considers that the urgency of the situation so requires in the sense that action prejudicial to the rights of either party or causing serious harm to the marine environment is likely to be taken before the constitution of the Annex VII arbitral tribunal” (para. 64)⁶⁴. “the Tribunal must, therefore, decide whether provisional measures are required pending the constitution of the Annex VII arbitral tribunal” (para. 65)⁶⁵.

The Tribunal notes Ireland’s contentions that, once the MOX plant becomes operational, “some discharges into the marine environment will occur with irreversible consequences” (para. 68)⁶⁶, and “it is not possible to return to the position that existed before the commissioning of the MOX plant simply by ceasing to feed plutonium into the system” (para. 70)⁶⁷. The Tribunal also notes that Ireland “argues that the precautionary principle places the burden on the United Kingdom to demonstrate that no harm would arise from discharges and other consequences of the operation of the MOX plant, should it proceed, and that this principle might usefully inform the assessment by the Tribunal of the urgency of the measures it is required to take in respect of the operation of the MOX plant” (para. 71)⁶⁸.

63. Order of 3 December 2001, para. 63

64. Ibid, para. 64

65. Ibid, para. 65

66. Ibid, para.68

67. Ibid, para.70

68. Ibid, para.71.

The Tribunal takes note of the arguments of the United Kingdom which “contends that it has adduced evidence to establish that the risk of pollution, if any, from the operation of the MOX plant would be infinitesimally small” (para. 72)⁶⁹, that “the commissioning of the MOX plant ... will not ... cause serious harm to the marine environment or irreparable prejudice to the rights of Ireland, in the period prior to the constitution of the Annex VII arbitral tribunal...” (para. 73)⁷⁰, and that “neither the commissioning of the MOX plant nor the introduction of plutonium into the system is irreversible, although decommissioning would present the operator of the plant with technical and financial difficulties, if Ireland were to be successful in its claim before the Annex VII arbitral tribunal” (para. 74)⁷¹. The Tribunal also notes that, in the view of the United Kingdom, “Ireland has failed to supply proof that there will be either irreparable damage to the rights of Ireland or serious harm to the marine environment resulting from the operation of the MOX plant and that, on the facts of this case, the precautionary principle has no application” (para. 75)⁷².

The Tribunal observes that the Respondent, at the public sitting held on 20 November 2001, “has stated that ‘there will be no additional marine transports of radioactive material either to or from Sellafield as a result of the commissioning of the MOX plant’” (para. 78)⁷³, that “‘there will be no export of MOX fuel from the plant until summer 2002’ and that ‘there is to be no import to the THORP plant of spent nuclear fuel pursuant to contracts for conversion to the MOX plant within that period either’” (para. 79)⁷⁴. The Tribunal places on record these assurances given by the United Kingdom (para. 80)⁷⁵.

For these reasons, the Tribunal does not find that in the circumstances of this case “the urgency of the situation requires the prescription of the provisional measures requested by Ireland, in the short period be-

69. Ibid, para.72.

70. Ibid, para.73.

71. Ibid, para.74.

72. Ibid, para.75.

73. Ibid, para.78.

74. Ibid, para.72.

75. Ibid, para.73.

fore the constitution of the Annex VII arbitral tribunal” (para. 81)⁷⁶. The Tribunal notes, however, “that the duty to cooperate is a fundamental principle in the prevention of pollution of the marine environment under Part XII of the Convention and general international law and that rights arise therefrom which the Tribunal may consider appropriate to preserve under article 290 of the Convention” (para. 82)⁷⁷. “[I]n the view of the Tribunal, prudence and caution require that Ireland and the United Kingdom cooperate in exchanging information concerning risks or effects of the operation of the MOX plant and in devising ways to deal with them, as appropriate” (para. 84)⁷⁸.

In its Order, the Tribunal (para. 89)⁷⁹ : “. Unanimously, Prescribes, pending a decision by the Annex VII arbitral tribunal, the following provisional measure under article 290, paragraph 5, of the Convention: Ireland and the United Kingdom shall cooperate and shall, for this purpose, enter into consultations forthwith in order to: (a) exchange further information with regard to possible consequences for the Irish Sea arising out of the commissioning of the MOX plant; (b) monitor risks or the effects of the operation of the MOX plant for the Irish Sea; (c) devise, as appropriate, measures to prevent pollution of the marine environment which might result from the operation of the MOX plant.

3. Land reclamation case (Malaysia v. Singapore) case N° 12, Order of 8 October 2003.

Whether provisional measures are required pending the constitution of the arbitral tribunal, the Tribunal notes that “in accordance with article 290, paragraph 1, of the Convention, the Tribunal may prescribe measures to preserve the respective rights of the parties to the dispute or to prevent serious harm to the marine environment” (para. 64)⁸⁰.

76. Ibid, para.81.

77. Ibid, para.82.

78. Ibid, para.84.

79. Ibid, para.89.

80. Order of 8 October 2003, para. 64.

In relation to the Applicant's argument that the Respondent has breached certain provisions of the Convention, and in relation thereto, the precautionary principle (para. 74)⁸¹, the Tribunal notes that during the oral proceedings Singapore, in response to the measures requested by Malaysia, reiterated its offer to share the information requested by Malaysia with respect to the reclamation works (para. 76)⁸², stated that it would provide Malaysia with a full opportunity to comment on the reclamation works and their potential impacts (para. 77)⁸³, declared that it was ready and willing to enter into negotiations (para. 78)⁸⁴ and assured the Tribunal that it would not accelerate its works (para. 80)⁸⁵. The Tribunal places on record these assurances given by Singapore (para. 81)⁸⁶. With respect to the infilling works in Area D at Pulau Tekong, which was of primary concern to Malaysia (para. 84)⁸⁷, the Tribunal notes the commitment made by Singapore at the hearing not to undertake any irreversible action to construct the stone revetment around Area D pending the completion of a joint study to be undertaken by independent experts (para. 87)⁸⁸. The Tribunal places on record this commitment (para. 88)⁸⁹. The Tribunal considers that "it cannot be excluded that, in the particular circumstances of this case, the land reclamation works may have adverse effects on the marine environment" (para. 96)⁹⁰, and that "given the possible implications of land reclamation on the marine environment, prudence and caution require that Malaysia and Singapore establish mechanisms for exchanging information and assessing the risks or effects of land reclamation works and devising ways to deal with them in the areas concerned" (para. 99)⁹¹. The Tribunal states that "Malaysia and Singapore shall ensure that no action is taken which might prejudice the carrying out of any decision on the merits which the

81 Ibid, para.74

82. Ibid, para.76.

83. Ibid, para.77.

84. Ibid, para.78.

85. Ibid, para.80.

86. Ibid, para.81.

87. Ibid, para.84.

88. Ibid, para.87.

89. Ibid, para.88.

90. Ibid, para.96.

91. Ibid, para.99.

Annex VII arbitral tribunal may render” (para. 100)⁹² .

In its Order, the Tribunal (para. 106)⁹³: “ Unanimously, Prescribes, pending a decision by the Annex VII arbitral tribunal, the following provisional measures under article 290, paragraph 5, of the Convention: Malaysia and Singapore shall cooperate and shall, for this purpose, enter into consultations forthwith in order to: (a) establish promptly a group of independent experts with the mandate (i) to conduct a study, on terms of reference to be agreed by Malaysia and Singapore, to determine, within a period not exceeding one year from the date of this Order, the effects of Singapore’s land reclamation and to propose, as appropriate, measures to deal with any adverse effects of such land reclamation; (ii) to prepare, as soon as possible, an interim report on the subject of infilling works in Area D at Pulau Tekong; (b) exchange, on a regular basis, information on, and assess risks or effects of, Singapore’s land reclamation works;

4. Delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire (Order of 25 April 2015).

Whether provisional measures are required pending the final decision, the Special Chamber states that its power “to prescribe provisional measures under article 290, paragraph 1, of the Convention has as its object the preservation of the respective rights of the parties to the dispute or the prevention of serious harm to the marine environment pending the final decision” (para. 39)⁹⁴ , and that it “may not prescribe provisional measures unless it finds that there is ‘a real and imminent risk that irreparable prejudice may be caused to the rights of the parties in dispute’” (para. 41)⁹⁵ . The Special Chamber refers, in this connection, to paragraph 72 of the Tribunal’s Order of 23 December 2010 in the M/V “Louisa” Case. The Special Chamber also notes that “urgency is required in order to exercise the power to prescribe provisional measures, that is

92. Ibid, para.100.

93. Ibid, para.106.

94. Order of 25 April 2015, para.39.

95. Ibid, para.41.

to say the need to avert a real and imminent risk that irreparable prejudice may be caused to rights at issue before the final decision is delivered” (para. 42)⁹⁶.

As regards Côte d’Ivoire’s request for “provisional measures to prevent serious harm to the marine environment” (para. 64)⁹⁷, “the Special Chamber finds that Côte d’Ivoire has not adduced sufficient evidence to support its allegations that the activities conducted by Ghana in the disputed area are such as to create an imminent risk of serious harm to the marine environment” (para. 67)⁹⁸. The Special Chamber, however, notes that “the risk of serious harm to the marine environment is of great concern to [it]” (para. 68)⁹⁹ and that in its view “the Parties should in the circumstances ‘act with prudence and caution to prevent serious harm to the marine environment’” (para. 72)¹⁰⁰.

The Special Chamber refers, in this connection, to paragraph 77 of the Tribunal’s Order of 23 December 2010 in the M/V “Louisa” Case, to paragraph 77 of the Tribunal’s Order of 27 August 1999 in the Southern Bluefin Tuna Cases and to paragraph 132 of the Seabed Disputes Chamber’s Advisory Opinion of 1 February 2011 (Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area) (para. 72)¹⁰¹

96. Ibid, para.42.

97. Ibid, para.64.

98. Ibid, para.67.

99. Ibid, para.68.

100. Ibid, para.72.

101 Ibid, para.72

B. ADVISORY OPINIONS

1. Case No. 17: Responsibilities and obligations of States sponsoring Persons and Entities with respect to Activities in the Area [Advisory Opinion of 1 February 2011]

The Council of the International Seabed Authority raised the following question: What are the legal responsibilities and obligations of States-Parties to the Convention the sponsor the activities in the zone, in accordance with the 1994 Agreement related to the application of part XI of UNCLOS? The seabed chamber gave the following answer¹⁰² :

Sponsoring States have two kinds of obligations under the Convention and related instruments: A. The obligation to ensure compliance by sponsored contractors with the terms of the contract and the obligations set out in the Convention and related instruments. This is an obligation of ‘due diligence’. The sponsoring State is bound to make best possible efforts to secure compliance by the sponsored contractors. The standard of due diligence may vary over time and depends on the level of risk and on the activities involved.

This ‘due diligence’ obligation requires the sponsoring State to take measures within its legal system. These measures must consist of laws and regulations and administrative measures. The applicable standard is that the measures must be ‘reasonably appropriate’. B. Direct obligations with which sponsoring States must comply independently of their obligation to ensure a certain conduct on the part of the sponsored contractors. Compliance with these obligations may also be seen as a relevant factor in meeting the ‘due diligence’ obligation of the sponsoring State. The most important direct obligations of the sponsoring State are: (a) the obligation to assist the Authority set out in article 153, paragraph 4, of the Convention; (b) the obligation to apply a precautionary approach as reflected in Principle 15 of the Rio Declaration and set out in the Nodules Regulations and the Sulphides Regulations; this obligation is also to be considered an integral part of the ‘due diligence’ obligation of the sponsoring State and applicable beyond the scope of the two Regula-

102. Advisory opinion of 1 February 2011, Operative part.

tions; (c) the obligation to apply the ‘best environmental practices’ set out in the Sulphides Regulations but equally applicable in the context of the Nodules Regulations; (d) the obligation to adopt measures to ensure the provision of guarantees in the event of an emergency order by the Authority for protection of the marine environment; and (e) the obligation to provide recourse for compensation. The sponsoring State is under a due diligence obligation to ensure compliance by the sponsored contractor with its obligation to conduct an environmental impact assessment set out in section 1, paragraph 7, of the Annex to the 1994 Agreement. The obligation to conduct an environmental impact assessment is also a general obligation under customary law and is set out as a direct obligation for all States in article 206 of the Convention and as an aspect of the sponsoring State’s obligation to assist the Authority under article 153, paragraph 4, of the Convention

2. Advisory Opinion of the SRFC of 2 April 2015 (Case N° 21)¹⁰³

By a letter dated 27 March 2013, received on 28 March 2013, the Permanent Secretary of the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) transmitted to the Tribunal a request for an advisory opinion, pursuant to a resolution adopted by the Conference of Ministers of the SRFC at its fourteenth session, held on 27 and 28 March 2013. 2. In the said resolution, the Conference of Ministers had decided, in accordance with article 33 of the 2012 Convention on the Determination of the Minimal Conditions for Access and Exploitation of Marine Resources within the Maritime Areas under Jurisdiction of the Member States of the SRFC, to authorize the Permanent Secretary of the SRFC to seize the Tribunal, pursuant to article 138 of the Rules, in order to obtain its advisory opinion on the following questions: “1. What are the obligations of the flag State in cases where illegal, unreported and unregulated (IUU) fishing activities are conducted within the Exclusive Economic Zone of third party States? 2. To what extent shall the flag State be held liable for IUU fishing activities conducted by vessels sailing under its flag? 3. Where a fishing license is issued to a vessel within the framework of an inter-

103. Advisory opinion of 2nd April 2015, case N° 21, (para. 219)

national agreement with the flag State or with an international agency, shall the State or international agency be held liable for the violation of the fisheries legislation of the coastal State by the vessel in question? 4. What are the rights and obligations of the coastal State in ensuring the sustainable management of shared stocks and stocks of common interest, especially the small pelagic species and tuna?"

In its advisory opinion, the Tribunal (para. 219): Unanimously Replies to the first question as follows: The flag State has the obligation to take necessary measures, including those of enforcement, to ensure compliance by vessels flying its flag with the laws and regulations enacted by the SRFC Member States concerning marine living resources within their exclusive economic zones for purposes of conservation and management of these resources.

The flag State, in fulfilment of its obligation to effectively exercise jurisdiction and control in administrative matters under article 94 of the Convention, has the obligation to adopt the necessary administrative measures to ensure that fishing vessels flying its flag are not involved in activities in the exclusive economic zones of the SRFC Member States which undermine the flag State's responsibility under article 192 of the Convention for protecting and preserving the marine environment and conserving the marine living resources which are an integral element of the marine environment.

The foregoing obligations are obligations of 'due diligence'. The flag State and the SRFC Member States are under an obligation to cooperate in cases related to IUU fishing by vessels of the flag State in the exclusive economic zones of the SRFC Member States concerned. The flag State, in cases where it receives a report from an SRFC Member State alleging that a vessel or vessels flying its flag have been involved in IUU fishing within the exclusive economic zone of that SRFC Member State, has the obligation to investigate the matter and, if appropriate, take any action necessary to remedy the situation, and to inform the SRFC Member State of that action.

By 19 votes to 1 Replies to the fourth question as follows: Under the Convention, the SRFC Member States have the obligation to ensure the sustainable management of shared stocks while these stocks occur in their exclusive economic zones; this includes the following :

(i) the obligation to cooperate, as appropriate, with the competent international organizations, whether subregional, regional or global, to ensure through proper conservation and management measures that the maintenance of the shared stocks in the exclusive economic zone is not endangered by overexploitation (see article 61, paragraph 2, of the Convention);

(ii) in relation to the same stock or stocks of associated species which occur within the exclusive economic zones of two or more SRFC Member States, the obligation to ‘seek ... to agree upon the measures necessary to coordinate and ensure the conservation and development of such stocks’ (article 63, paragraph 1, of the Convention);

(iii) in relation to tuna species, the obligation to cooperate directly or through the SRFC with a view to ensuring conservation and promoting the objective of optimum utilization of such species in their exclusive economic zones (see article 64, paragraph 1, of the Convention). The measures taken pursuant to such obligation should be consistent and compatible with those taken by the appropriate regional organization, namely the International Commission for the Conservation of Atlantic Tunas, throughout the region, both within and beyond the exclusive economic zones of the SRFC Member States. To comply with these obligations, the SRFC Member States, pursuant to the Convention, specifically articles 61 and 62, must ensure that: conservation and management measures are designed to maintain or restore stocks at levels which can produce the maximum sustainable yield, as qualified by relevant environmental and economic factors, including the economic needs of coastal fishing communities and the special needs of the SRFC Member States, taking into account fishing patterns, the interdependence of stocks and any generally recommended international minimum standards, whether subregional, regional or global.

In exercising their rights and performing their duties under the Convention in their respective exclusive economic zones, the SRFC Member States and other States Parties to the Convention must have due regard to the rights and duties of one another. This flows from articles 56, paragraph 2, and 58, paragraph 3, of the Convention and from the States Parties’ obligation to protect and preserve the marine environ-

ment, a fundamental principle underlined in articles 192 and 193 of the Convention and referred to in the fourth paragraph of its preamble. Living resources and marine life are part of the marine environment and, as stated in the Southern Bluefin Tuna Cases, ‘the conservation of the living resources of the sea is an element in the protection and preservation of the marine environment.

C. ARBITRAL AWARDS

South China Sea Arbitration (Philippines v. China) Award of 12 July 2016

Under article 192 and 194, the states are under the obligation to protect and preserve the marine habitat. In this regard, they take, separately or jointly, measures, in line with the Convention, that are necessary to prevent, reduce and avoid the pollution of the marine environment, whatever the source. They take all the necessary measures so that activities under their authority cannot cause damages through pollution to other States. Concerning the responsibility of the flag State, each parties must ensure that vessels flying its flag do not exercise any activity, likely to compromise the effectiveness of the international measures of conservation and management¹⁰⁴ .

Thus, the award in the present case indicates:

« The South China Sea includes highly productive fisheries and extensive coral reef ecosystems, which are among the most biodiverse in the world. The marine environment around Scarborough Shoal and the Spratly Islands has an extremely high level of biodiversity of species, including fishes, corals, echinoderms, mangroves, seagrasses, giant clams, and marine turtles, some of which are recognised as vulnerable or endangered.

While coral reefs are amongst the most biodiverse and socioeconomically important ecosystems, they are also fragile and degrade under human pressures. Threats to coral reefs include overfishing, destructive fishing, pollution, human habitation, and construction.

104. ITLOS advisory Opinion of 2 April 2015, op. cit.

In the South China Sea, ocean currents and the life cycles of marine species create a high degree of connectivity between the different ecosystems. This means that the impact of any environmental harm occurring at Scarborough Shoal and in the Spratly Islands may not be limited to the immediate area, but can affect the health and viability of ecosystems elsewhere in the South China Sea ».

The Arbitral Tribunal examined three obligations concerning marine environment preservation and protection under UNCLOS. First, the obligation of due diligence.

“Article 192 of the Convention provides that “States have the obligation to protect and preserve the marine environment.” Although phrased in general terms, the Tribunal considers it well established that Article 192 does impose a duty on States Parties,¹⁰⁹³ the content of which is informed by the other provisions of Part XII and other applicable rules of international law. This “general obligation” extends both to “protection” of the marine environment from future damage and “preservation” in the sense of maintaining or improving its present condition. Article 192 thus entails the positive obligation to take active measures to protect and preserve the marine environment, and by logical implication, entails the negative obligation not to degrade the marine environment. The corpus of international law relating to the environment, which informs the content of the general obligation in Article 192, requires that States “ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control.”¹⁰⁹⁴ Thus States have a positive “duty to prevent, or at least mitigate, significant harm to the environment when pursuing large-scale construction activities.”¹⁰⁹⁵ The Tribunal considers this duty informs the scope of the general obligation in Article 192. ¹⁰⁵ »

Second, the obligation to conduct an Environmental Impact Assessment (EIA)

« Article 206 ensures that planned activities with potentially damaging effects may be effectively controlled and that other States are

105. South China Sea Arbitration (Philippines Vs China), Arbitral Award 2016, PCA case N° 2013 – 19, para.941.

kept informed of their potential risks. In respect of Article 206, the International Tribunal for the Law of the Sea emphasised that “the obligation to conduct an environmental impact assessment is a direct obligation under the Convention and a general obligation under customary international law.”¹¹⁰⁷ As such, Article 206 has been described as an “essential part of a comprehensive environmental management system” and as a “particular application of the obligation on states, enunciated in Article 194(2).”¹¹⁰⁸ While the terms “reasonable” and “as far as practicable” contain an element of discretion for the State concerned, the obligation to communicate reports of the results of the assessments is absolute ».

Moreover, The Tribunal considers that given the scale and impact of the island-building activities described in this Chapter, China could not reasonably have held any belief other than that the construction “may cause significant and harmful changes to the marine environment.” Accordingly, China was required, “as far as practicable” to prepare an environmental impact assessment. It was also under an obligation to communicate the results of the assessment¹⁰⁶.

And lastly, the Tribunal examined the obligation to cooperate. It said:

« With respect to China’s island-building program, the Tribunal has before it no convincing evidence of China attempting to cooperate or coordinate with the other States bordering the South China Sea. This lack of coordination is not unrelated to China’s lack of communication,¹⁰⁷».

It appears that it is always useful for States to cooperate and for this purpose enter into consultations forthwith in order to exchange further information, with regard to possible consequences, to monitor risks and devise as appropriate measures to prevent and protect pollution of the marine environment.

The measures taken must encompass the protection and the preservation of rare or fragile ecosystems as well as the habitat of depleted, threatened or endangered species and other forms of marine life. Other-

106. Ibid, paragraphs 948 and 988

107. Ibid. 986

wise, the flag State may carry out in depth investigation in the allegation of an infringement. [The Pulp Mills case (ICJ); Responsibilities and obligations of sponsoring States... (Advisory Opinion of 1 February 2011 – ITLOS); Chago Marine Protection Arbitration case; Mox Plant case (ITLOS)].

We shall now look at the prospects offered to us, these days.

III. PROSPECTS

There are two problems of concern to the international community of States as a whole. It is about:

A. CONSEQUENCES OF CLIMATE CHANGE

The consequences of climate change on the oceans are likely to be on the Law of the Sea agenda for a long time and may well occupy a number of international institutions. The 2010 report of the UN Secretary-General on Oceans and the Law of the Sea highlights the various aspects of these consequences: "rising sea levels; the melting of ice in the Arctic Ocean; The issue of ocean acidification; the challenges of marine biodiversity; increased frequency of extreme weather events and transfers in the distribution of biological species¹⁰⁸". That is why the United Nations General Assembly continues to stress the urgent need to address the effects of climate change and ocean acidification on the marine environment and marine biodiversity and recommends a number of measures¹⁰⁹. One of the flagship measures is raising public awareness of the adverse effects of climate change on the oceans¹¹⁰.

As part of its revised mandate, approved by the General Assembly, UN-Oceans, the inter-agency coordination mechanism for oceans and coastal issues, continued to give priority to a searchable online database containing an inventory of mandates and activities¹¹¹. In accordance with its mandate¹¹², the UN-Oceans Coordinator held the sixteenth mee-

108. See United Nations document A/65/69/Add.2, para.374

109. UN GA, Resolution 69.245

110. See UN Secretary-General report

111. Ibid.

112. See resolution 68/70, annex.

ting of the consultative process on the work of this mechanism¹¹³. UN-Oceans also organized a briefing session on the activities of UN-Oceans members on the sidelines of the Conference of the Parties (COP 21) at the United Nations Framework Conference on Climate Change in Paris. The issue of Oceans and climate change and the acidification of the oceans¹¹⁴.

The issue of climate change is of global concern. It is multidimensional¹¹⁵ in that it covers the most diverse and dissimilar domains¹¹⁶.

113. See www.un.oceans.org

114. See http://unfccc.int/files/meetings/Bonn_jun_2015/

115. See UN document A/65/69/add.2, para 374; R. Rayfuse and Scott (eds.) *International law in the Era of Climate Change*, London, 2012; Dryzek, Norgaard and Schlosberg (eds.), *Oxford Handbook of Climate Change and Society* Oxford, 2011; A. Boyle, "Climate Change and Ocean Governance", in M.C. RIBEIRO (ed.), *30 years after the signature of the UNCLOS ... op. cit.*[Note 112], pp. 357-382, où l'auteur écrit: "Rather, the important lesson is that climate change should be on the negotiating agenda of all international institution whose mandate is affected by it. It is a human rights issue. It is a trade issue. It is also an issue for IMO and those convention

secretariats responsible for protecting the marine environment pursuant to part XII of the 1982 Convention", p. 358.

116. As stated in the 2014 summary report dedicated to the leaders:

"1) Human influence on the climate system is clear ... recent climate changes have had widespread impacts on human and natural systems;

2) many of the observed changes are unprecedented;

3) the atmosphere and oceans have warmed, that amounts of snow and ice have diminished, and sea level has risen;

4) anthropogenic greenhouse gas emissions are extremely likely to have been the dominant cause of the observed warming since the mid-20th century;

5) Continued emissions ... will cause further warming and long-lasting changes ... increasing the likelihood of severe, pervasive and irreversible impacts;

6) Limiting climate change would require substantial and sustained reductions in greenhouse gas emissions;

7) It is very likely that heat waves will occur more often and last longer, and that extreme precipitation events will become more intense and frequent in many regions. The ocean will continue

to warm and acidify, and global mean sea level to rise;

8) Many aspects of climate change and associated impacts will continue for centuries;

9) The risks of abrupt or irreversible changes increase as the magnitude of the warming increases;

10) Without additional mitigation efforts ... warming by the end of the 21st century will lead to high, to very high risk of severe, wide-spread and irreversible impacts globally and

11) there are multiple mitigation pathways that are likely to limit warming to below 2°C relative to pre-industrial levels. the pathways would require substantial emissions reductions over the next few decades and near zero emissions of CO₂ and other long-lived greenhouse gases by the end of the century", IPCC, *Climate Change 2014 Synthesis Report, Summary for Policymakers*, http://www.ipcc.ch/pdf/assessment_report/ar5/syr/AR5_SYR_FINAL_SPM.pdf.

As Ph.Sands says:

“It is plain that climate change poses significant challenges to international law. The subject transcends the classical structure of an international legal order that divides our planet into territorially defined areas over which states are said to have sovereignty. Issues associated with climate change permeate national boundaries: emissions or actions in one state will have adverse consequences in another, and in areas over which states have no jurisdiction or sovereignty. (...) there is no other issue like climate change, where the sources of the problem-according to the IPCC-are so many and so broad, requiring actions that touch upon virtually every aspect of human endeavour and action. Each of us contributes to climate change; each of us will be affected by climate change¹¹⁷.”

Given the prolific nature of the problems raised by the changes and, above all, their differences in nature, several specialty criteria will have to be put in place to deal with the situation. Sea-level rise is likely to affect many islands and the low-tide elevation that may disappear. The problem of the rights to the maritime areas which fell within the jurisdiction of the said islands after the disappearance of the low-tide elevation will have consequences for the determination of the baselines.

Scientists have revealed that sea-level rise was faster from 2000 to 2009 than in the previous 5,000 years¹¹⁸. The immediate challenge facing this situation is the protection of archipelagos likely to be threatened by rising sea levels and populations living on the coast. The various island formations of certain archipelagos are at a very low level above the present level of the sea¹¹⁹.

117. Ph. Sands, “Climate change and the Rule of Law: Adjudicating the Future in International Law”, Public Lecture, United Kingdom Supreme court, 17 September 2015, 530 pm, pp. 1-21, spec.p.6.

118. It is estimated that one third of the increase is due to the melting of continental glaciers and polar ice (average winter temperature in Antarctica rose by 6 degrees in 50 years), another third to dilation of Sea water because of its warming, even minimal, the last third causal being still indeterminate. See J.P. Pancraccio, *Law of the Sea, Précis Dalloz* 2010, p. 2.

119. This is the case for the archipelagos of Tuvalu (Pacific Ocean), the Maldives (Indian Ocean) and the Seychelles (Indian Ocean). These archipelagos are classified as Small Island Developing States, many of whose islands are only 1 or 2 meters high; Which exposes them singularly

The melting of continental glaciers and polar ice will affect the law of the sea. It will generate new continental shelves; new shipping routes and may be a new piracy due to the idleness of indigenous peoples likely to be and the migration of fish stocks to these new ice-free areas. This situation can create new fishing activities at the same time as a new hydrocarbon or gas industry, that is to say also a possible pollution. This means that many issues will emerge and will require a very close international cooperation to remove these zones from a geo-economic and geostrategic conflict situation.

Meanwhile, States may rely on UNCLOS for the protection and preservation of the marine environment. "States have an obligation to protect and preserve the marine environment¹²⁰". They are thus required to take measures to prevent, reduce and control pollution of the marine environment.

In particular, States must take all necessary measures to ensure that activities within their jurisdiction or control are conducted in such a way as not to cause pollution damage to other States and their environment and to ensure that the resulting pollution Incidents or activities within their jurisdiction or control does not extend beyond the areas where they exercise sovereign rights¹²¹.

This principle of non-harmful use of the territory appears to be a due diligence¹²³ obligation, and therefore liable to involve the responsibility of a State¹²⁴.

120. Article 192 of UNCLOS and Article 194 paragraph 5 to clarify that "measures taken in accordance with this Part shall include measures necessary to protect and preserve rare or delicate ecosystems and the habitat of species and other marine organisms in decline, Threatened or threatened with extinction". These obligations should be considered in tandem with those relating to the conservation and management of the living resources of the high seas as contained in articles 117 to 120 of UNCLOS

121. Article 194, para.2

122. See Tafsir Malick NDIAYE "The International Responsibility of States for Marine Damage", in B. Vukas, T. SOSIC (eds.), *International Law: New Concepts, Continuing Dilemma, Liber Amicorum Boziclar Bakotic*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden / Boston 2010, pp. 265-279, 267; See also the Basel Convention of 22 March 1989 on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes, *International Legal Materials (ILM)*, Vol. 28, p. 649 (1989).

123. See ITLOS, Case No. 17, *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities in Activities Conducted in the Area* (Request for Advisory Opinion Submitted to the Seabed Disputes Tribunal), paragraphs 115-120.

124. On the justiciability of climate change, see A. BOYLE, *op. cit.* [Note 141] pp.378-380; Ph. Sands *op. cit.* [Note 143], p. 11-15.

The other major challenge is the acidification of the oceans, whose level of scientific knowledge is in the limbo of stagnation, prompting the Community of Nations to take note of the situation. As Tommy Koh points out:

“The nexus between climate change and the oceans is insufficiently understood. People generally do not know that the oceans serve as the blue lungs of the planet, absorbing Co2 for the atmosphere and returning oxygen to the atmosphere. The oceans also play a positive role in regulating the world’s climate system. One impact of global warming on the oceans is that the oceans are getting warmer and more acidic. This will have a deleterious effect on our coral reefs. In view of the symbiotic relationship between land and sea, the world should pay more attention to the health of our oceans¹²⁵”

125. See, T. Koh, in L. Del Castillo (ed.) *Law of the Sea, from Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea*, Liber Amicorum Judge Hugo Caminos, Brill / Nijhoff, 2015, p.108; In its resolution, the General Assembly of the United Nations says: "§81 Takes note of the work of the Intergovernmental Panel on Climate Change, including its conclusions that, The effects of ocean acidification on marine biology are not yet known, this progressive acidification is expected to have a negative impact on shellfish marine organisms and their dependent species, and in this regard encourages States to continue, Urging research on ocean acidification, in particular observation and measurement programs ", A / RES / 62/215 of 14 March 2008, Resolution adopted by the General Assembly of the United Nations on 22 December 2007 , P. 16, para. 81.

B. MARINE GENETIC RESOURCES

The issue is being considered by an Ad Hoc Open-ended Informal Working Group, established by the United Nations General Assembly in 2004, to address issues related to the conservation and sustainable use of marine biodiversity in Areas beyond national jurisdiction "the Ad Hoc Working Group¹²⁶".

This work is carried out through the Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea ("the Consultative Process"), which focuses on marine genetic resources and agrees that the Ad Hoc Working Group To consider this issue¹²⁷. Discussions were held on the legal regime to be applied to marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction, in accordance with UNCLOS and the General Assembly had to ask States to continue consideration of this issue in within the mandate of the Ad Hoc Working Group, to advance the work¹²⁸.

The community of States is doubly aware of the abundance and diversity of marine genetic resources and their value in terms of the benefits that can be derived from it and the goods and services to which they may give rise, a part. On the other hand, it is also aware of the importance of research on marine genetic resources to better understand and better manage marine ecosystems and their potential uses and applications¹²⁹.

126. See A / 61/65 and Corr. 1

127. As requested by the United Nations General Assembly in paragraph 91 of Resolution 61/222. The Working Group held several meetings from 2006 to 2015.

128. See document A / RES / 62/215 of 14 March 2008, p.24, para. 133.

129. Ibid. Paragraphs 134 and 135; See also J. Wehrli and Th. Cottier " towards a treaty instrument on marine genetic resources" in M. C. Ribeiro (ed.), 30 years after the signature of the UNCLOS ... op. cit. [Note 112] pp. 517-549 where it is stated that "The law, and international law, finds itself in the classic constellation of ex post assessment of the implications of rules not per se designed to deal with novel and impending challenges. [...] Even the deep sea, which belongs to the least explored areas in the world, supports mammals and fish, including sea stars, sponges, jellyfish and bottom – dwelling fish, worms, molluscs, crustaceans, and a board range of single-celled orga-nisms", p.518; M. Allsopp and al., World Watch Report 174: Oceans in Peril: Protecting Marine Biodiversity, World Watch Institute, Washington DC, September 2007, p. 7.; T. Heidar, "Overview of the BBNJ Process and Main Issues", CIL International Workshop, Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction: Prepa-ring for the PrepCom, Singapore, 3-4 February 2016 [PowerPoint].

The first meetings of the Informal Working Group saw very little progress in the discussions where there was strong disagreement and divergence on the issue of the applicable legal regime for marine biodiversity, including marine genetic resources beyond the national jurisdictions.

The particular nature of genetic resources, which must be thoroughly explored, makes discussions very difficult. The question that arises is whether they belong to the seabed or to the superjacent waters. The answer to this question reflects on the applicable rules of the law of the sea. Thus, two opposing and exclusive points of view have clashed in the process. On the one hand, some States have argued that the fundamental principle to be applied in this matter is that of the common heritage of mankind, while other States have asserted the principle of freedom of the high seas, 'other.

Three types of arguments are advanced to support the different positions.

First, the question of whether the regime applicable to the Area concerns resources other than minerals. It is well known that UNCLOS means resources of all in situ solid, liquid or gaseous mineral resources in the area that are on the seabed or subsoil thereof, including polymetallic nodules and once extracted from the Zone, are called "minerals"¹³⁰. The argument is sometimes developed on the basis of an analogy with the status of sedentary species on the continental shelf.

Second, the question of whether Article 143 of UNCLOS can be invoked in support of the idea that the prospecting of genetic resources should be conducted for exclusively peaceful purposes and in the interest of all humanity in accordance with Part XIII¹³¹. Finally, the question of whether the International Seabed Authority is called upon or not to play any role in this matter, since the Authority is the organization through which States Parties organize and Control activities in the Area, including the administration of its resources¹³².

130. UNCLOS, article 133, para. a) and b)

131. The words of Article 143, paragraph 1, of the UNCLOS relating to "Marine Scientific Research" in the Area, that is to say, the seabed and its subsoil beyond the limits of jurisdiction national.

132. UNCLOS, article 157

It was in 2011 that the Working Group was to recommend the establishment of a process whereby the legal framework for the conservation and sustainable use of marine biodiversity in areas not under national jurisdiction reflects Different points of view of States. In particular, "taken jointly and as a whole", issues relating to marine genetic resources, including those related to benefit-sharing, measures such as area management tools, including marine protected areas, Impact on the environment, as well as capacity building and transfer of marine technology.

This recommendation will be adopted by the United Nations General Assembly and is presented as the package deal of negotiations in the development of an international legally binding instrument related to UNCLOS on the conservation and sustainable use of Marine biodiversity in areas not under national jurisdiction (BBNJ)¹³³ .

The Working Group continued to examine these issues in the context of the new process. It held two workshops in 2013 on marine genetic resources and on the conservation and sustainable use of marine biodiversity on the other. The General Assembly convened that the Working Group should hold several meetings to prepare the decision it was due to take at its 69th session and for which it requested recommendations on terms of reference¹³⁴ , application, parameters and possibilities for the development of an international instrument related to the Convention.

133. See United Nations document A / RES / 69/292 of 6 July 2015, adopting the Resolution adopted by the General Assembly on 19 June 2015 "Preparation of an international instrument relating to UNCLOS, Sustainable use of marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction", p. 2, para. 1.

134. See A / RES / 69/292 op. [Note 113] where the first recital reads: "The General Assembly, Reaffirming the commitment made by the Heads of State and Government in para. 162 of the outcome document of the United Nations Conference on Sustainable Development, held in Rio de Janeiro, Brazil from 20 to 22 June 2012, entitled "The future we want, II endorsed in its resolution 66/288 of 27 July 2012, to address urgently the issue of Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity in Not based on national jurisdiction, on the basis of the work of the Ad Hoc Open-ended Working Group ij Open-ended Composition on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity in Areas Beyond Of the limits of national jurisdiction and in particular to take a decision on the adoption of an international instrument relating to the United Nations Convention on the Law of the Sea before the end of its sixty-ninth session ".

After considering the recommendations¹³⁵ of the Ad Hoc Open-ended Working Group and welcoming the progress made by the Working Group in implementing, in accordance with its mandate¹³⁶, the General Assembly decided to develop a legally binding international instrument on 19 June 2015.

It also decides to establish, before the date of an intergovernmental conference, a preparatory committee, open to all Member States of the United Nations, members of the specialized agencies and parties to the Convention . The Committee is responsible for making substantive recommendations to the General Assembly on the elements of the draft international legally binding instrument relating to the Convention¹³⁷. The Committee will have to take into account the various Co-Chairs' reports on the work of the ad hoc informal working group on issues related to the conservation and sustainable use of marine biodiversity. The committee began its work in 2016 and will hold two sessions of two weeks each. The first session took place from 28 March to 8 April and the second session will take place from 26 August to 9 September. The same will happen in 2017 and the Preparatory Committee will report to the General Assembly on the status of its work by the end of 2017. The Preparatory Committee is chaired by Ambassador Eden Charles of Trinidad and Tobago¹³⁸.

The General Assembly of the United Nations decided that before the end of its seventy-second session it would take a decision, taking into account the report of the Preparatory Committee, on the organization and date of the opening of an intergovernmental conference , To be held under the auspices of the United Nations; The recommendations of the Preparatory Committee and the development of an international legally binding instrument related to the Convention.

On 28 February 2017, the Chairman of the Preparatory Commission

135. See doc. A/69/780, annex sect. I

136. See resolutions 66/321 of 24 december 2011 and 67/78 of 11 december 2012

137. See doc. A/69/780, annex sect. I

138. Ibid. For the organisation and the ruling of the preparatory committee, paragraph 1,

submitted a text entitled 112 pages "Non-paper" and 759 proposals from States, which constitute the elements of the draft international legally binding instrument on the conservation and sustainable management of Biodiversity beyond national jurisdiction.

The text is a reference document, which will greatly assist delegations in the consideration of issues and ideas under discussion in the Preparatory Committee¹³⁹ .

Section E of Chapter III, "Environmental Impact Assessments", is particularly important for the protection and preservation of the marine environment with the suggested principles: "Precautionary principle / Approach; Ecosystem approach; Science-based approach; Transparency in decision making; Inter-and-Intra Generational Equity; Responsibility to protect and preserve marine environment; Stewardship; No-net-loss principle¹⁴⁰ »

This process of negotiation will undoubtedly be enhanced by the interpretation and application of Part XII of UNCLOS. Moreover, the dialogue between international and arbitral tribunals will gradually establish an international regime for the protection of the environment.

Dakar, 05th July 2018

1139. See <http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom.htm>]

140. See Non Paper, *ibid*, pp. 64-78

PROCEEDINGS BEFORE THE
INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR
THE LAW OF THE SEA

By Tafsir Malick NDIAYE
Judge of International Tribunal for the Law of the Sea

ABSTRACT:

The proceedings of the International Tribunal for the Law of the Sea reflect the Tribunal multi-faceted jurisdiction contained in the Rules, which were adapted on 28 October 1997 after one year of deliberations. These Rules and other relevant instruments are kept under review in order to be able to introduce modifications suggested by the experience of their implementation. The proceedings set out in the Rules have so far proved to be very successful because they are not only expeditious but also cost-effective, i.e. the proceedings before the Tribunal are supposed to be conducted without unnecessary delay or expense as Rule 49 set out the policy.

Keywords:

Proceedings; Written Proceedings; Oral Proceedings; Merits; Submission Of Cases; Judicial Body; Pleadings; Deliberations; Judgments; Incidental Proceedings; Provisional Measures; Preliminary Proceedings; Preliminary Objections; Counter Claims; Intervention; Discontinuance; Prompt Release; Advisory Proceedings; Seabed Dispute Chamber

I. INTRODUCTION

For permanent international courts such as the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), the law applicable to procedure follows the same principle as that governing the merits of a case. Although, to a great extent, the law is already set down, the Tribunal plays an important role in its establishment. The basis on which contentious proceedings are conducted before the Tribunal is essentially the Statute and Rules of the Tribunal.

The Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea were adapted on 28 October after months of deliberations from October 1996. ITLOS had to take into account the UNCLOS provisions, especially Annex VI thereto, which is the Tribunal's Statute that empowers the body to adopt Rules of procedure i.e., in broad lines the organisation of the Tribunal and the procedure to be followed in cases submitted to it.

The Statute of the Tribunal develops a certain number of principles

set out in Section 2 of Part XV of the United Nations Convention¹ on the Law of the Sea (hereinafter "the Convention"). It is an integral part of the Convention and forms Annex VI thereto. It can be amended only by the same procedure as amendment of the Convention¹ and, since the Convention and the Statute are in existence, potential litigant parties have no further role to play in the establishment of rules governing their case.

However, these rules are still too general to cover every question that might arise as a case proceeds, and it is for that reason that judges require rules of application. Thus the Statute² of the Tribunal recognises the latter's power to establish a set of rules of procedure, the object of which is rightly to supplement the general rules laid down in the Convention and the Statute and to specify in detail the measures to be taken in order to give effect to the rules imposed thereon. Therefore, the Rules may not contain provisions that are contrary to or contravene those set out in the Statute. The Tribunal cannot grant itself prerogatives not conferred by the Statute. In other words, owing to the different status of their authors, the Statute and the Rules do not have the same juridical value.

Indeed, although the Tribunal is bound by the Statute, which forms an integral part of the Convention, it may amend or modify the Rules,

1. Article 41 of the Statute provides: "1. Amendments to this Annex, other than amendments to section 4, may be adopted only in accordance with Article 313 (of the Convention) or by consensus at a conference convened in accordance with this Convention. - 2. Amendments to section 4 may be adopted only in accordance with Article 314. - 3. The Tribunal may propose such amendments to this Statute as it may consider necessary, by written communications to the States Parties for their consideration in conformity with paragraphs I and 2."

2. Article 16 of the Statute provides: "The Tribunal shall frame rules for carrying out its functions. In particular it shall lay down rules of procedure." Thus, the International Tribunal for the Law of the Sea drew up Rules and adopted them on 28 October 1997.

which the Tribunal itself established³ However, despite the difference between these two texts, the common objective of their authors is to ensure that parties to proceedings are treated equally. The aim thereof is to enable the proceedings to reach their conclusion as a result of rules being properly applied and parties systematically presenting their claims and counter-claims so that the legal truth can be established.

The proceedings are supposed to be conducted without unnecessary delay or expense. This affects the time-limits and other devices to meet the need for making the procedure expeditious. Transparency is also a basic principle followed by the Rules, as regard to the appearance before the Tribunal and the access for the public to the written pleadings of a case

To that end, the Tribunal applies the provisions of the Statute and of the Rules. Alongside these two texts, which set down in detail the modalities according to which a case should be conducted, procedure is governed by the Convention, the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal, and by the Guidelines concerning the Preparation and Presentation of Cases before the Tribunal⁴.

It is by applying this principle of equality between parties that the President of the Tribunal should, pursuant to Article 45 of the Rules, as-

3. On many occasions, the International Court of Justice has had to recall the intangible nature of the Statute. Indeed, following Albania's failure to attend in the third stage of the Corfu Channel Case in which the Court was to determine the amount of the compensation to be paid to the United Kingdom, Albania maintaining that the special agreement of 25 March 1948 did not confer jurisdiction on the Court to fix the amount of the compensation, the Court had to throw out the argument, recalling its judgment of 25 March 1948, by means of which competence was conferred on the Court, and stating "in accordance with the Statute (Article 60), which, for the settlement of the present dispute, is binding upon the Albanian Government"; see I.C.J. Reports 1949, p. 248. The Court also stated, in the Haya de la Torre Case, that it should not depart from the principle set out in Article 43, paragraph 1, of its Statute, whereby the procedure was divided into a written and an oral phase, in response to the parties which had suggested that the oral phase of the proceedings be dispensed with. It should be noted that, if this case had been dealt with by the International Tribunal for the Law of the Sea, the latter would have been able to follow the suggestion made by Colombia and Peru insofar as it is the Rules of the Tribunal (Article 44, paragraph 1) which set down the principle of two procedural phases. On the other hand, the court or tribunal may take whichever decisions it sees fit for the conduct of proceedings, provided they are compatible with the provisions of the Statute.

4. These texts can be accessed via the Tribunal's website. See also the Guide to Proceedings before the Tribunal at www.itlos.org

certain the views of the parties with regard to questions of procedure. It is this same principle which should predicate all decisions taken or to be taken with respect to the order in which pleadings should be submitted - the burden of proof, the hearing of the parties and their right to respond, the allotment of time for preparing files, and the time accorded to speakers. It is worth noting that generally when a case is brought by means of compulsory jurisdiction through a unilateral application, the competence of said jurisdiction and the admissibility of the request are often challenged. The subject of application or claims that may lead to non appearance are often highly political matters, relating to sovereignty, independence, or simply national prestige, which explains the defiant attitude of governments towards International Courts and Tribunals⁵. As concerns the sanctioning of rules of procedure, the nature of the sources has an effect on the form which that sanction takes. No well-established practice appears to exist. Although there is a tendency for the failure to recognise procedural rules having their origin in an agreement between the parties being sanctioned with inadmissibility, on the other hand, the applicability of this same sanction when the author of the rule of procedure is the Tribunal is shrouded in uncertainty. It must be stated that the litigant parties are sovereign States, which consent to appear before International Courts. In the *Juno Trader* Case before the Tribunal, it will be recalled that Guinea-Bissau did not produce its statement in response, contrary to the request of Saint Vincent and the Grenadines. However, it did indeed attend the entire oral proceedings. Should the provisions of the Rules⁶ be amended in order to deal with such a case of failure to observe due process? In light of the above, the successive stages of proceedings on the merits will be examined. (II) we will then study the incidental proceedings (III) and the prompt release proceedings (IV) before examining the advisory proceedings (V).

5. See TM Ndiaye, Non Appearance before the International Tribunal for the Law of the Sea, *Indian Journal of International Law*, Vol 53, N°4, Oct-Dec. 2013, pp. 545-564; Alexandrov "Non Appearance Before the ICJ", 11, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 33, 1995, pp. 41-72, DW Bowett "Contemporary development and Legal Techniques in the Settlement of Disputes", 11 *RCADI*, 180 (1983) pp. 169-235; Sir G. FITZMAURICE "The Problem of Non Appearing Defendant Government" *BYBIL*, Vol. 51 (1980) 89-120.

6. See Article 111, paragraph 4 of the Rules; see also "*Juno Trader*" case (*St Vincent and the Grenadines V. Guinée-Bissau*) prompt release, judgment of 18 December 2004

II. PROCEEDINGS ON THE MERITS

A. SUBMISSION OF CASES TO THE TRIBUNAL

Depending on the particular case, disputes are submitted to the Tribunal either by notification of a special agreement or by written application, addressed to the Registrar⁷. The method of submission selected by application or by notification of a special agreement - will be examined successively.

(i) The choice of the method of submission

The method of submission selected follows the principle of freedom, the possibility of making several submissions and their consequences for the Tribunal's jurisdiction.

First, the parties are free to choose to submit their case to the Tribunal by written application or by special agreement. This is the principle set down by the International Court of Justice (ICJ) in the Corfu Channel Case⁸.

In its concluding statement, the Albanian Government requested the Court: to place on record that the Albanian Government, in accepting the Security Council's recommendation, is obliged only to submit the above-mentioned dispute to the Court in accordance with the provisions of the Statute of the Court⁹; and to give judgment that the Application of May 13th last, addressed to the Court by the Government of the United Kingdom against the Government of the People's Republic of Albania, is inadmissible, the Government of the United Kingdom having submitted the said Application contrary to the provisions of Article 40, paragraph 1, and Article 36, paragraph 1, of the Statute of the Court.

The ICJ rejected these conclusions linking the method of submission to the optional or compulsory nature of the competence of the Court. According to the latter, whilst the consent of the parties confers jurisdiction on the Court, neither the Statute nor the Rules require this consent to be expressed in any particular form. Albania's argument that

7. Article 24 of the Statute.

8. Corfu Channel Case (Preliminary Objection), I.C.J. Reports, 1947-1948, Judgment of 25 March 1948, p. 15.

9. The first conclusion refers to the Resolution of 9 April 1947 in which the Security Council recommended "the United Kingdom and Albanian Governments should immediately refer the dispute to the International Court of Justice in accordance with the provisions of the Statute of the Court".

the application was inadmissible since it had been submitted contrary to the provisions of Article 40, paragraph 1, and of Article 36, paragraph 1, of the Statute of the Court is based essentially on the assumption that the application would fall only in the domain of compulsory jurisdiction, since a special agreement only would be possible outside this domain.

The Court stated that this was a mere assertion which had no basis in either of the texts cited. The Court specified that Article 32, paragraph 2, of the Rules, in requiring the application to mention, not as an absolute necessity but only "as far as possible", the provision on the basis of which the applicant claims to found the jurisdiction of the Court, does indeed appear to imply clearly, both in itself and by the reasons for its being drafted, that the application does not fall exclusively in the domain of compulsory jurisdiction¹⁰

The possibility of more than one application being submitted simultaneously to the Tribunal can then be envisaged. In that case, the Tribunal has to ascertain the parties' common intention, in order to determine the basis and extent of its competence. It will be recalled that, in the Corfu Channel Case, Albania and the United Kingdom reached a special agreement following the judgment of 25 March 1948. The text specified that :

“The Parties agree that the present Special Agreement shall be notified to the International Court of Justice immediately after the delivery on the 25th March of its judgment on the question of jurisdiction¹¹ ”

The Court's competence to hear and determine the dispute could have been based either on this special agreement or on the judgment rendered on 25 March. On 26 March 1948, the Court issued an order, whereby, observing that the agreement henceforth formed the basis on which the Court should hear the case and set out the questions submitted to it¹², the Court was to give preference to the common intent of the parties. According to the Court, "the main object both Parties had in mind when they concluded the Special Agreement was to establish a complete equality between them by replacing the original procedure based on a unila-

10. Corfu Channel Case, note 9, pp. 25-27.

11. Special agreement concluded on 25 March 1948; see Judgment of 9/4/1949 (Merits), I.C.J. Reports, 1949, p. 6.

12. I.C.J. Reports, 1947-1948, p. 53

teral Application by a procedure based on a Special Agreement¹³.» This method of submission logically exempts the procedure from preliminary objections. It was also on the basis of the special agreement of 29 December 1950 that the ICJ considered itself seized of the *Minquiers and Ecrehous Case*, whilst France and the United Kingdom had both signed an optional clause conferring compulsory jurisdiction on the Court so that it could be seized of the case¹⁴.

Finally, although very different, the existence of a close link between the concepts of submission and competence can nevertheless be noted. Indeed, whilst competence is the basis upon which the Tribunal should hear and determine a case submitted to it - it is determined by the Tribunal itself¹⁵ - for the party submitting a claim, submission of a case is the right for a case to be heard on its merits as a result of its being brought before the Tribunal. For that purpose, a jurisdictional link has to be invoked.

The concepts of jurisdiction and submission are sometimes confused, for instance, when the sole fact of the Tribunal's being seized of a case immediately establishes its competence. This is the case of submission by way of a special agreement when the Tribunal is notified thereof by the parties which have signed the said agreement. It is also the case when the Tribunal is seized of two applications simultaneously¹⁶ and when, seized by way of a written application, the declaration of compulsory jurisdiction endorsed by the defending State does not impede its competence. However, in all other cases, competence and submission

13. I.C.J. Reports, 1949 (Merits), p. 25.

14. When discussing the number of States which are signatory to the special agreements in the *North Sea Continental Shelf Case*, M. Bedjaoui writes: "It will be noted in passing that introducing a case by way of a special agreement has henceforth become the most common method of submitting cases to the Court. This is a welcome development which has largely made up for the disappointment felt at the system instigated to encourage States to accept the jurisdiction of the Court in advance in all disputes in which they had to appear before the latter, or in all those cases falling into specific categories.

15. As we know, that system was not as successful as had been expected and has frequently been the source of controversy as regards the competence of the Court, whilst that competence cannot be placed in doubt when a case is submitted by means of a special agreement." Bedjaoui, "La 'fabrication' des arrêts de la Cour Internationale de Justice," in *Mélanges Michel Virally* (Pedone, Paris, 1991), p. 88

16. In the *Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906* (Judgment of the I.C.J. of 18 November 1960), Nicaragua and Honduras submitted applications to the Court simultaneously

remain distinct. In the case of submission by way of a written application, the respondent may always contest the Tribunal's competence in a compulsory jurisdiction system. Moreover, the objection is almost always accompanied by a question as to the admissibility of the application.

As concerns the case of optional jurisdiction, there are many examples of parties failing to appear before the ICJ¹⁷. The International Tribunal for the Law of the Sea has had the experience of a party in a case refusing to appear before it¹⁸. However, it should be recalled that the Tribunal's jurisdiction still depends on the prior consent of the parties and that no sovereign State could be party to a case before an international tribunal if it had not consented thereto. It is this consent to bring a dispute before the Tribunal which determines the latter's competence with respect to the dispute¹⁹.

(ii) Submission by way of a written application

An application, which is unilateral in nature, is submitted by an applicant against a respondent. It may be filed when an agreement between the parties provides therefor, or when the parties to a dispute have accepted the Tribunal's jurisdiction as one of the means of settling disputes relating to the interpretation or application of the Convention, by way of a written declaration made in accordance with Article 287 of the Convention. An application may also be filed when a case is brought before the Seabed Disputes Chamber.

17. See note N°5 supra

18. Article 53 of the Statute of the ICJ provides for cases in which the respondent does not appear before the Court, either because it contests its competence or for some other reason. In some cases, parties have failed to appear in all stages of a case: Fisheries Jurisdiction (Iceland); Nuclear Tests (France); Aegean Sea Continental Shelf (Turkey); and United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (Iran). In other cases, parties failed to appear in certain stages of the proceedings only: Corfu Channel Case, fixing of the amount of compensation (Albania); Anglo Iranian Oil Co., Provisional Measures (Iran); Nottebohm, Preliminary Objection (Guatemala); and Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, form and amount of compensation (United States).

19. Article 288, paragraph 1, provides that the Tribunal "shall have jurisdiction over any dispute concerning the interpretation or application of this Convention which is submitted to it in accordance with this Part." Similarly, Article 21 of the Statute states: "The jurisdiction of the Tribunal comprises all disputes and all applications submitted to it in accordance with this Convention and all matters specifically provided for in any other agreement which confers jurisdiction on the Tribunal."

Furthermore, an application²⁰ may be submitted in the context of cases relating to requests for provisional measures whilst awaiting the establishment of an arbitral tribunal, pursuant to Article 290, paragraph 5, of the Convention, as well as in proceedings for the prompt release of vessels and crews, in accordance with Article 292 of the Convention.

Finally, an application may be filed in the context of preliminary proceedings²¹, a request to intervene²², a request for discontinuance²³, or for the purpose of interpretation or revision of a judgment of the Tribunal²⁴. The application comprises a certain number of indications, of which some are compulsory and others optional²⁵. The compulsory items are: the designation of the applicant party; the party against which the application is made; and the subject of the dispute.

It should be recalled that, in the Case concerning the Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America), submitted by an application of the Government of the French Republic against the United States, the American Government had to submit a preliminary objection, owing to the fact that the French application did not meet the formal conditions in that it did not specify whether France was acting on its own behalf or in its capacity as protecting power of Morocco. Following observations made by France in this regard, the United States withdrew its objection²⁶

The application may "as far as possible" specify a certain amount of other information, which is then optional²⁷ and includes: the legal grounds on which the applicant intends to establish the jurisdiction of the Tribunal; the precise nature of the claim; and a succinct statement of the facts and grounds on which the claim is based. The original application is signed either by an agent of the party submitting it, by that party's diplomatic representative in the country in which the Tribunal has its seat, or by some other duly authorized person. If the application

20. Application in a case of Annex VII Tribunal, relating to ARBITRATION

21. Article 294 of the Convention.

22. Articles 31 and 32 of the Statute. Article 106, paragraph 1, of the Rules 21.

23. Article 106, paragraph 1, of the Rules.

24. Articles 126 and 127 of the Rules

25. Article 24, paragraph 1, of the Statute and Article 54, paragraph 1 of the Rules

26. Judgment of 27 August 1952..

27. Article 54, paragraph 2, of the Rules.

bears the signature of someone other than the diplomatic representative, the signature must be authenticated by the latter or by the competent governmental authority²⁸.

The Registrar immediately transmits a certified copy of the application to the respondent²⁹. If the applicant proposes to find the jurisdiction of the Tribunal upon consent thereto yet to be given or manifested by the party against which the application is made, the application should be transmitted to that party. However, it is not entered in the list of cases of the Tribunal and no action in the proceedings may be taken unless and until the party against which the application is made consents to the jurisdiction of the Tribunal for the purpose of the case³⁰.

Finally, it should be noted that the Registrar informs all interested parties and all States Parties of the application³¹. The instigation of a case is thus widely publicised and a press release is also issued. The date when the case is instigated, i.e. the date when the application is filed at the Registry, marks the opening of the proceedings before the Tribunal.

(iii) Submission by way of a special agreement

A special agreement within the context of contentious proceedings is an international agreement by means of which States Parties agree to submit to the Tribunal a dispute of a legal nature. It establishes the extent of the powers which the Tribunal is acknowledged to have. The special agreement should mention a certain amount of compulsory information concerning the subject of the dispute and the identity of the parties³². When proceedings are brought before the Tribunal by notification of a special agreement, the notification may be effected by the parties jointly or by any one or more of them. If the notification is not a joint one, the Registrar immediately sends a certified copy of it to all other parties involved³³.

28. Article 54, paragraph 3, of the Rules.

29. Article 54, paragraph 4, of the Rules

30. Article 54, paragraph 5, of the Rules.

31. Article 24, paragraphs 2 and 3 of the Statute.

32. Article 24, paragraph 1, of the Statute

33. Article 55, paragraph 1, of the Rules

The notification should always be accompanied by the original or by a certified copy of the special agreement. It should also specify the precise subject of the dispute and indicate the parties, provided that this is not already apparent from the agreement³⁴. All steps taken in the name of the parties once proceedings have been instituted are taken by agents, who must have an address for service at the seat of the Tribunal or in the capital of the country where the seat is located, to which all communications concerning the case are to be sent³⁵.

B. THE JUDICIAL BODY

Once a case has been submitted to the Tribunal, the composition of the judicial body and manner and form in which it will decide have to be determined, which is usually done in plenary. However, the Statute provides that the Tribunal may form chambers to hear cases brought before it.

(i) The usual composition

All available members of the Tribunal sit, a quorum of eleven elected members being required in order to constitute the Tribunal³⁶. Therefore, judges ad hoc are not taken into account when the quorum is calculated since they are not elected.

(ii) Chambers

The Statute provides for two types of chambers: the Seabed Disputes Chamber and special chambers. The Seabed Disputes Chamber is established in accordance with section 4 of the Statute. Its competence, powers and functions are defined in section 5 of Part XI of the Convention. It may also create an ad hoc chamber³⁷.

34. Article 55, paragraph 2, of the Rules

35. Article 56, paragraph 1, of the Rules; except in the circumstances contemplated by Article Paragraph 5, of the Rules

36. Article 14 and 15 of the Statute.

37. Ibid

The special chambers fall into three different categories.

First, if the Tribunal considers it necessary, it may establish chambers composed of three or more of its elected members, to hear particular categories of dispute³⁸. It was under such circumstances that the Tribunal established the Chamber for Fisheries Disputes and the Chamber for Marine Environment Disputes. Each of these chambers is composed of seven judges.

In the second category, the Tribunal may establish a chamber to hear a specific dispute submitted to it if the parties so request. The composition of the chamber is resolved with the approval of the parties, who may also appoint a judge ad hoc if the chamber does not comprise a judge of the nationality of one of the parties.

It was on that basis that Chile and the European Community availed themselves of this option when, following the filing of a special agreement, the parties submitted the Case concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean³⁹.

Finally, in order to expedite cases, the Tribunal annually creates a chamber which is composed of five of its elected members and is called upon to hear and determine disputes by summary procedure. Two alternative members are also selected⁴⁰.

Any judgment rendered by one of these Chambers is considered to have been rendered by the Tribunal.

Procedure before the Chambers is regulated in accordance with the provisions concerning proceedings before the Tribunal, subject to any particular provisions, which the latter may adopt.

38. Article 15, paragraph 1 of the Statute.

39. See Order of 20 December 2000, ITLOS Reports 2000, p. 148.

40. Article 15, paragraph 3 of the Statutes.

C. CONDUCT OF THE CASE

This consists of the parties making representations and of a certain number of decisions, made in the form of orders, concerning the organisation of proceedings.

(i) Representation of the parties

States Parties do not have permanent representation before the Tribunal. When they are involved in a case before the Tribunal, they arrange to be represented by an agent. The party filing a special agreement or application must designate its agent at the same time. The other party should designate its agent as soon as it receives the special agreement or application.

As representatives of the parties, the agents involve the latter by their written and spoken statements. They are assisted by counsel and advocates in preparing and presenting pleadings. It is during this latter stage that their role is more apparent. They do not necessarily have the nationality of the party which has chosen them. The agents, counsel and advocates enjoy the requisite privileges and immunities allowing them to exercise their functions independently.

(ii) Orders concerning matters of procedure

The Tribunal makes orders concerning the conduct of the case, decides the form and time in which each party must conclude its arguments, and makes all the arrangements connected with the taking of evidence⁴¹. In each case of which the Tribunal is seized, the President ascertains the views of the parties with regard to questions of procedure. For that purpose, he may summon the agents of the parties to meet him as soon as they have been appointed and whenever necessary thereafter, or use other appropriate means of communication⁴². Article 59 of the Rules states that, in the light of the views of the parties ascertained by the President, the Tribunal makes the necessary orders to determine,

41. Article 27 of the Statute .

42. Article 45 of the Rules.

inter alia, the number and order of filing of the pleadings and the time limits within which they must be filed. These time-limits set a precise date for the various pleadings but may be extended if necessary.

D. THE TWO STAGES OF THE PROCEEDINGS AND THE DELIBERATIONS

Pursuant to Article 44, paragraph 1, of the Rules, the proceedings consist of two parts, written and oral.

1. The Written Stage of the Proceedings

This stage is described as "the formulation in words of the respective claims and defences of the litigating parties⁴³." The written proceedings comprise the communication to the Tribunal and to the parties of memorials, counter-memorials and, if the Tribunal so authorises, replies and rejoinders, as well as all documents in support⁴⁴.

The pleadings, communication thereof and purpose of the written proceedings will now be examined.

(i) Pleadings

The memorial contains: a statement of the relevant facts; a statement of law; and the submissions⁴⁵. The ICJ has defined a submission as "a precise and direct statement of a claim"⁴⁶. Submissions may not be presented in the form of a question⁴⁷. And the Court is competent to interpret these submissions, which, if it considers it necessary, allows it to not respond. On the other hand, the Court may not hear and determine a dispute *ultra petita* and grant parties more than what they request in their submissions⁴⁸.

43. J.C. Witenberg, *La theorie des preuves devant Jesjurisdictionsintemationales*, RCADI, vol. 56(11) (1936), pp. 5-105, p. 9

44. Article 44, paragraph 2 of the Rules

45. Article 62, paragraph I, of the Rules Monetary Gold Case, I.C.J. Reports, 1954, p. 28.

46. Fisheries Case, I.C.J. Reports, 1951, p. 126.

47. Haya de la Torre Case ICJ reports, 1954, p. 48

48. Monetary Gold Case, I.C.J. Reports, 1954, p. 28.

The counter-memorial contains: an admission or denial of the facts; observations concerning the statement of law in the memorial; a statement of law in answer thereto; and the submissions⁴⁹. It should be recalled that the Tribunal may also authorise the submission of replies and rejoinders. Copies of relevant documents- adduced in support of the contentions contained in the pleadings are annexed to the original.

The original of every pleading is signed and dated by the agent and filed in the Registry. It should be accompanied by: a certified copy of the pleading; any document annexed thereto; any translations, for communication to the other party⁵⁰ ; a list of all documents annexed to a pleading; a translation into one of the official languages of the Tribunal (English and French) of the pleading and of the documents in support thereof, certified as accurate by the party submitting it, if the pleading⁵¹ is in a language which is not one of the official languages of the Tribunal⁵²; and the number of additional copies of the pleading and supporting documents required by the Registry⁵³ .

(ii) Submission of pleadings

The agent submits to the Registry the original and additional copies of all written pleadings. The Rules set out the order in which the documents should be filed, depending on the method according to which the case is submitted.

In a case instigated by way of an application, the pleadings consist of a memorial provided by the applicant and a counter-memorial provided by the respondent. If the parties are in agreement or if the Tribunal decides that they are necessary, the applicant may submit a reply and the respondent a rejoinder.

In a case instigated by way of notification of a special agreement,

49. Asylum Case, (Merits, Judgment of 27 November 1950), I.C.J. Reports, 1950, page 402. Similarly, in the above mentioned Corfu Channel Case (third stage, compensation), the experts called by the Court assessed the total damages at a higher amount than that estimated by the United Kingdom. Pursuant to this rule, the Court awarded the damages on the basis of the United Kingdom's conclusions.

50. Article 62, Paragraph 2, of the Rules.

51. Article 63, paragraph 1, and Article 65, paragraph 1, of the Rules.

52. Article 63, paragraph 3, of the Rules.

53. Article 64, paragraphs I, 2 and 3, of the Rules

the number of and order in which pleadings are submitted are those set out by the special agreement itself, unless the Tribunal, after consulting the parties, decides otherwise. In the absence of any relevant provisions or if, subsequently, the parties fail to reach agreement on the number of and order in which pleadings should be submitted, each of the parties submits a memorial and a counter-memorial within the same time-limits. The Tribunal authorises the presentation of replies and rejoinders only if it finds them necessary⁵⁴. It is certainly not ideal for pleadings to be presented simultaneously since it forces parties to speculate about issues of law which may not have been raised.

The Tribunal may itself request documents or explanations to be presented during the written proceedings⁵⁵.

(iii) Transmittal of pleadings

Upon receipt of a pleading presented by one party, the Registrar transmits a certified copy thereof and of any supporting document to the other party⁵⁶. If a pleading does not meet the formal conditions set out in the Rules, the Registrar returns it to the party concerned for correction.

Pleadings are transmitted from one party to the other and to the judges by way of the Registrar. Once all the pleadings have been presented, the case is ready to be argued, which opens an intermediate stage, between the end of the written proceedings and the beginning of the oral proceedings. This stage is known as the "initial deliberations."

(iv) Initial deliberations

Pursuant to the Rules of the Tribunal, after the closure of the written proceedings and prior to the opening of the oral proceedings, the Tribunal meets in private to enable judges to exchange views concerning the written pleadings and the conduct of the case⁵⁷.

54. Article 65, paragraph I, of the Rules; paragraph 9, of the Guidelines.

55. Articles 60 and 61 of the Rules.

56. See the above-mentioned Case concerning the Rights of Nationals of the United States of America in Morocco and the Monetary Gold Case.

57. Article 66 of the Rules.

This will help the judges to take full cognizance of the substance of a case before the hearings start. It appeared useful to encourage judges to acquaint themselves with the substance of a case before the beginning of the oral proceedings and to exchange views about it.

At this juncture, the Tribunal considers the possibility of:

- _ giving any indications or putting any questions to the parties;
- _ calling upon the parties to produce any evidence or to give any explanations; and finally, considering the nature, scope and terms of the questions and issues which will have to be decided by the Tribunal⁵⁸.

2. Oral Phase of the Proceedings

The oral proceedings consist of the hearing by the Tribunal of agents, counsel, advocates, witnesses and experts⁵⁹.

The oral phase comprises its opening, conduct and conclusion.

(i) Opening of the oral proceedings

The date for the opening of the oral proceedings, fixed by the Tribunal, falls within a period of six months from the closure of the written proceedings unless the Tribunal considers that there are grounds for deciding otherwise. The Tribunal may also decide, if necessary, that the opening or continuance of the oral proceedings be postponed⁶⁰.

When fixing the date for the opening of the oral proceedings, the Tribunal considers the need to hold hearings without undue delay; the priority prescribed for provisional measures and prompt release; special circumstances; and the views of the respective parties.

(ii) Conduct of the oral proceedings

The general rules applicable are that debates are carried out under the guidance of the President of the Tribunal or, if he is absent, by the Vice-President or, if the latter is unavailable, by the most senior judge. The President may put any pertinent question to the witnesses, experts, counsel and advocates, as may any of the judges, having first made such intention known to the President. The hearings are public, unless the Tri-

58. Article 68 of the Rules.

59. See Article 3 of the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal.

60. Article 69, paragraph 1, of the Rules

bunal decides otherwise or both parties request that the public be not admitted to the hearings. Minutes of the hearing are produced by the Registry and signed by the President and by the Registrar. Measures are taken for evidence to be produced which are governed by the obligation for parties to collaborate in establishing evidence by proving their allegations as concerns the facts and by the Tribunal's principle of liberty in its assessment of evidence submitted to it by parties⁶¹. It is for that reason that, prior to the opening of the oral proceedings, each party should communicate to the Registry information regarding any evidence which it intends to produce or which it intends to request the Tribunal to obtain. This communication concerns witnesses and experts who are to be heard⁶².

The Tribunal may at any time call upon the parties to produce such

61. Written evidence is provided by documents likely to establish an alleged fact: treaties, correspondence, laws, rules, orders, decrees, judicial or administrative acts, etc. In the Case of Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, 19 December 2005, the Court stated (page 34, paragraph 57) that: "In accordance with its practice, the Court will first make its own determination of the facts and then apply the relevant rules of international law to the facts which it has found to have existed." In paragraph 58, it continues: "These findings of fact necessarily entail an assessment of the evidence. The Court has in this case been presented with a vast amount of materials proffered by the Parties in support of their versions of the facts. The Court has not only the task of deciding which of those materials must be considered relevant, but also the duty to determine which of them have probative value with regard to the alleged facts. The greater part of these evidentiary materials appear in the annexes of the Parties to their written pleadings. The Parties were also authorized by the Court to produce new documents at a later stage. In the event, these contained important items. There has also been reference, in both the written and the oral pleadings, to material not annexed to the written pleadings but which the Court has treated as 'part of a publication readily available' under Article 56 paragraph 4, of its Rules of Court. Those, too, have been examined by the Court for purposes of its determination of the relevant facts"; and the Court concluded its considerations of the methods employed, in paragraph 59: "As it has done in the past, the Court will examine the facts relevant to each of the component elements of the claims advanced by the Parties. In so doing, it will identify the documents relied on and make its own clear assessment of their weight, reliability and value. In accordance with its prior practice, the Court will explain what items it should eliminate from further consideration (see *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 50, para 85; see equally the practice followed in the case concerning *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3)."

62. Article 72 of the Rules. Prior to the opening of the oral proceedings, each party should submit to the Tribunal a brief note on the points which in its opinion constitute the issues that divide the parties; a brief outline of the arguments that it wishes to make in its oral statement and a list of relevant texts proposed to be relied upon in its oral statement (see: Guideline Concerning the Preparation and Presentation of Cases before the Tribunal, paragraph 14).

evidence or to give such explanations as the Tribunal may consider necessary for the elucidation of any aspect of the matters in issue, or may itself seek other information for this purpose. The Tribunal may, if necessary, arrange for the attendance of a witness or expert to give evidence in the proceedings⁶³. Before giving any evidence, such witness or expert should make the appropriate solemn declaration as provided in Article 79 of the Rules.

Under the authority of the President of the Tribunal, the witnesses and experts are questioned by the agents, counsel and advocates of the parties, starting with the party which has requested to hear them. Questions may also be put to them by the President of the Tribunal and the judges. Before giving evidence, the witnesses and experts should remain outside the courtroom⁶⁴. If the Tribunal considers it necessary to arrange for an inquiry or an expert opinion, it should, after hearing the parties, issue an order to that effect, defining the subject of the inquiry or expert opinion, stating the number and mode of appointment of the persons to hold the inquiry or of the experts and laying down the procedure to be followed. Where appropriate, the Tribunal requires persons appointed to carry out an inquiry or to give an expert opinion to make a solemn declaration. Every report or record of an inquiry and every expert opinion is to be communicated to the parties, who are given the opportunity to comment there on⁶⁵. Witnesses and experts who appear at the instance of the Tribunal and persons appointed by the Tribunal to carry out an

63. Article 72 of the Rules

64. With the exception of scientific and technical experts selected by the Tribunal pursuant in Article 289 of the United Nations Convention on the Law of the Sea. It is the practice of the Tribunal for testimonial evidence to be presented orally when the witness appears in person the latter is questioned by agents of the party who presented the witness, followed by cross-examination or counter-questioning by the other party's agents. Generally, further questioning follows by the former, with replies to any questions put by the President and the judges. Questioning may be carried out in a language other than the official languages of the Tribunal ([Wolof in the "Saiga" Case]; see *M/V "Saiga" (No. 2) (St Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, ITLOS judgment, Report 1999, p.10 para. 22 ff.; The "Southern Bluefin Tuna" case (*New Zealand v. Japan and Australia v. Japan*), order of 3 August 1999, ITLOS Reports 1999, p. 268 paras 24 ff.; The "Camouco" Case (*Panama v. France*) judgment of 7 february 2000, paras 18 ff.; the "Monte Confrco" Case (*Seychelles v. France*), prompt release case, judgment of 20 April 2001, para. 25 ff.; Land Reclamation case (*Malaysia v. Singapour*) provisional measures, order of 8 Octobre 2003, para. 20 and 21; the "Juno Trader" case (*Saint Vincent and the Grenadines v. Bissau Guinea*, prompt release case, judgment of 18 december 2004, para. 26.

65. Article 82 of the Rules.

inquiry or to give an expert opinion are paid out of the latter 's funds⁶⁶ .

Unless the Tribunal decides otherwise, all pleadings, declarations or depositions made during the hearings in one of the official languages of the Tribunal should be interpreted into the other official language. If they are made in another language, they are interpreted into both official languages of the Tribunal.

Whenever a language other than an official language is used, the necessary arrangements for interpretation into one of the official languages should be made by the party concerned. The Registrar makes arrangements for the verification of the interpretation provided by a party at the expense of that party. In the case of witnesses or experts who appear at the instance of the Tribunal, arrangements for interpretation are made by the Registry. A party on behalf of which speeches or statements are to be made or evidence is to be given in a language which is not one of the official languages of the Tribunal so notifies , the Registrar in sufficient time for the necessary arrangements to be made, including verification⁶⁷ .

(iii) Conclusion of the oral proceedings

Pursuant to Article 88 of the Rules, under the authority of the Tribunal, when the agents, counsel and advocates have completed their presentation of the case, the President of the Tribunal declares the oral proceedings closed. The agents remain at the disposal of the Tribunal. When one of the parties does not appear before the Tribunal or fails to defend its case, the other party may request the Tribunal to continue the proceedings and make its decision. Absence of a party or failure of a party to defend its case does not constitute a bar to the proceedings. Before making its decision, the Tribunal must satisfy itself not only that it has jurisdiction over the dispute but also that the claim is well founded in fact and law⁶⁸. As soon as the oral proceedings have been declared closed, the "deliberations" stage opens. This stage ends with the pro-

66. Article 83 of the Rules.

67. Article 85 of the Rules.

68. Article 28 of the Statute. It will be recalled that Albania declined to present submissions in the final stage of the Corfu Channel Case, giving as its reason that it contested the competence of the Court to determine damages. The Court awarded damages to the United Kingdom ; see the judgment of 15 december 1949, ICJ Reports, p.244

nouncement of the Tribunal's judgment.

3. The Deliberations

(i) Deliberations following the Oral Proceedings

The judges have four working days after the closure of the oral proceedings in order to study the arguments presented to the Tribunal in that case. During that time, judges may also summarize their tentative opinions in writing in the form of speaking notes. If the President considers it appropriate in the light of the oral proceedings, a revised list of issues for examination is circulated. During its initial deliberations after the closure of the oral proceedings, the Tribunal reaches conclusions as to the issues which need to be decided and then hears the tentative opinions of the judges on those issues, as well as on the correct disposal of the case. Judges are called upon in the order in which they signal their wish to speak. The President may seek to establish a majority opinion as it appears then to exist. The Tribunal may also decide that every judge should prepare a brief written note for circulation to the other judges before a specified date. The Tribunal resumes its deliberations as soon as possible based on the written notes⁶⁹.

(ii) Drafting Committee

As soon as possible during the deliberations, the Tribunal sets up a Drafting Committee, composed of five judges belonging to the majority as it appears then to exist. The members of the Committee must be selected from among the judges who, from their statements, clearly support the opinion of the majority as it appears then to exist. The President is a member *ex officio* of the Drafting Committee, unless he does not share the opinion of the majority as it appears then to exist, in which case the Vice-President acts instead. If the Vice-President is ineligible for the same reason, all the members of the Committee are selected by the Tribunal. The judge who is senior in precedence among the members of the Committee then acts as its chairman⁷⁰.

69. Article 5 of the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal

70. Article 6 of the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal

The Drafting Committee meets immediately after its establishment in order to prepare a first draft of the judgment, for completion normally within three weeks. To that end, any member of the Committee may send written proposals for its consideration and inclusion in the draft.

The Drafting Committee should prepare a draft judgment which not only states the opinion of the majority but which may also attract wider support within the Tribunal. The first draft of the judgment is distributed to all the judges in the case. Any judge who wishes to offer amendments or comments submits them in writing to the Committee within three weeks from the date of circulation.

After the members of the Committee have received the comments, they will normally meet in order to revise the draft. When the members of the Committee have completed the second draft of the judgment, the Registrar circulates copies to all judges. If the President of the Tribunal is not a member of the Committee, its chairman keeps the President informed of the work on the draft judgment, as well as its terms⁷¹.

(iii) Deliberations on the Draft Judgment

These deliberations take place as soon as possible after circulation of the draft judgment and in principle not later than three months after the closure of the oral proceedings. The chairman of the Drafting Committee introduces the draft, which is examined by the Tribunal at its first reading; a judge wishing to modify the draft proposes amendments in writing. At this stage, a judge who wishes to deliver a separate or dissenting opinion so informs the other judges and puts forward at least an outline of the opinion, making the text available before the second reading. Such a judge continues to participate in the examination of the draft judgment and cognisance is taken by the Tribunal of such opinions. The Drafting Committee circulates a revised draft judgment for consideration at a second reading, at which time the President asks if the judges wish to propose new amendments.

Separate or dissenting opinions, which may be individual or collective, should be submitted within a time-limit fixed by the Tribunal. They

71. Article 7 of the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal

should take account of any changes made to the draft judgment and should concentrate on the remaining points of difference with the judgment⁷².

(iv) Voting

After the Tribunal has completed its second reading of the draft judgment, the President takes the vote in order to adopt the draft⁷³. A separate vote is normally taken on each operative provision in the judgment. Any judge may request a separate vote on issues which are separable. Each judge votes by means solely of an affirmative or a negative vote, cast in person and in inverse order of seniority, provided that in exceptional circumstances accepted by the Tribunal an absent judge may vote by appropriate means of communication.

A judge who has been absent, owing to illness or for some other reason duly explained to the President, from any part of the hearing or the deliberations may vote, provided the Tribunal accepts that the judge has taken sufficient part in the hearing and the deliberations to be able to reach a judicial determination of all issues of fact and law material to the decision to be given in the case⁷⁴.

It should be noted that the Tribunal may, in a given case, decide to vary the procedures and arrangements set out above for reasons of urgency or if circumstances so justify, pursuant to article 11 of the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal.

E. THE JUDGMENT

When the Tribunal has completed its deliberations and adopted its judgment, the parties are notified of the date on which it will be read. The judgment is read at a public sitting of the Tribunal and becomes binding on the parties on the day of the reading⁷⁵.

72. Article 8 of the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal.

73. Pursuant to Article 29 of the Statute, relating to the majority required for a decision.

74. Article 9 of the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal.

75. Article 124 of the

The decision of the Tribunal is final and is to be complied with by all the parties in the dispute⁷⁶. The decision has no binding force except between the parties in respect of that particular dispute⁷⁷. In the event of a dispute as to the meaning or scope of the decision, the Tribunal should construe it upon the request of any party⁷⁸.

A party may request revision of a judgment only when the request is based upon the discovery of some fact of such a nature as to be a decisive factor, which fact was, when the judgment was given, unknown to the Tribunal and also the party requesting revision, provided that such ignorance was not due to negligence. Such request must be made at the latest within six months of the discovery of the new fact and before the lapse of ten years from the date of the judgment.

The proceedings for revision are opened by a decision of the Tribunal in the form of a judgment expressly recording the existence of the new fact, recognising that it has such a character as to lay the case open to revision, and declaring the application admissible on this ground⁷⁹.

The procedure described above is the normal procedure which takes place before the Tribunal. It should be supplemented with a study of incidental proceedings which alter the conduct of cases.

76. Article 33, paragraph 1 of the Statute

77. *Ibid*, paragraph 2

78. *Ibid*, paragraph 3

79. Six types of incidental proceedings may be mentioned within the context of contentious cases on the merits. They are: provisional measures; preliminary proceedings; preliminary objections; counter-claims; requests to intervene; and requests for discontinuance. The relevant provisions governing these instances are: Articles 290 and 294 of the United Nations Convention on the Law of the Sea; Articles 25, 31 and 32 of the Statute of the Tribunal; and Articles 89 to 106 of the Rules of the Tribunal. Finally, the special procedure concerning the prompt release of vessels and crews should be noted. This procedure is governed by Article 292 of the Convention and Articles 110 to 114 of the Rules of the Tribunal

III. INCIDENTAL PROCEEDINGS

As stated by the International Court of Justice:

*“Incidental proceedings by definition must be those, which are incidental to a case, which is already before the Court or Chamber. An incidental proceeding cannot be one, which transforms that case into a different case with different parties”*⁸⁰.

These proceedings do not initiate a new proceeding but do affect its ordinary course. They can be a means found to have the proceedings declared inadmissible and to have its course suspended or terminated.

Incidental proceedings could be considered either as incidents relating to the modification of elements of the legal links of the proceedings, or as incidents of proceedings. They lead to an interlocutory judgment that will allow the Tribunal to render an order, which, although having an immediate effect, shall not be definitive. It could also result in a definitive judgment benefiting both parties, whether the Tribunal has no jurisdiction or whether it adjudicates on the merits.

We will examine the provisional measures (A), the preliminary proceedings (B), the preliminary objections (C), the counter-claims (D), the intervention (E) and the discontinuance (F).

A. PROVISIONAL MEASURES

Provisional measures, which parties to a dispute may request the Tribunal are « prescribed » and not « indicated » and the parties shall

80. Case concerning the land, island and maritime frontier dispute, (El Salvador v. Honduras), Judgment of 13 September 1990, Request for Intervention by Nicaragua, ICJ Reports 1990, p 134, paragraph 98. Speaking of the intervention, the Court (97) explains that the purpose of an intervention based on Article 62 of the Statute is to protect an "interest of a legal nature, of a State likely to be affected by a decision, in a pending case between other States, namely the parties to this case. Its purpose is not to put the intervening State in a position to graft a new case on the preceding, to become a new party and have the Court pronounce on its pretensions. An affair with a new party and new applications to be decided would be a new affair. The difference between the intervention, under section 62, and the constitution of a new party to a case is not only a difference of degree; it's a difference of nature. As the Court pointed out in 1984; "Nothing in Article 62 indicates that this text was as another mean to bring an additional dispute before the Court - a matter falling under Article 40 of the Statute - or as a mean to assert the rights of a State not party to the case (Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malt) Request to intervene, ICJ Reports 1984, page 23, paragraph 37)

comply with any provisional measures prescribed. Thus, the measures are meant to be binding. The binding nature of the measures is echoed in the Tribunal Rules. Article 95 provides:

“1. Each party shall inform the Tribunal as soon as possible as to its compliance with any provisional measures the Tribunal has prescribed. In particular, each party shall submit an initial report upon the steps it has taken or proposes to take in order to ensure prompt compliance with the measures prescribed.

2. The Tribunal may request further information from the parties on any matter connected with the implementation of any provisional measures it has prescribed”.

The Court or Tribunal may prescribe any provisional measures in any of these two cases: “*When a dispute has been duly submitted to a court or tribunal under Article 290 paragraph 1 of the Convention; and pending the constitution of an arbitral tribunal under Article 290, paragraph 5 of the Convention*”.

1. Prior referral to the Tribunal

If a dispute has been duly submitted to a court or tribunal which considers that prima facie it has jurisdiction under this Part or Part XI, section 5, the court or tribunal may prescribe any provisional measures which it considers appropriate under the circumstances to preserve the respective rights of the parties to the dispute or to prevent serious harm to the marine environment, pending the final decision⁸¹.

A party may submit a request for the prescription of provisional measures any time during the course of the proceedings in a dispute submitted to the Tribunal⁸². The request must be in writing and must specify the measures requested, the reasons there for, and the possible consequences, if it is not granted, for the preservation of the respective rights of the parties or for the prevention of serious harm to the marine environment⁸³.

81. Article 290, paragraph 1 of the Convention

82. Article 89, paragraph 1 of the Rules

83. Article 82, paragraph 3 of the Rules

The Tribunal may also prescribe provisional measures to prevent damage to fish stocks in accordance with article 31, paragraph 2, 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 Stocks⁸⁴.

In the *Saiga* case, Saint Vincent and the Grenadines submitted a request for the prescription of provisional measures. Following the exchange of letters of 20 February 1998, constituting an agreement between Guinea and Saint Vincent and the Grenadines to institute proceedings before the Tribunal concerning the *Saiga* vessel, the Tribunal had to give an order, which will consider the request for prescription of provisional measures as duly presented before the Tribunal, in accordance with article 290, paragraph 1 of the Convention⁸⁵. It must be noted that after the introduction of an application by Saint Vincent and the Grenadines for a prompt release of the *Saiga* and its crew, in accordance with article 292 of the Convention, the Tribunal gave its judgment on 4 December 1997. The pending procedure between the two states was related to the merits of the dispute, at that time⁸⁶.

Provisional measures may also be prescribed when a dispute on the merits is submitted pending the constitution of an arbitral tribunal.

84. Agreement for the application of the provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 on the Conservation and Management of Fish Stocks Movements Both Within and Within beyond exclusive economic zones (overlapping stocks) and highly migratory fish stocks, adopted on 4 August 1995; see the Tribunal's website: www.tidm.org

85. The «*Saiga*» case, St. Vincent and the Grenadines vs. Guinea). Request for the prescription of provisional measures, Order of 11 March 1998.

86. This will be the subject of the judgment of 1 July 1999, see Case of the "*Saiga*" vessel (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines Vs Guinea) (merits) Judgment, ITLOS, 1999 Reports, p. 10

2. Pending the constitution of an arbitral tribunal
a) Prescription of measures

Pending the constitution of an arbitral tribunal to which a dispute is being submitted under this section, any court or tribunal agreed upon by the parties or, failing such agreement within two weeks from the date of the request for provisional measures, the International Tribunal for the Law of the Sea or, with respect to activities in the Area, the Seabed Disputes Chamber, may prescribe, modify or revoke provisional measures in accordance with this article if it considers that prima facie the tribunal which is to be constituted would have jurisdiction and that the urgency of the situation so requires. Once constituted, the tribunal to which the dispute has been submitted may modify, revoke or confirm those provisional measures, acting in conformity with paragraphs 1 to 4⁸⁷.

Provisional measures may be prescribed, only at the request of a party to the dispute and after the parties have been given an opportunity to be heard⁸⁸.

A request may be submitted at any time after two weeks from the notification to the other party of a request for provisional measures if the parties have not agreed that such measures may be prescribed by another court or tribunal⁸⁹.

If the Tribunal is not in session or a sufficient number of members is not available to constitute a quorum, the provisional measures shall be prescribed by the chamber of summary procedure formed under article 15, paragraph 3, of the Statute. Notwithstanding article 15, paragraph 4, of the Statute, such provisional measures may be adopted at the request of any party to the dispute. They shall be subject to review and revision by the Tribunal. The Tribunal shall review or revise provisional measures at the written request of a party within 15 days of the prescription of the measures. The Tribunal may also at any time decide proprio motu to review or revise the measures⁹⁰. This is an exception to the rule

87. Article 290, paragraph 5 of the Convention

88. Article 290, paragraph 3 of the Convention

89. Article 89, paragraph 2 of the Rules

90. Article 25, paragraph 2 of the Statute. Article 15, paragraph 5 of the statute provides: "A judgment given by any of the chambers provided for in this article and in article 14 of this Annex shall be considered as rendered by the Tribunal".

that the judicial body can only adjudicate within the limits of the Parties's request.

Provisional measures may be prescribed even if the Court or Tribunal is denied jurisdiction. This occurred in the « Southern bluefin Tuna»⁹¹ case. New Zealand and Australia requested the Tribunal to prescribe provisional measures while Japan contested the jurisdiction of the judicial body. According to Japan:

Australia and New Zealand must satisfy two conditions before a tribunal constituted pursuant to Annex VII would have jurisdiction over this dispute such that this Tribunal may entertain a request for provisional measures pursuant to Article 290(5) of UNCLOS pending constitution of such an Annex VII tribunal.

First, the Annex VII tribunal must have prima facie jurisdiction. This means among other things that the dispute must concern the interpretation or application of UNCLOS and not some other international agreement. Second, Australia and New Zealand must have attempted in good faith to reach a settlement in accordance with the provisions of UNCLOS Part X{ Section 1. Since Australia and New Zealand have satisfied neither condition, an Annex VII tribunal would not have prima facie jurisdiction and accordingly this Tribunal is without authority to prescribe any provisional measures⁹².

Considering that Australia and New Zealand have invoked as the basis of jurisdiction of the arbitral tribunal article 288, paragraph 1, of the Convention which reads as follows: “A court or tribunal referred to in article 287 shall have jurisdiction over any dispute concerning the interpretation or application of this Convention, which is submitted, to it in accordance with this Part”⁹³.

In the view of the Tribunal, the provisions of the Convention on the Law of the Sea invoked by Australia and New Zealand appear to afford a basis on which the jurisdiction of the arbitral tribunal might be founded⁹⁴;

91. Article 91, paragraph 2 of the Rules

92. The Southern Bluefin Tuna case (New Zealand vs Japan; Australia Vs Japan) provisional measures, order of 27 August 1999, ITLOS, Reports 1999, p.280.

93. Ibid. pp. 289-290

94. Ibid. p 293, paragraph 40; see also paragraphs 41-44.

Considering that the conservation of the living resources of the sea is an element in the protection and preservation of the marine environment; Considering that there is no disagreement between the parties that the stock of southern bluefin tuna is severely depleted and is at its historically lowest levels and that this is a cause for serious biological concern⁹⁵ ; based on these grounds, the Tribunal found the provisional measures appropriate, in this regard.

Provisional measures have also been prescribed in the Land reclamation case⁹⁶ by the Tribunal, even if its jurisdiction and the admissibility of the application have been disputed.

In this case, “Singapore believes that, on the merits, Malaysia’s request for provisional measures should be dismissed, but I hope to show that ITLOS should not reach that question but should, instead, reject at the very threshold of the dispute Malaysia’s request for provisional measures on the grounds of lack of jurisdiction and inadmissibility as well as because of exploitation and violation by Malaysia of fundamental prescribed procedures⁹⁷ .Singapore contends that Malaysia’s Request (for the prescription of provisional measures) is inadmissible because it “does not specify . . . the possible consequences . . . for the preservation of the respective rights of the parties or for the [prevention] of serious harm to the marine environment’, as required by Article 89(3) of the ITLOS Rules”; and further that the Request does not identify “‘the urgency of the situation’ as required by Article 89(4) of the ITLOS Rules”⁹⁸;

The Tribunal concluded, considering that, given the possible implications of land reclamation on the marine environment, prudence and caution require that Malaysia and Singapore establish mechanisms for exchanging information and assessing the risks or effects of land reclamation works and devising ways to deal with them in the areas concerned⁹⁹.

95. Ibid. p 294, paragraph 52

96. Ibid. p 295, paragraph 40; see also paragraphs 70-71.

97. Land Reclamation case by Singapore In and Around the Strait of Johor (Malaysia vs Singapore), provisional measures, and case N ° 12, Order of 8 October 2003.

98. Pleadings of PR REISMAN, hearings of 26/09/2003 (am), ITLOS/pv 03/03 of 26 September 2003, p.24.

99. See the abovementioned Order (note 96), paragraph 60

b) The application

Pending the constitution of an arbitral tribunal, the submission of a request for the prescription of provisional measures must be made in two phases. First, an arbitral proceeding is initiated by a written notification addressed to the other party. The notification must be accompanied by a statement of claim and the grounds upon which it is based. Second, the request must be notified to the other party. It can be jointly presented with the notice of arbitration.

The application may be submitted to the Tribunal after two weeks from the notification of the request¹⁰⁰.

The request shall be in writing and specify the measures requested, the reasons therefor and the possible consequences, if it is not granted, for the preservation of the respective rights of the parties or for the prevention of serious harm to the marine environment. It shall also indicate the legal grounds upon which the arbitral tribunal which is to be constituted would have jurisdiction and the urgency of the situation¹⁰¹. A certified copy of the notification or of any other document instituting the proceedings before the arbitral tribunal shall be annexed to the request¹⁰².

Upon receiving the request the Registrar shall transmit a certified copy to the respondent all steps on behalf of the parties after proceedings have been instituted shall be taken by agents. Agents shall have an address for service at the seat of the Tribunal or in the capital of the country where the seat is located, to which all communications concerning the case are to be sent¹⁰³. The respondent, upon receipt of the certified copy of the application, or as soon as possible thereafter, shall inform the Tribunal of the name of its agent¹⁰⁴. The President is informed of proceeding questions before giving the appropriate orders.

The Tribunal, or the President if the Tribunal is not sitting, shall fix the earliest possible date for a hearing. The Tribunal shall take into account any observations that may be presented to it by a party before the closure of the hearing¹⁰⁵. In general, the respondents present their

100. Ibid. paragraph 99

101. Article 89, paragraph 2 of the Rules

102. Article 89, paragraphs 3 and 4 of the Rules

103. Article 63, paragraph 1 of the Rules

104. Article 56, paragraph 1 of the Rules

105. Article 90, paragraphs 2 and 3 of the Rules

conclusions to the Tribunal before the opening of hearing.

The oral proceedings shall consist of the hearing by the Tribunal of agents, counsel, advocates, witnesses and experts¹⁰⁶. The hearing shall be public, unless the Tribunal decides otherwise or unless the parties demand that the public be not admitted¹⁰⁷. A request for the prescription of provisional measures has priority over all other proceedings before the Tribunal¹⁰⁸. For these urgent proceedings, the hearings shall commence 2 or 3 weeks after submission of the request to the Tribunal. These will generally last 2 or 3 days by case. Each party can have its experts and witnesses heard.

They shall communicate to the Registrar a list of the surnames, first names, nationalities, descriptions and places of residence of the witnesses and experts whom the party intends to call, with indications of the point or points to which their evidence will be directed. A certified copy of the communication shall also be furnished for transmission to the other party¹⁰⁹.

c) The order and its effects

In the Tribunal's practice developed so far, there is approximately one month between the submission of the request for provisional measures and the rendering of the order. The order shall be read in a public hearing of the Tribunal. The court or tribunal shall forthwith give notice to the parties to the dispute, and to such other States Parties if it considers it appropriate¹¹⁰.

When a request for provisional measures has been made, the Tribunal may prescribe measures different in whole or in part from those requested and indicate the parties which are to take or to comply with each measure¹¹¹. As indeed in the judgments, judges that do not vote with the majority of their colleagues may submit their dissident opinions or their individual opinions. They may also make declarations.

106. Article 44, paragraph 3 of the Rules

107. Article 26, paragraph 2 of the Statute

108. Article 90, paragraph 1 of the Rules; without prejudice to Article 112, paragraph 1 of the Rules regarding the application for prompt release of vessel and crew.

109. Article 72 of the Rules

110. Article 290, paragraph 4 of the Convention

111. Article 89, paragraph 5 of the Rules

Each party to the dispute shall comply promptly with any provisional measures prescribed under article 290 of the Convention ¹¹². The compulsory nature conferred to the orders by the convention makes its application without delay compulsory for parties to the dispute. Article 290 of the Convention provides that the Tribunal “ may prescribe ... provisional measures ... ”.

The form of the prescription of provisional measures had cast doubts on the binding nature of these measures, due to the practice of the ICJ, which “indicates” these measures under article 41 of its Statute ¹¹³, which has been the subject of controversy.

It must be recalled that the decisions relating to the provisional measures are interlocutory judgments that allows the Tribunal to give an order, although having immediate effect that is not definitive. The binding nature stems, not only from the form but also its content. Moreover, the preparatory works to the convention clearly settle the question. The State-Parties, by choosing the expression “ prescription of provisional measures” intended to confer these legal decisions a binding character.

The Tribunal recalled in the Southern Bluefin Tuna case “ the binding character of the prescribed measures and the provision set in article 290, paragraph 6 of the convention that one has to comply with these measures without delay¹¹⁴ ”. That is why, each party must inform the Tribunal, as soon as possible, of the measures taken to implement the provisional measures prescribed by the Tribunal.

In particular, each party shall submit an initial report on the provisions taken or that it proposes to take to immediately comply with the prescribed measures¹¹⁵. Furthermore, the Tribunal can ask for further information concerning questions relating to the implementation of the prescribed measures¹¹⁶.

112. Article 290, paragraph 4 of the Convention

113. In its judgment on the merits of 27 June 2001 in the “La Grand” case, the ICJ did not hesitate to assert the binding nature of its orders

114. The Southern Bluefin Tuna case, op. cit. note 91, p.297, paragraph 87.

115. Article 95, paragraph 1 of the Rules

116. Article 95, paragraph 2 of the Rules

B. PRELIMINARY PROCEEDINGS

This incidental proceedings is aimed at implementing Article 294 of the LOSC. This provision is linked to the compromise concerning the limitations to compulsory jurisdiction set out in Article 297 of the Convention.

A Court or Tribunal provided for in article 287 to which an application is made in respect of a dispute referred to in article 297 shall determine at the request of a party, or may determine whether the claim constitutes an abuse of legal process or whether prima facie it is well founded. If the court or tribunal determines that the claim constitutes an abuse of legal process or is prima facie unfounded, it shall take no further action in the case.

Upon receipt of the application, the court or tribunal shall immediately notify the other party or parties of the application, and shall fix a reasonable time-limit within which they may request it to make a determination.

The Tribunal may also decide, within two months from the date of an application, to exercise *proprio motu* its power under article 294, paragraph 1, of the Convention¹¹⁷.

The request by the respondent for a determination under article 294 of the Convention shall be in writing and shall indicate the grounds for a determination by the Tribunal that the application is made in respect of a dispute referred to in article 297 of the Convention; and the claim constitutes an abuse of legal process or is prima facie unfounded¹¹⁸.

Upon receipt of such a request or *proprio motu*, the Tribunal, or the President if the Tribunal is not sitting, shall fix a time-limit not exceeding 60 days within which the parties may present their written observations and submissions. The proceedings on the merits shall be suspended¹¹⁹. Unless the Tribunal decides otherwise, the further proceedings shall be oral¹²⁰.

117. Article 96, paragraph 3 of the Rules

118. Article 96, paragraph 4 of the Rules

119. Article 96, paragraph 5 of the Rules

120. Article 96, paragraph 6 of the Rules

The written observations and submissions and the statements and evidence presented at the hearings shall be confined to those matters which are relevant to the determination of whether the claim constitutes an abuse of legal process or is prima facie unfounded, and of whether the application is made in respect of a dispute referred to in article 297 of the Convention. The Tribunal may, however, request the parties to argue all questions of law and fact, and to adduce all evidence, bearing on the issue¹²¹. The Tribunal shall make its determination in the form of a judgment¹²².

We shall stress the rare cases of preliminary procedures. However, the question had been raised in the “Camuco” case between Panama and France¹²³ concerning the admissibility of the request.

France representative, M. Dobelle stated that:

I should now like to look into questions concerning the admissibility of the application. First, the admissibility of the application, at least in part, might first be invoked on the grounds that it is similar to an abuse of legal process. I stress abuse of legal process and not an abuse of right as was alleged this morning. France is, of course, not aware that the preliminary proceedings laid down in article 294 of the Convention are not applicable in principle. Moreover, they would be difficult to apply in practice in the context of their case relating to a question of prompt release as covered by article 292.

However, the notion of the abuse of process to which the procedures laid down in article 294 are intended to serve as a response is not entirely alien to the present case.

In alleging that France has violated the provisions of article 58 of the Convention, the Panamanian application purely and simply alleged that the coastal state has acted in contravention of the provisions of the Convention with respect to the freedoms and rights of navigation as laid down in article 297¹²⁴.

121. Article 96, paragraph 7 of the Rules

122. Article 96, paragraph 8 of the Rules

123. The “Camouco” case (Panama vs France), prompt release, ITLOS memorials, transcripts and documents, 2000, Vol 5, pp. 228-229

124. Ibid, Hearings of the 27 January 2000, (pm)

However, even though it has been shown that this allegation does not fall within the jurisdiction of the Tribunal in the proceedings forming the object of the present case, the fact nevertheless remains that Panama appears to be submitting an application in respect of a dispute referred to in article 297 according to the terms of article 294. This would entitle France to regard the application making such a request as an abuse of process. I shall limit myself to raising this question as it is up to the Tribunal to judge.

The Tribunal did not follow this argument, in this regard.

C. THE PRELIMINARY OBJECTIONS

The Tribunal was inspired by the need for expeditious proceedings when it adopted the provisions concerning preliminary objections. To that end, the time-limits is shortened to 90 days.

Preliminary objections is a “mean invoked during the first phase of the proceedings, so that the Tribunal may rule on a preliminary question before going into the merits of the case”¹²⁵ .

The rules of the Tribunal characterise the preliminary objections by the effect of its invocation during the course of proceedings. When a means has the effect to terminate proceedings on the merits, it is a preliminary objection of inadmissibility. When, in contrary, it has the effect to suspend the proceedings on the merits until some conditions are met, it is an admissibility objection of the request, as for instance, in the case of exhaustion of domestic remedies.

In each case, the Tribunal has to rule because “ in any objection to the jurisdiction of the Tribunal, the Tribunal has to decide ”¹²⁶ .

The procedure to follow is define in article 97 of the Rules of the Tribunal. Any objection to the jurisdiction of the Tribunal or to the admissibility of the application, or other objection the decision upon which is requested before any further proceedings on the merits, shall be made in writing within 90 days from the institution of proceedings¹²⁷ .

125. J. BASDEVANT, Dictionnaire de la Terminologie du Droit International

126. Article 288, paragraph 4 of the Convention. See also Article 58 of the Rules

127. Article 97, paragraph 1 of the Rules

The preliminary objection shall set out the facts and the law on which the objection is based, as well as the submissions¹²⁸ .

Upon receipt by the Registry of a preliminary objection, the proceedings on the merits shall be suspended and the Tribunal, or the President if the Tribunal is not sitting, shall fix a time-limit not exceeding 60 days within which the other party may present its written observations and submissions. It shall fix a further time-limit not exceeding 60 days from the receipt of such observations and submissions within which the objecting party may present its written observations and submissions in reply. Copies of documents in support shall be annexed to such statements and evidence, which it is proposed to produce, shall be mentioned¹²⁹. Unless the Tribunal decides otherwise, the further proceedings shall be oral¹³⁰ .

The written observations and submissions referred to in paragraph 3, and the statements and evidence presented at the hearings contemplated by paragraph 4, shall be confined to those matters which are relevant to the objection. Whenever necessary, however, the Tribunal may request the parties to argue all questions of law and fact and to adduce all evidence bearing on the issue¹³¹ . After that, starts the deliberation phase.

The Tribunal shall give its decision in the form of a judgment, by which it shall uphold the objection or reject it or declare that the objection does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character. If the Tribunal rejects the objection or declares that it does not possess an exclusively preliminary character, it shall fix time-limits for the further proceedings¹³².

Finally, The Tribunal shall give effect to any agreement between the parties that an objection submitted under paragraph 1 be heard and determined within the framework of the merits¹³³.

The Joinder of preliminary objection to the merits has been applied by the Tribunal in the “Saiga” case (N°2) on the basis of the 20 february

128. Article 97, paragraph 2 of the Rules

129. Article 97, paragraph 3 of the Rules

130. Article 97, paragraph 4 of the Rules

131. Article 97, paragraph 5 of the Rules

132. Article 97, paragraph 6 of the Rules

133. Article 97, paragraph 7 of the Rules

1998 Agreement between Guinée and saint Vincent. Article 2 provides:

*“The written and oral proceedings before the International Tribunal for the Law of the Sea shall comprise a single phase dealing with all aspects of the merits (including damages and costs) and the objection as to jurisdiction raised in the Government of Guinea’s, Statement of Response dated 30 January 1998”*¹³⁴.

Preliminary objections are often raised by the respondent when proceedings are instituted by mean of an application. This was indeed the case before this tribunal, particularly in matters it executes a compulsory jurisdiction.

D. COUNTER-CLAIMS

A counter claim is an “incidental claim through which a party to the proceedings seek to obtain, on top of the dismissal of the request initiated against it, the satisfaction by the adverse party of a claim having connection with the subject matter of the request of that party”¹³⁵.

Under article 98 of ITLOS Rules, three conditions have to be met, for a counter-claim to be admissible.

First, a party may present a counter-claim provided that it is directly connected with the subject-matter of the claim of the other party

Then, the counter claim shall come within the jurisdiction of the Tribunal. And finally, it shall be made in the counter-memorial of the party presenting it and shall appear as part of the submissions of that party¹³⁶. This latter condition shows that the proceedings must be introduced by a mean of an application, putting the parties in a defendant/respondent relationship.

It remains very difficult to formulated a counter-claim during the course of a procedure initiated by a special agreement, where there is neither defender, nor respondent and where the presentation of pleadings can be simultaneous¹³⁷.

In the event of doubt as to the connection between the question presented by way of counter-claim and the subject-matter of the claim of

134. The “Saiga” case, op. cit (Note 85), page 15

135. Dictionnaire de Droit International Public, (J. SALMON) p.316

136. Article 98, paragraph 1 and 2 of the Rules

137. Article 61, paragraph 3 of the Rules

the other party the Tribunal shall, after hearing the parties, decide whether or not the question thus presented shall be joined to the original proceedings¹³⁸.

Given that a counter-claim is an incidental claim, the Tribunal may adjudicate in the same terms as the original one. Thus, the fate of the two types of claim appears to be connected.

In the Southern Bluefin Tuna case, Japan presented a counter claim¹³⁹ but the Tribunal did not decide on this plea.

E. INTERVENTION

A modification of the constituent of the legal links of the procedure characterised by the respective claims of the Parties, determining the subject-matter of the dispute, established by the legal act initiating the proceedings and the conclusions, may occur.

The intrusion of a third party in the course of a proceeding is called an intervention¹⁴⁰.

Two types of intervention are envisaged in the ITLOS Statute. The so-called optional intervention triggered by a request upon which it shall be for the Tribunal to decide and the intervention “as of right” to which a State is entitled when the construction of a Convention to which it is a party, is in question. If a request to intervene is granted, the decision of the Tribunal in respect of the dispute shall be binding upon the intervening State-Party.

There must be a distinction between the request to intervene¹⁴¹ and the right to intervene regarding interpretation or application issues¹⁴².

In the first case, should a State Party consider that it has an interest of a legal nature, which may be affected by the decision in any dispute; it may submit a request to the Tribunal to be permitted to intervene. It

138. Article 98, paragraph 3 of the Rules

139. The “Southern Bluefin Tuna” case, *op. cit.* (note 86)

140. Article 31 of the Statute

141. Article 32 of the Statute

142. The article 20 of the Statute is related to “access” to the tribunal, whereas Article 21 deals with its jurisdiction

shall be for the Tribunal to decide upon this request. If a request to intervene is granted, the decision of the Tribunal in respect of the dispute shall be binding upon the intervening State Party in so far as it relates to matters in respect of which that State Party intervened.

The intervening party must show evidence it has interest to intervene.

In the second case, whenever the interpretation or application of this Convention is in question, the Registrar shall notify all States Parties forthwith.

Whenever pursuant to article 31 or 32 of LOSC Annex VI¹⁴³ the interpretation or application of an international agreement is in question, the Registrar shall notify all the parties to the agreement. Every party has the right to intervene in the proceedings; if it uses this right, the interpretation given by the judgment will be equally binding upon it.

The request to intervene and the right to intervene procedures are defined in the Rules of Tribunal.

An application for permission to intervene under the terms of article 31 of the Statute shall be filed not later than 30 days after the counter-memorial becomes available under article 67, paragraph 1, of these Rules. In exceptional circumstances, an application submitted at a later stage may however be admitted.

The application shall be signed, and state the name and address of an agent. It shall specify the case to which it relates and shall set out: (a) the interest of a legal nature which the State Party applying to intervene considers may be affected by the decision in that case; (b) the precise object of the intervention.

Permission to intervene under the terms of article 31 of the Statute may be granted irrespective of the choice made by the applicant under article 287 of the Convention. The application shall contain a list of the documents in support, copies of which documents shall be annexed¹⁴⁴.

A State Party or an entity other than a State Party referred to in article 32, of the Statute which desires to avail itself of the right of intervention shall file a declaration to that effect. The declaration shall be

143. Article 99 of the Rules

144. Article 100 of the Rules

filed not later than 30 days after the counter-memorial becomes available under article 67, paragraph 1, of these Rules. In exceptional circumstances, a declaration submitted at a later stage may, however, be admitted.

The declaration shall be signed by the agent and state his name and address. It shall specify the case to which it relates and shall: (a) identify the particular provisions of the Convention or of the international agreement the interpretation or application of which the declaring party considers to be in question; (b) set out the interpretation or application of those provisions for which it contends; (c) list the documents in support, copies of which documents shall be annexed¹⁴⁵.

Certified copies of the application for permission to intervene under article 31 of the Statute, or of the declaration of intervention under article 32 of the Statute, shall be communicated forthwith to the parties to the case, which shall be invited to furnish their written observations within a time-limit to be fixed by the Tribunal or by the President if the Tribunal is not sitting.

The Registrar shall also transmit copies to States Parties; any other parties which have to be notified under article 32, paragraph 2, of the Statute; the Secretary-General of the United Nations; the Secretary-General of the Authority when the proceedings are before the Seabed Disputes Chamber¹⁴⁶.

The Tribunal shall decide whether an application for permission to intervene under article 31 of the Statute should be granted or whether an intervention under article 32 of the Statute is admissible as a matter of priority unless in view of the circumstances of the case the Tribunal determines otherwise.

If, within the time-limit fixed under article 101, an objection is filed to an application for permission to intervene, or to the admissibility of a declaration of intervention, the Tribunal shall hear the State Party or entity other than a State Party seeking to intervene and the parties before deciding¹⁴⁷.

145. Article 101 of the Rules

146. Article 102 of the Rules

147. Article 105, paragraph 2 of the Rules

If an application for permission to intervene under article 31 of the Statute is granted, the intervening State Party shall be supplied with copies of the pleadings and documents annexed and shall be entitled to submit a written statement within a time-limit to be fixed by the Tribunal. A further time-limit shall be fixed within which the parties may, if they so desire, furnish their written observations on that statement prior to the oral proceedings. If the Tribunal is not sitting, these time-limits shall be fixed by the President.

The time-limits shall, so far as possible, coincide with those already fixed for the pleadings in the case. The intervening State Party shall be entitled, in the course of the oral proceedings, to submit its observations with respect to the subject-matter of the intervention. The intervening State Party shall not be entitled to choose a judge ad hoc or to object to an agreement to discontinue the proceedings¹⁴⁸.

Regarding the right to intervene, the procedure set by article 104 of the Rules of the tribunal is the same.

It is to be noted that the Tribunal has not yet examined an intervention case.

F. DISCONTINUANCE

If at any time before the final judgment on the merits has been delivered the parties, either jointly or separately, notify the Tribunal in writing that they have agreed to discontinue the proceedings, the Tribunal shall make an order recording the discontinuance and directing the Registrar to remove the case from the List of cases or docket.

If the parties have agreed to discontinue the proceedings in consequence of having reached a settlement of the dispute and if they so desire, the Tribunal shall record this fact in the order for the removal of the case from the List, or indicate in, or annex to, the order the terms of the settlement.

If the Tribunal is not sitting, any order under this article may be made by the President¹⁴⁹.

148. Article 105, paragraph 3 of the Rules

149. Article 105, paragraph 3 of the Rules

These provisions have been applied by the Tribunal in the “Chaisiri Reefer 2” case between Panama and Yemen. The Tribunal said:

“Whereas the Agent of Panama addressed to the Acting Registrar of the Tribunal a letter dated 12 July 2001 which reads as follows:

I have the honour to inform you that

- in accordance with article 105 para 2 of the Rules of the Tribunal:

- the parties have agreed to discontinue the proceedings

- in consequence of having reached a settlement of the dispute concerning the arrest of "CH AISIRI REEFER 2" as follows:

...

Places on record the discontinuance, by agreement of the Parties, of the proceedings initiated on 3 July 2001 on behalf of Panama against Yemen; and Orders that the case be removed from the List of cases¹⁵⁰”

If, in the course of proceedings instituted by means of an application, the applicant informs the Tribunal in writing that it is not going on with the proceedings, and if, at the date on which this communication is received by the Registry, the respondent has not yet taken any step in the proceedings, the Tribunal shall make an order officially recording the discontinuance of the proceedings and directing the removal of the case from the List of cases. A copy of this order shall be sent by the Registrar to the respondent.

If, at the time when the notice of discontinuance is received, the respondent has already taken some step in the proceedings, the Tribunal shall fix a time-limit within which the respondent may state whether it opposes the discontinuance of the proceedings. If no objection is made to the discontinuance before the expiration of the time-limit, acquiescence will be presumed and the Tribunal shall make an order recording the discontinuance of the proceedings and directing the Registrar to remove the case from the List of cases. If objection is made, the proceedings shall continue¹⁵¹. If the Tribunal is not sitting, its powers under this article may be exercised by the President.

150. The “Chaisiri Reefer 2” (Panama vs Yemen), Order of 13 July 2001, ITLOS, Recueil, 2001, p.82

151. Article 106 of the Rules

IV. PROMPT RELEASE OF VESSELS AND CREWS

This is another urgent procedure – with the provisional measures – set out in Article 292 of the LOSC. Certain conditions must be satisfied for the Tribunal to have jurisdiction: The detaining State has not complied with provisions of the Convention for the prompt release upon the posting of a reasonable bond and once the bond or financial security have been posted, the authorities of the detaining State shall comply promptly with the decision of the Tribunal concerning the release of the vessel or its crew.

An application for the release of a vessel or its crew from detention may be made under the conditions set by the Convention. First, where the authorities of a State Party have detained a vessel flying the flag of another State Party.

Then, it is alleged that the detaining State has not complied with the provisions of this Convention for the prompt release of the vessel or its crew upon the posting of a reasonable bond or other financial security,

Finally, when the parties fail to reach an agreement within 10 days from the time of detention of the vessel or crew, to bring the issue of detention or arrest before an international Tribunal¹⁵².

In this special procedure, the Tribunal exercises a residual jurisdiction. It:

“ shall deal without delay with the application for release and shall deal only with the question of release, without prejudice to the merits of any case before the appropriate domestic forum against the vessel, its owner or its crew. The authorities of the detaining State remain competent to release the vessel or its crew at any time”¹⁵³.

In this particular procedure, the Tribunal exercises a compulsory jurisdiction. We will examine the conditions of filing a request, the procedure and the judgment.

152. Article 292, paragraph 1 of the Convention

153. Article 292, paragraph 3 of the Convention

A. CONDITIONS FOR THE FILING OF A REQUEST

(i) Initiation of proceedings

The procedure relating to the prompt release of the detention of a vessel or the liberation of its crew is introduced by a request addressed to the Registrar¹⁵⁴.

The application for release may be made only by or on behalf¹⁵⁵ of the flag State of the vessel. In this case, State Party may at any time notify the State authorities of the flag State¹⁵⁶ competent to authorize persons, as well as by documents stating that the person submitting the application is the person named in the authorization.

The application shall contain a succinct statement of the facts and legal grounds upon which the application is based and supporting documents shall be annexed to the application¹⁵⁷.

Under article 111, paragraph 2 of the Rules, the statement of facts shall specify the time and place of detention of the vessel and the present location of the vessel and crew, if known.

It shall also contain relevant information concerning the vessel and crew including, where appropriate, the name, flag and the port or place of registration of the vessel and its tonnage, cargo capacity and data relevant to the determination of its value, the name and address of the vessel owner and operator and particulars regarding its crew.

It shall specify the amount, nature and terms of the bond or other financial security that may have been imposed by the detaining State and the extent to which such requirements have been complied with;

And finally, the statement of facts shall contain any further information the applicant considers relevant to the determination of the

154. Article 24, paragraph 1 of the Statute, Article 292, paragraph 1 of the Convention, Article 110, paragraph 1 of the Rules.

155. Article 292, paragraph 2 of the Convention, Article 110, paragraph 1 of the Rules.

156. Article 110, paragraph 2 of the Rules stipulates that "A State Party may at any time notify the Tribunal of: (a) the State authorities competent to authorize persons to make applications on its behalf under article 292 of the Convention; (b) the name and address of any person who is authorized to make an application on its behalf; (c) the office designated to receive notice of an application for the release of a vessel or its crew and the most expeditious means for delivery of documents to that office; (d) any clarification, modification or withdrawal of such notification".

157. Article 111, paragraphs 1 and 3 of the Rules

amount of a reasonable bond or other financial security and to any other issue in the proceedings.

A certified copy of the application shall forthwith be transmitted by the respondent and the President of the Tribunal shall consult the parties regarding procedure questions.

(ii) Statement in Response

A certified copy of the application shall forthwith be transmitted by the Registrar to the detaining State, which may submit a statement in response with supporting documents annexed, to be filed as soon as possible but not later than 96 hours before the hearing¹⁵⁸. The Tribunal may, at any time, require further information to be provided in a supplementary statement. The further proceedings relating to the application shall be oral.

(iii) Oral proceedings

The prompt release procedure is an urgent procedure as the one relating to the prescription of provisional measures. The Tribunal shall give priority to applications for release of vessels or crews over all other proceedings before the Tribunal.

However, if the Tribunal is seized of an application for release of a vessel or its crew and of a request for the prescription of provisional measures, it shall take the necessary measures to ensure that both the application and the request¹⁵⁹ are dealt with without delay. The Tribunal, or the President if the Tribunal is not sitting, shall fix the earliest possible date, within a period of 15 days commencing with the first working day following the date on which the application is received, for a hearing at which each of the parties shall be accorded, unless otherwise decided, one day to present its evidence and arguments¹⁶⁰.

158. Article 111, paragraph 4 of the Rules

159. Article 112, paragraph 1 of the Rules

160. Article 112, paragraph 3 of the Rules

B. THE JUDGMENT

The jurisdiction of the Tribunal in this procedure is restricted. It only examines issues of prompt release. Also, The Tribunal shall in its judgment determine in each case whether or not the allegation made by the applicant that the detaining State has not complied with a provision of the Convention for the prompt release of the vessel or the crew upon the posting of a reasonable bond or other financial security is well-founded¹⁶¹.

In other words, the admissibility of an application, under article 292 of the convention, is subjected to evidence that the detaining state did not comply with the provisions of the convention dealing with the prompt release of vessel and crew.

The provisions of the Convention regarding the prompt release are set by article 73, paragraph 2 of the Convention relating to the “implementation of the rules of the coastal State”.

It reads:

“Upon posting of a bond or financial security, it shall proceed without delay to the release of the vessel or the crew”.

Article 113, paragraph 2 of the Rules of the Tribunal provides that If the Tribunal decides that the allegation is well-founded, it shall determine the amount, nature and form of the bond or financial security to be posted for the release of the vessel or the crew.

The Tribunal shall determine whether the bond or other financial security shall be posted with the Registrar or with the detaining State, If the bond or other financial security has been posted with the Registrar, the detaining State shall be promptly notified thereof¹⁶².

The decision of the Tribunal shall be in the form of a judgment. The judgment shall be adopted as soon as possible and shall be read at a public sitting of the Tribunal to be held not later than 14 days after the closure of the hearing. The parties shall be notified of the date of the sitting. There shall be no more than 4 weeks between the date on which the application is received and the judgment.

161. Article 113, paragraph 1 of the Rules

162. Article 113, paragraph 3 and Article 114 paragraph 1 of the Rules

Upon the posting of the bond or other financial security determined by the court or tribunal, the authorities of the detaining State shall comply promptly with the decision of the court or tribunal concerning the release of the vessel or its crew¹⁶³.

To this day the Tribunal has entertained nine prompt release of vessels and crew cases¹⁶⁴.

Lastly, we have to flag proceedings before the seabed disputes Chamber. Disputes regarding “activities in the area” namely, the activities concerning the exploration and exploitation of the resources of the seabed area beyond the limits of national jurisdiction are the subject-matter of another peculiar aspect of the jurisdiction of the Tribunal, vested in the eleven members Seabed Dispute Chamber. Article 187 of UNCLOS provides that:

“ The Seabed Disputes Chamber shall have jurisdiction under this Part and the Annexes relating thereto in disputes with respect to activities in the Area falling within the following categories:

(a) disputes between States Parties concerning the interpretation or application of this Part and the Annexes relating thereto;

(b) disputes between a State Party and the Authority concerning:

(i) acts or omissions of the Authority or of a State Party alleged to be in violation of this Part or the Annexes relating thereto or of rules, regulations and procedures of the Authority adopted in accordance therewith; or

(ii) acts of the Authority alleged to be in excess of jurisdiction or a misuse of power;

(c) disputes between parties to a contract, being States Parties, the Authority or the Enterprise, state enterprises and natural or juridical per-

163. Article 292, paragraph 4 of the Convention

164. The Saïga case (Saint Vincent and the Grenadines vs Guinea), prompt release, judgment of 4 december 1997, The “Camuco” case (Panama vs France, prompt release, judgment of 7 february 2000; the “Monte Confurco” case (Seychelles vs France), prompt release, judgment of 18 december 2000; the “Grand Prince” case (Belize vs France), prompt release, judgment of 20 april 2001; The “Chasiri Reefer 2” case, prompt release, discontinued (Panama vs Yemen), order of 13 july 2001; The “Volga” case (Russian Federation vs Australia) prompt release, judgment of 23 december 2002; The “Juno Trader” case, (Saint Vincent and the Grenadines vs Bissau Guinea), prompt release, judgment of 18 december 2004; The “Hoshinmaru” case (Japan vs Russian Federation), prompt release, judgment of 6 august 2007; The “Tomimaru” case (Japan vs Russian Federation), prompt release, judgment of 6 august 2007;

sons referred to in article 153, paragraph 2(b), concerning:

(i) the interpretation or application of a relevant contract or a plan of work; or

(ii) acts or omissions of a party to the contract relating to activities in the Area and directed to the other party or directly affecting its legitimate interests;

(d) disputes between the Authority and a prospective contractor who has been sponsored by a State as provided in article 153, paragraph 2(b), and has duly fulfilled the conditions referred to in Annex III, article 4, paragraph 6, and article 13, paragraph 2, concerning the refusal of a contract or a legal issue arising in the negotiation of the contract;

(e) disputes between the Authority and a State Party, a state enterprise or a natural or juridical person sponsored by a State Party as provided for in article 153, paragraph 2(b), where it is alleged that the Authority has incurred liability as provided in Annex III, article 22;

(f) any other disputes for which the jurisdiction of the Chamber is specifically provided in this Convention”.

V. THE ADVISORY PROCEEDINGS

The advisory function of the Tribunal is exercised by the Seabed Disputes Chamber within the terms of the Convention (Section I). The ITLOS full Court may however render an advisory opinion based on other international agreements (Section II).

A. THE SEABED DISPUTES CHAMBER

As a rule, the advisory procedure is open to international organizations only. There are neither claims nor parties involved in this procedure. For this reason, the only way to access the Chamber for organs authorized to seek an advisory opinion on specific issues is by means of a request.

Organs directly authorized by the Convention

(i) The Assembly

The Convention provides that¹⁶⁵ upon a written request addressed to the President by at least one-fourth of the members of the Authority for an advisory opinion on the conformity with the Convention of a proposal before the Assembly on any matter, the Assembly shall request the Seabed Disputes Chamber of the ITLOS to give an advisory opinion thereon. Voting shall be deferred pending receipt of the advisory opinion of the Chamber. The Seabed Disputes Chamber also gives advisory opinions at the request of the Assembly on legal questions arising within the scope of its activities¹⁶⁶.

(ii) The Council

The other organ authorized to request an advisory opinion from the Seabed Disputes Chamber is the Council of the International Seabed Authority. It can request advisory opinion on legal questions arising within the scope of its activities¹⁶⁷.

165. UNCLOS, art. 159, para.10.

166. UNCLOS, art. 191.

167. Ibid

Eligibility criteria

To ascertain whether it has jurisdiction to give an opinion on an issue, the Seabed Disputes Chamber must ensure that the request falls within the scope of activities—competence—of the organ submitting the request.

(iii) Powers and functions of the ISA General Assembly ***a. Nature***

The Assembly, as the sole organ of the Authority constituted of all the members, is the supreme organ of the Authority to which the other principal organs shall be accountable. It defines the general policy of the Authority¹⁶⁸, which is the organ through which States Parties organize and control activities conducted in the Area for the purposes of administering the resources of the latter¹⁶⁹.

b. Scope

As the plenary assembly of the Authority, the Assembly has broad powers and functions. It considers the key issues affecting the organization and the functioning of the International Seabed Authority.

These issues are of a political, legal or merely technical nature. At the political level, the Assembly elects the members of the Council, the Secretary General from among the candidates proposed by the Council and, upon the recommendation of the Council, the members of the Governing Board of the Enterprise as well as the Director General of the Enterprise¹⁷⁰. The Assembly establishes such subsidiary organs as it finds necessary for the exercise of its functions. In the composition of these subsidiary organs, due account shall be taken of the principle of equitable geographical distribution and of special interests and the need for members qualified and competent in the relevant technical questions dealt with by such organs¹⁷¹. With the establishment of subsidiary or-

168. UNCLOS, art. 160, para.1.

169. UNCLOS, art. 157, para.1.

170. UNCLOS, art. 160, paras.2(a)–(c).

171. Ibid., para.2(d).

gans, the pursuit for efficiency in highly technical fields seems to override the achievement of equality among Member States despite the prescriptive measures. In general, persons whose expertise is well recognized in selected technical areas are elected in the subsidiary organs established for that purpose.

At the technical level, the Assembly assesses the contributions of members to the administrative budget of the Authority in accordance with an agreed scale of assessment. It considers and approves, upon the recommendation of the Council, the rules, regulations and procedures on the equitable sharing of financial and other economic benefits derived from activities in the Area. The same applies to the rules and procedures with regard to prospecting, exploration and exploitation in the Area, the financial management and internal administration of the Authority and, upon the recommendation of the Governing Board of the Enterprise, the transfer of funds from the Enterprise to the Authority¹⁷².

At the juridical level, the Assembly initiates studies and makes recommendations for the purpose of promoting international cooperation concerning activities in the Area and encouraging the progressive development of international law relating thereto and its codification¹⁷³.

The Assembly also decides on the suspension of the exercise of rights and privileges of membership. The suspension is, however, subject to a Seabed Disputes Chamber finding that the provisions of Part XI have been grossly and persistently violated¹⁷⁴.

Finally, the Assembly discusses any question or matter within the competence of the Authority and decides as to which organ of the Authority shall deal with any such question or matter not specifically entrusted to a particular organ, consistent with the distribution of powers

172. Ibid., paras.2(e), (f). It is also the Assembly that decides upon the equitable sharing of financial and other economic benefits derived from activities in the Area, consistent with this Convention and the rules, regulations and procedures of the Authority.

173. Ibid., para.2(j).

174. In application of art. 185 of the Convention, which stipulates:

Suspension of exercise of rights and privileges of membership

A State Party which has grossly and persistently violated the provisions of this Part may be suspended from the exercise of the rights and privileges of membership by the Assembly upon the recommendation of the Council.

No action may be taken under paragraph 1 until the Seabed Disputes Chamber has found that a State Party has grossly and persistently violated the provisions of this Part.

and functions among the organs of the Authority¹⁷⁵ .

(iv) Powers and functions of the ISA Council

a. Nature

As stipulated in Article 162 of the Convention, the Council is the executive organ of the Authority. It has the power to establish, in conformity with the Convention and the general policies established by the Assembly, the specific policies to be pursued by the Authority on any question or matter within the competence of the Authority.

b. Scope

As the executive organ of the Authority, the Council has broad powers and functions enabling it to implement the general policies established by the Assembly¹⁷⁶. These powers have been greatly strengthened by the Agreement on the application of Part XI of the UNCLOS, adopted on 28 July 1994, in favour of Northern Hemisphere States. Decisions of the Assembly on any matter which is also within the competence of the Council or on any administrative, budgetary or financial issue are hence based on the recommendations of the Council. If the Assembly does not accept the recommendation of the Council on any matter, it refers it back to the Council for reconsideration¹⁷⁷ . Similarly, each “chamber” holds veto power within the Council. Section 3 of the Agreement also confines the powers of the Assembly in favour of the Council¹⁷⁸ .

c. Jurisdiction of the Seabed Disputes Chamber

(i) Determination and exercise

The Convention provides that the International Seabed Authority

175. UNCLOS, art. 160, para.2(n).

176. See UNCLOS, art. 162, paras.2(a)–(z).

177. Agreement relating to Part XI of the Convention, GA Res 48/263 (28 July 1994), Section 3, para.4.

178. Of the four groups of States “Chambers” identified in the Agreement, see Section 3, paras.5 and 9.

Assembly may request from the Seabed Disputes Chamber an advisory opinion on the conformity with the Convention of a submitted proposal on any matter¹⁷⁹. Similarly, the Seabed Disputes Chamber gives advisory opinions at the request of the Assembly or the Council on legal questions arising within the scope of their activities¹⁸⁰. Opinions are to be given as a matter of urgency.

In the exercise of its functions relating to advisory opinions, the Seabed Disputes Chamber shall, to the extent to which it recognizes them to be applicable, be guided by the provisions of the Statute and of the Rules applicable in contentious cases¹⁸¹.

The Rules provide that the Chamber shall consider whether the request for an advisory opinion relates to a legal question pending between two or more parties. If the Chamber so decides, Article 17 of the Statute shall be applied as well as the provisions for the application of this article¹⁸². These provisions suggest that an advisory opinion can be sought on a dispute since the Rules authorize the parties to choose a judge ad hoc when there is no member of their nationality on the bench. The Chamber must therefore consider, whenever necessary, if the conformity with the Convention of a submitted proposal on any matter or legal issue that arises within the scope of the activities of the Council or the Assembly concerns a dispute between two or more parties¹⁸³.

A kind of shift is noted that could eventually distort the advisory opinion mechanism in its principle as a non-binding judicial consulta-

179. UNCLOS, art. 159, para.10.

180. UNCLOS, art. 191.

181. ITLOS, Rules of the Tribunal, art. 130, para.1.

182. ITLOS, Rules of the Tribunal, art. 132, para.2. Art. 17 of the Statute relates to judges ad hoc.

183. The PCIJ gave the following definition of a dispute: “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two States”. Case concerning *Du Lotus*, CPJI serie A, Judgment of 7 September 1927, 11–12. This involved a contentious proceeding. However, the Court has never given a definition of the word “dispute” within the framework of its advisory proceedings. A review of the advisory opinion rendered concerning the status of East Karelia suggests that the jurisdiction of the Court in advisory matters should be limited to points of law and not points of fact or interest between two States. The Court stated in fact that “under ordinary circumstances, it would certainly be useful that the facts upon which the opinion of the Court is sought remain constant. The Court should not be given the latitude to determine these. Opinion on East Karelia, PCIJ se’rie B, 5 (23 July 1923). The Court could not respond to a question which was construed so as to settle a case between Russia and Finland.

tion. As observed by Charles de Visscher, the evolution of advisory opinions and, especially, the tendency to progressively liken the advisory procedure to the contentious procedure is an indication of the concern to exclude any possibility of quietly introducing compulsory jurisdiction in rendering advisory opinions and hence avoid a dispute between States being settled by an advisory opinion given to a question relating there to¹⁸⁴ and “which may be a key question of the dispute”¹⁸⁵. In practice, this concern is not always confirmed, particularly as the instruments stipulate that the Courts shall be guided by the provisions which apply in contentious cases to the extent they are applicable. For this reason, because of its status as a judicial organ, the Seabed Disputes Chamber shall apply the provisions of the Convention giving it the authority to decide on its own jurisdiction¹⁸⁶.

In this regard, the Chamber is entitled to refuse to give an advisory opinion to an organ that is not authorized to submit a request on a non-legal issue. The Chamber may also refuse to respond to a request for an advisory opinion when the legal issue does not fall within the scope of activities of the Assembly or the Council of the International Seabed Authority.

(ii) Conformity with the Convention and legal questions
Conformity with the Convention of a proposal on any matter

The Convention provides that upon a written request addressed to the President by at least one-fourth of the members of the Authority for an advisory opinion on the conformity with the Convention of a proposal before the Assembly on any matter, the Assembly shall request the Seabed Disputes Chamber of the ITLOS to give an advisory opinion there on¹⁸⁷.

The Seabed Disputes Chamber is hence acknowledged as a regulatory body for the activities of the International Seabed Authority Assem-

184. Charles de Visscher, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de justice* (Pédone, Paris, 1966), 197.

185. Dissenting Opinion of Judge Winiarski in the Case concerning the Interpretation of Peace Treaties, ICJ Reports 1950, 92.

186. UNCLOS, art. 288, paras.3, 4.

187. UNCLOS, art. 159, para.10.

bly and Council. In addition to contentious proceedings relating to activities in the Area, it adjudicates on the conformity with the Convention of proposals on any matter raised by the Assembly or the Council. It should therefore establish a procedure in this regard, by which the UNCLOS will take precedence over the rules and regulations that may arise from such proposals; in other words, a convention conformity review, prior to giving its opinion.

On 25 February 2010, the International Seabed Authority published a draft revised agenda of the 16th session of the Council¹⁸⁸, to include a statement from the Government of the Republic of Nauru, a member of the Authority. Item 7 of the new agenda is entitled: “Proposal to seek, pursuant to Article 191 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, an advisory opinion from the Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea on matters regarding sponsoring State responsibility and liability [State companies, individuals or corporate bodies]”. A note verbale was also sent to Member States and observers of the Authority notifying them of the change¹⁸⁹. By its decision of 6 May 2010, the International Seabed Authority submitted said request to the Seabed Disputes Chamber. This is the first proceeding to have been submitted before the Chamber.

Legal questions

In accordance with the Convention, the Seabed Disputes Chamber renders advisory opinions at the request of the Assembly or the Council

188. Provisional agenda of the Council, ISBA/16/C/L1/Rev.1 (25 February 2010).

189. The proposal submitted by the Nauru delegation is contained in the document ISBA/16/C/6 of 1 March 2010, pages 1–12. See Decision of the Council of the International Seabed Authority, ISBA/16/C/13 (6 May 2010); See also the Tribunal’s press release of 14 May 2010. The Council of the International Seabed Authority requests the Seabed Dispute Chamber to render an advisory opinion on the following questions:

1. What are the legal responsibilities and obligations of States Parties to the Convention with respect to the sponsorship of activities in the Area in accordance with the Convention, in particular Part XI, and the 1994 Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982?
2. What is the extent of liability of a State Party for any failure to comply with the provisions of the Convention, in particular Part XI, and the 1994 Agreement, by an entity whom it has sponsored under Article 153, paragraph 2(b), of the Convention?
3. What are the necessary and appropriate measures that a sponsoring State must take in order to fulfill its responsibility under the Convention, in particular Article 139 and Annex III, and the 1994 Agreement?

on legal questions arising within the scope of their activities. These opinions are rendered as a matter of urgency¹⁹⁰.

The Chamber could gainfully follow the approach adopted by the ICJ in The Hague which made a liberal interpretation of the concept of a “legal question” by detaching it from its previous and subsequent settings, and focusing on the essence of the question in order to determine its legal nature; thus avoiding the political implications that could have prompted it to refuse to render an opinion. Most of the time when a question is submitted, it considers it an abstract issue. It avoids considering the motives behind the request for advisory opinion and the arguments put forward by the political organs as well as the existence of a dispute between two or more parties relating to the issue for which an advisory opinion is sought. This attitude is more consistent with the nature of a Court and its true mission¹⁹¹.

It should, however, be noted that the jurisdiction of the Chamber has its limitations. Based on the Convention¹⁹², the Seabed Disputes Chamber does not have jurisdiction with regard to the exercise by the Authority of its discretionary powers in accordance with Part XI; in no case shall it substitute its discretion for that of the Authority. Without prejudice to Article 191, the Seabed Disputes Chamber in the exercise of its jurisdiction as stipulated in Article 187 shall not decide on the question of whether a rule, regulation or procedure of the Authority is in conformity with the Convention and cannot declare this rule, regulation or procedure as void¹⁹³.

190. UNCLOS, art. 191.

191. See M. Dubisson, *La Cour internationale de justice* (LGDJ, Paris, 1964), 295–303.

192. UNCLOS, art. 189. On the rules of procedure applicable in contentious proceedings relating to seabeds and in particular the jurisdiction of the Seabed Disputes Chamber with regard to the activities of the Authority, see MbendaDiagne, *L’apport du Tribunal international du droit de la mer (TIDM) aux principes juridiques de ‘gage’ sen droit de la mer* (doctora thesis in law, Université de Nice, 2010), 146–167.

193. Art. 189 stipulates that its jurisdiction shall be confined to deciding claims that the application of any rules, regulations and procedures of the Authority in individual cases would be in conflict with the contractual obligations of the parties to the dispute or their obligations under this Convention, claims concerning excess of jurisdiction or misuse of power and claims for damages to be paid or other remedy to be given to the party concerned for the failure of the other party to comply with its contractual obligations or its obligations under this Convention.

The Seabed Disputes Chamber will have to urgently define the scope of the discretionary powers of the Authority so as to make a clear distinction on proposals that could be submitted by the International Seabed Authority Assembly or Council for advisory opinion.

(iii) Procedure

The request for an advisory opinion is submitted to the Seabed Disputes Chamber by the relevant authorized organ, the International Seabed Authority General Assembly or Council. It shall specify the question to be submitted to the Chamber or the proposal whose conformity with the Convention is queried. The request for an advisory opinion is signed by the authorized representative of the Authority. It also states the name of the person who will be representing the Authority during the proceedings.

A request for an advisory opinion on legal questions arising within the scope of activities of the Assembly or the Council of the Authority shall contain a precise statement of the question. It shall be accompanied by all documents likely to throw light upon the question. These documents shall be transmitted to the Chamber at the same time as the request or as soon as possible thereafter in the number of copies required by the Registry¹⁹⁴.

The procedure for drafting a request for an advisory opinion is not detailed in the Convention, Statute or Rules. The proposal whose conformity with the Convention is to be reviewed and the legal question to be submitted should be within reach. The practices of the UN and the system established within organs authorized to request an advisory opinion from the ICJ may have to be referred to.

In these various forums, the decision to request an advisory opinion is made during debate sessions. It can be assumed that the same applies to the Assembly and the Council of the Authority when proposals to request advisory opinions are submitted. The request for an advisory opinion is formally transmitted to the Seabed Disputes Chamber by the

194. ITLOS, Rules of the Tribunal, art. 131. One hundred and twenty-five copies of the documents shall be submitted. See ITLOS, Guidelines concerning the Preparation and Presentation of Cases before the Tribunal, paras.9, 19.

Secretary General of the Authority, of which the Assembly and the Council are the organs.

Article 130, paragraph 1 provides that in the exercise of its functions relating to advisory opinions, the Seabed Disputes Chamber shall apply this section and be guided, to the extent to which it recognizes them to be applicable, by the provisions of the Statute and of these Rules applicable in contentious cases¹⁹⁵. Thus, the Chamber makes orders concerning the conduct of the case, i.e. necessary orders to determine, inter alia, the number and order of filing of the pleadings—written and oral—and the time-limits within which they must be filed. It is this same principle which should predicate all decisions taken or to be taken with respect to the order in which should be submitted: the burden of proof, the hearing of the applicants and their right to respond, the allotment of time for preparing files and the time accorded to speakers.

Proceedings in advisory matters will comply with the rules applicable in contentious cases whenever possible. The Chamber will apply the rules for contentious proceedings after having determined whether the request for an advisory opinion concerns a legal question currently pending between two or more parties. If the Chamber so decides, Article 17 of the Statute shall be applied as well as the provisions for the application of this article¹⁹⁶. Judges will be appointed ad hoc. We are hence

195. Likewise, Art. 40, para.2 of the Statute of the Tribunal stipulates: “In the exercise of its functions relating to advisory opinions, the Chamber shall be guided by the provisions of this Annex [VI] relating to procedure before the Tribunal to the extent to which it recognizes them to be applicable.”

196. ITLOS, Rules of the Tribunal, art. 130, para.2; art. 17 of the Statute of the Tribunal stipulates: Article 17 Nationality of members
Members of the Tribunal of the nationality of any of the parties to a dispute shall retain their right to participate as members of the Tribunal.

If the Tribunal, when hearing a dispute, includes upon the bench a member of the nationality of one of the parties, any other party may choose a person to participate as a member of the Tribunal. If the Tribunal, when hearing a dispute, does not include upon the bench a member of the nationality of the parties, each of those parties may choose a person to participate as a member of the Tribunal. This article applies to the chambers referred to in articles 14 and 15 of this Annex. In such cases, the President, in consultation with the parties, shall request specified members of the Tribunal forming the chamber, as many as necessary, to give place to the members of the Tribunal of the nationality of the parties concerned, and, failing such, or if they are unable to be present, to the members specially chosen by the parties.

Should there be several parties in the same interest, they shall, for the purpose of the preceding provisions, be considered as one party only. Any doubt on this point shall be settled by the decision of the Tribunal.

drifting resolutely towards the dispute. It is true that the existence of a dispute between two or more parties does not preclude the Chamber from being asked for an advisory opinion on a legal question relating to the dispute.

As a rule, this procedure has its own *modus operandi* that should have ruled out the appointment of judges *ad hoc*. The absence of parties shall be noted. The debates are restricted, not by the findings, but rather by the provisions of the request for the advisory opinion. The Chamber sends its answer to the international organ authorized to seek an advisory opinion and not to a State. The recurring dilemma of reconciling the advisory function with the essentially judicial nature of international courts and tribunals is again observed.

Moreover, the parties in question are either States or non-State entities: international organizations, natural or juridical persons, State enterprises. The nature of disputes that may arise between these different entities should also be reflected upon.

Members chosen in accordance with paragraphs 2, 3 and 4 shall fulfill the conditions required by articles 2, 8 and 11 of this Annex. They shall participate in the decision on terms of complete equality with their colleagues.

Art. 22 of the Rules of the Tribunal, which governs the appointment of a judge *ad hoc* by an “entity other than a State”, reads:

Article 22

1. An entity other than a State may choose a judge *ad hoc* only if:

- (a) one of the other parties is a State Party and there is upon the bench a judge of its nationality or, where such party is an international organization, there is upon the bench a judge of the nationality of one of its member States or the State Party has itself chosen a judge *ad hoc*; or
- (b) there is upon the bench a judge of the nationality of the sponsoring State of one of the other parties.

2. However, an international organization or a natural or juridical person or state enterprise is not entitled to choose a judge *ad hoc* if there is upon the bench a judge of the nationality of one of the member States of the international organization or a judge of the nationality of the sponsoring State of such natural or juridical person or state enterprise.

3. Where an international organization is a party to a case and there is upon the bench a judge of the nationality of a member State of the organization, the other party may choose a judge *ad hoc*.

4. Where two or more judges on the bench are nationals of member States of the international organization concerned or of the sponsoring States of a party, the President may, after consulting the parties, request one or more of such judges to withdraw from the bench.

In principle¹⁹⁷, the advisory opinions of the Seabed Disputes Chamber have no binding effect. They have a moral authority. Legally, they do not have the authority of *res judicata*. Are they likely to assert themselves in Court? What would happen if the dispute submitted to the Chamber or the Tribunal concerns a legal question for which an advisory opinion has already been rendered? Will they be able to extricate themselves from the principles and solutions adopted in the advisory opinion? The ability to render an advisory opinion without taking a stance on a pending issue between two or more parties would be ideal.

The Registrar shall forthwith give notice of the request for an advisory opinion to all States Parties. The Chamber, or its President if the Chamber is not sitting, shall identify the inter-governmental organizations which are likely to be able to furnish information on the question. The Registrar shall give notice of the request to such organizations. States Parties and the organizations shall be invited to present written statements on the question within a time limit set by the Chamber. Such statements shall be communicated to States Parties and organizations which have made written statements. The Chamber may set a further time limit within which such States Parties and organizations may present written statements on the statements made. The Chamber shall also decide whether oral proceedings shall be held and, if so, set the date for the opening of such proceedings. States Parties and the organizations shall be invited to make oral statements at the proceedings¹⁹⁸. Written statements and accompanying documents shall be made available to the public as soon as possible after they have been presented to the Chamber¹⁹⁹.

197. Charles de Visscher, above n.39, 195, explains that “the authority that upholds statements of law contained in an advisory opinion of the Court is unfamiliar with the statutory provisions relating to *res judicata*. This exercises a moral authority, notwithstanding the lack of a binding effect in the formal or procedural sense of the term. It largely depends on the prestige of the Court. . . and on the intrinsic value of opinions rendered. There is little distinction between judgments and opinions in terms of their doctrinal authority. Like judgments, advisory opinions contribute to the establishment of a coherent case law corpus”

198. ITLOS, Rules of the Tribunal, art. 133.

199. ITLOS, Rules of the Tribunal, art. 134.

When the Chamber has completed its deliberations and adopted its advisory opinion, the latter shall be read at a public sitting of the Chamber²⁰⁰. The advisory opinion shall contain: (a) the date on which it is delivered; (b) the names of the judges participating in it; (c) the question or questions on which the advisory opinion of the Chamber is requested; (d) a summary of the proceedings; (e) a statement of the facts; (f) the reasons of law on which it is based; (g) the reply to the question or questions put to the Chamber; (h) the number and names of the judges constituting the majority and those constituting the minority, on each question put to the Chamber; (i) a statement as to the text of the opinion which is authoritative²⁰¹.

A separate or dissenting opinion or a declaration may be attached to the advisory opinion of the Chamber²⁰². According to Article 136 of the Rules, the Registrar shall inform the Secretary General of the Authority as to the date and the hour set for the public sitting to be held for the reading of the opinion. He shall also inform the States Parties and the inter-governmental organizations directly concerned.

One copy of the advisory opinion shall be placed in the archives of the Tribunal, others shall be sent to the Secretary General of the Authority and to the Secretary General of the UN. Copies shall be sent to the States Parties and the inter-governmental organizations directly concerned.

Alongside the advisory opinions that the Assembly or the Council of the Authority may request under the UNCLOS, there are other advisory opinions based on other international agreements and which rather concern the full Court.

200. ITLOS, Rules of the Tribunal, art. 135, para.1.

201. Ibid., para.2.

202. Ibid., para.3.

B. THE ADVISORY JURISDICTION OF THE ITLOS FULL COURT

Under the UN Convention on the Law of the Sea and the Statute of the Tribunal, the advisory function is exercised by the Seabed Disputes Chamber. These two instruments barely provide for an advisory jurisdiction of the full Court. There is no mention in the draft of the Preparatory Commission either. The Tribunal, during the drafting of its rules in 1996, took the initiative and discussed the possibility for the full Court to render advisory opinions.

Therefore, it is interesting to note that the possibility of the ITLOS rendering advisory opinions is not expressly contemplated in UNCLOS or in the Statute of the Tribunal, but is rather provided in the Rules of the Tribunal.

It is for this reason that the jurisdiction clause is oddly introduced in the Rules. It is stipulated in Article 138 that the Tribunal may give an advisory opinion on a legal question if an international agreement related to the purposes of the Convention specifically provides for the submission to the Tribunal of a request for such an opinion.

The provisions of Article 288, paragraph 2 and those of Article 21 of the Statute of the Tribunal have been called upon to justify the advisory jurisdiction of the full Court²⁰³. Article 288, paragraph 2 of the Convention appears rather as a basis for a consensual jurisdiction of the Court in a like manner as the ICJ and other mechanisms provided for in Article 287 of the Convention. Moreover, it appears in the section dealing with compulsory procedures which entail binding decisions.

203. For a review of arguments presented, see Ki-Jun You, *Advisory Opinions of the International Tribunal for the Law of the Sea: Article 138 of the Rules of the Tribunal, Revisited*, *Ocean Development and International Law*, 39 *Journal of Maritime Affairs* (2008), 360–371 (specifically pages 361–363). Art. 288, para.2 of the Convention stipulates: “A court or tribunal referred to in article 287 shall also have jurisdiction over any dispute concerning the interpretation or application of an international agreement related to the purposes of this Convention, which is submitted to it in accordance with the agreement.” Art. 21 of the Statute reads: “The jurisdiction of the Tribunal comprises all disputes and all applications submitted to it in accordance with this Convention and all matters specifically provided for in any other agreement which confers jurisdiction on the Tribunal.”

Whereas, an advisory opinion is non-binding legal advice which, as an individual statement, does not have legal force. Article 288 can therefore not be relied upon or interpreted as a basis for the advisory jurisdiction of the Tribunal. The same applies to Article 21 of the Statute of the Tribunal, which needs to be interpreted and clarified by the Tribunal.

However, it is possible for an organ with a judicial role such as the Tribunal to render an opinion on a point of law, because its Statute does not prohibit such. It shall be noted that an arbitral tribunal may sometimes issue an advisory opinion. The terminology may seem unusual, and it may be surprising that an arbitral tribunal is established to render an advisory opinion for it is part of the mission of an arbitral tribunal to issue mandatory judgments. The fact remains that the French–US²⁰⁴ and Italy–US²⁰⁵ air service agreements instituted arbitral tribunals entrusted with rendering advisory opinions. Article 10 of the French–US agreement provides that any dispute must be submitted “for an advisory opinion from a three-member tribunal” and according to Article 13 of the Italy–US agreement “any dispute will be submitted for advisory opinion to a tribunal composed of three arbitrators”.

Taking on the agreement path as a basis for conferring advisory jurisdiction to the Tribunal is a more effective route than seeking a legal basis that does not exist in the Convention or the Statute. Practices observed over time may help to thrust aside uncertainties relating to Article 138. The authorized organs will then be considered, as well as the questions for which advisory opinion may be sought and the requirements.

It is no coincidence that the first request for an advisory opinion submitted to the full Tribunal was made by an RFMO, and in this case, the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)²⁰⁶. Article 138 of the

204 . The Franco–American Air Agreement, signed at Paris on 27 March 1946. For the Interpretation of the Agreement by the Arbitral Tribunal composed of Professor Roberto Ago (President), Professor Paul Reuter and Henri de Vries, see Award of 22 December 1963, 3 *Journal of Air Law and Commerce* (1964), 231–247.

205. The Air Transport Agreement between the USA and Italy, signed at Rome on 6 February 1948. For the Interpretation of the Agreement by the Arbitral Tribunal, see UN RIAA, Vol. XVI (17 July 1965), 75–108 (The Arbitrators were O. Riese, S.D. Metzger and R. Monaco).

206. Application submitted on 28 March 2013; See ITLOS / Press 190 of 28 March 2013. The CSRP, which is based in Dakar, Senegal, consists of seven member states: Cape Verde, Gambia, Guinea, Guinea-Bissau, Mauritania, Senegal and Sierra Leone.

Rules of the Tribunal sets out a number of conditions that must be met for an application for an advisory opinion on a legal issue to be admissible. First, there must be an international agreement. Second, the agreement in question must relate to the purposes of the Convention. Further, the international agreement must expressly state that a request for such an opinion is to be submitted to the Tribunal and, finally, the advisory opinion must relate to a legal question. The preliminary legal question which has long occupied the Tribunal is that of its jurisdiction to render an advisory opinion²⁰⁷ and because this was the first case in which it had to do so, it was held in plenary session. The Tribunal will begin by recalling Articles 16 and 21 of the statutes and Article 138 of its Rules of procedure before examining the various arguments put forward by the participants in the proceedings²⁰⁸.

The main arguments put forward against the Tribunal's advisory jurisdiction are that the Convention makes no explicit or implicit reference to advisory opinions of the Tribunal Full Court, and that if the Tribunal were to exercise advisory jurisdiction it would act *ultra vires* under the Convention.

Other participants expressed support for the Tribunal's advisory jurisdiction. They argued that Article 21 of the Statute constitutes in itself a sufficient legal basis for the jurisdiction of the full Court to give effect to a request for an advisory opinion if it is expressly provided for in a relevant international agreement. There is no reason to assume that the phrase "all matters" does not cover the request for an advisory opinion. They added that the argument that the phrase "whenever" refers to "all disputes" as well as "the Tribunal" is limited by Article 288 (2) of the Convention cannot be upheld. They pointed out that article 288 was supplemented by the Statute, in particular by Article 21²⁰⁹.

After examining the various types of arguments, the Tribunal specified that the expression "whenever expressly provided for in any other agreement conferring jurisdiction on the tribunal" confers not an advisory jurisdiction on the Tribunal. It is rather the expression "other agreement" in article 21 of the statute which confers on it such competence.

207. See ITLOS Opinion of 2 April 2015 in Case No. 21, paragraph 37-79.

208. See paragraphs 40 to 47 for the arguments put forward against the Advisory Jurisdiction of the Tribunal of the Whole.

209. See paragraphs 48 to 57 for the arguments in favor of the Tribunal's advisory jurisdiction.

When the expression “other agreement” assigns an advisory power to the Tribunal, the Tribunal may exercise that jurisdiction “whenever” expressly provided in this “other agreement”. Article 21 and the “other agreement” conferring jurisdiction on the Tribunal are related to each other and constitute the legal basis for the Tribunal’s advisory jurisdiction²¹⁰.

This decision establishes a precedent that could prove to be of great benefit to the States grouped within the RFMOs. This is all the more so since, in its opinion, the Tribunal indicated that the flag State is under an obligation to take the necessary measures, including enforcement measures, to ensure that vessels flying its flag comply with Laws and regulations of the member states of the SRFC²¹¹. This advisory opinion singularly gives teeth to the UNCLOS and lays the groundwork for future actions against flag States. It also opens up the prospect of submitting new questions to the Tribunal.

The Tribunal further held that the responsibility of the flag State resulted from a breach of its due diligence obligation for IUU fishing activities by vessels flying its flag in the EEZs of Member States of the SRFC²¹². This provides examples of significant advances that can significantly protect Member States from Regional Fisheries Management Bodies, which can now resort to the Tribunal to complain about the violation of measures taken in the management and conservation of the biological resources they administer.

While some participants have argued in favour of the jurisdiction of the Tribunal to entertain the Request, other participants have contended that the Tribunal is not competent to entertain the Request. The Tribunal will proceed to examine these arguments.

The main arguments against the advisory jurisdiction of the Tribunal are that the Convention makes no reference, express or implied, to advisory opinions by the full Tribunal and that if the Tribunal were to exercise advisory jurisdiction, it would be acting *ultra vires* under the Convention.

At the outset, the Tribunal wishes to clarify the relationship between the Statute in Annex VI to the Convention and the Convention. As spe-

210. Paragraph 58 of the Advisory Opinion of 2 April 2015.

211. Reply to the first question of the SRFC.

212. See answer to the second question of a SRFC.

cified by article 318 of the Convention, Annexes “form an integral part of this Convention”. As stated in article 1, paragraph 1, of the Statute, “The International Tribunal for the Law of the Sea is constituted and shall function in accordance with the provisions of this Convention and this Statute.” It follows from the above that the Statute enjoys the same status as the Convention. Accordingly, article 21 of the Statute should not be considered as subordinate to article 288 of the Convention. It stands on its own footing and should not be read as being subject to article 288 of the Convention.

The Tribunal wishes to clarify that the expression “all matters specifically provided for in any other agreement which confers jurisdiction on the Tribunal” does not by itself establish the advisory jurisdiction of the Tribunal. In terms of article 21 of the Statute, it is the “other agreement” which confers such jurisdiction on the Tribunal. When the “other agreement” confers advisory jurisdiction on the Tribunal, the Tribunal then is rendered competent to exercise such jurisdiction with regard to “all matters” specifically provided for in the “other agreement”. Article 21 and the “other agreement” conferring jurisdiction on the Tribunal are interconnected and constitute the substantive legal basis of the advisory jurisdiction of the Tribunal.

The argument that it is article 138 of the Rules which establishes the advisory jurisdiction of the Tribunal and that, being a procedural provision, article 138 cannot form a basis for the advisory jurisdiction of the Tribunal is misconceived. Article 138 does not establish the advisory jurisdiction of the Tribunal. It only furnishes the prerequisites that need to be satisfied before the Tribunal can exercise its advisory jurisdiction.

These prerequisites are: an international agreement related to the purposes of the Convention specifically provides for the submission to the Tribunal of a request for an advisory opinion; the request must be transmitted to the Tribunal by a body authorized by or in accordance with the agreement mentioned above; and such an opinion may be given on “a legal question”²¹³.

213. See Advisory opinion of 2nd April 2015, spec. paras 39, 40, 52, 58, 59, and 60

a. Organs authorized to seek advisory opinions

There is, strictly speaking, no established authorization mechanism²¹⁴. A priori, any organ, appointed or acting pursuant to a duly signed international agreement, may apply for an advisory opinion. Because the advisory procedure is open to international organizations only for now, the organ in question must therefore be that of an international organization that has granted it authority to seek an advisory opinion from the Tribunal²¹⁵. These international organizations must meet the requi-

214. As provided under art. 96 of the UN Charter with regard to the ICJ.

215. Certain authors believe that the advisory procedure before the Tribunal should also be open to States. See Jose' Luis Jesus, Article 138, in: Rao and Gautier (eds.), *The Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea: A Commentary* (2006), 394. Judge Wolfrum believes that the advisory function of the Tribunal could potentially be an "alternative to contentious proceedings". Report of President Dolliver Nelson, above n.62, para.18. For Judge Rao, the meeting of States Parties should be able to seek advisory opinions of the Tribunal on legal issues under the Convention. Judge Rao wrote: The question arises as to whether a Meeting of States Parties could seek advisory opinions of the Tribunal on legal questions arising under the Convention. It may be recalled that the Council of the League of Nations made requests for advisory opinions on behalf of other international agencies and States, though neither the League Covenant expressly authorized the Council or Assembly of the League to request such opinions, nor did the constitutions of others expressly authorize them to ask the League to request advisory opinions. On the basis of this practice, it may be argued that even a 'treaty organ' like the Meeting of States Parties might, if it so decides, request advisory opinions of the Tribunal. How else could it (and through it the Commission on the Limits of the Continental Shelf set up under Annex II to the Convention) obtain independent advice on legal questions arising within the scope of their activities under the Convention, especially when they concern the interpretation or application of the Convention? When the need arose, the States Parties postponed in 1995 the election of judges to the Tribunal, clearly deviating from the mandatory provisions of article 4, paragraph 3, of the Statute. Similarly, the eleventh Meeting of States Parties made a change in respect of the date of commencement of the ten-year period for making submissions to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, clearly deviating from the provisions of article 4 of Annex II to the Convention. In the scheme of the Convention and the Statute, there is thus warrant for the Meeting of States Parties to seek advisory opinions of the Tribunal should the need arise. P.C. Rao, *ITLOS: The First Six Years*, 6 *Max Planck YUNL* (2002), 183 (specifically pages 211–212; internal footnotes omitted). The legal status of the meeting of States Parties is uncertain. Art. 319, para. 2(e) provides "In addition to being the depositary of this Convention, the Secretary General of the United Nations convenes necessary meetings of States Parties in accordance with this Convention. The Meeting of States Parties is therefore presented as a periodic international conference and not a permanent established organ." Moreover, "all States Parties are ipso facto members of the Authority" under art. 156, para.2 of the Convention. The Meeting of States Parties reminds of traditional diplomatic conferences, in terms of its operation, where delegates have to follow the instructions of their respective governments. Through them, States Parties have the power to act at the International Seabed Authority as at the UN. States can hence have the capacity to intervene with respect to the Tribunal for the Law of the Sea, the International Seabed Authority Assembly or the Council.

rements of Article 138 of the Rules. This does not mean that States will never be able to institute advisory proceedings before the Tribunal, but that they will have to find and use the appropriate procedure²¹⁶.

Questions on which advisory opinion may be sought and requirements

b. Questions

The advisory procedure is open when an international agreement²¹⁷ related to the purposes of the Convention makes provisions for such. The purposes of the Convention are many. These include: biological resources of the sea; general conservation; environment and ecosystem; marine scientific research; pollution; maritime navigation; piracy and maritime safety; maritime claims and responsibilities; shipping.

There are many issues relating to these matters where advisory opinions may be sought as indicated during the different workshops of the Tribunal. A recurring question concerns the role of regional fisheries management bodies and illegal fishing.

Another important issue is that relating to marine scientific research. All States and competent international organizations have the right to conduct marine scientific research²¹⁸. This right is subject to the rights and duties of other States as provided for in the Convention. Determining the scope of the rights and obligations of one and another is an arduous task. This is fully reflected in discussions within groups of experts on the Law of the Sea²¹⁹.

Another sensitive issue is piracy and other acts of violence at sea. These acts are committed in areas under national jurisdiction: near the coast, in waters of straits, in outer harbours. They are, nowadays, also committed on the high seas. Acts of piracy and violence at sea are on the increase. The applicable judicial system in such cases is not easy to determine.

216. See You, above n.58, 370 n.43.

217. It is therefore a treaty within the meaning of art. 1, para.(A) of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969.

218. UNCLOS, Part XIII, art. 238.

219. See debates of the group of experts of the International Oceanographic Commission of UNESCO (the ABELOS group) (www.unesco.org).

There is also the issue of pollution and preservation of the marine environment. According to the terms of the Convention, States are required to ensure the fulfilment of their international obligations regarding the protection and preservation of the marine environment. They shall be liable in accordance with international law. States shall ensure that recourse is available in accordance with their legal systems for prompt and adequate compensation or other relief in respect of damage caused by pollution of the marine environment by natural or juridical persons under their jurisdiction. To this end, States shall cooperate in the implementation of existing international law and the further development of international law relating to responsibility and liability for the assessment of and compensation for damage and the settlement of related disputes²²⁰.

These are very complex issues that may call for a request for an advisory opinion, whereas the latter is subject to a certain number of prerequisites.

c. Requirements

Article 138 of the Rules sets out a certain number of prerequisites for a request for an advisory opinion on a legal question to be admissible. Firstly, there has to be an international agreement, in other words a treaty within the meaning of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties.

Secondly, the agreement in question must relate to the goals of the Convention. A few significant goals of the Convention have been cited earlier. This condition is a logical requirement.

Then, the international agreement must specifically make provisions for submitting a request for an advisory opinion to the Tribunal. This condition is difficult to fulfil under the existing agreements since no international agreement has made provisions for it, either because the agreements existed prior to the establishment of the Rules of the Tribunal, or because States could not foresee that the advisory jurisdiction clause would be introduced by an organ they established. One merely has to refer to the dispute settlement as well as the jurisdiction clauses

220. UNCLOS, art. 235

to realize this. This condition could possibly make Article 138 inapplicable²²¹ .

Furthermore, the advisory opinion sought must be on a question of a legal nature. The spirit and the extremely political methods that prevail in international organizations raise the issue of reconciling the advisory function with the judicial nature of the Tribunal. Hence, strictly speaking, when a question is not of a purely legal nature, an advisory opinion cannot be given. One has to try to retain only the legal aspects *per se* of a question; and this is hardly an easy task. The circumstances surrounding the legal question should perhaps—be ignored. This raises the issue with regard to the freedom of the Tribunal in respect of the matter referred to it.

Finally, there is an implicit requirement related to the scope of the advisory jurisdiction. It relates to the international seabed regime and activities in the Area. In these areas, the Seabed Disputes Chamber has exclusive jurisdiction²²² .

The procedure governing a request for an advisory opinion on a legal question—if an international agreement related to the purpose of UNCLOS specifically provides for the submission to the ITLOS of a request for such an opinion—will be that before the Seabed Disputes Chamber²²³ and eventually the one prescribed in said agreement. The rules of procedure of the Seabed Disputes Chamber's advisory proceedings apply *mutatis mutandis*²²⁴.

If the system of advisory proceedings before the Seabed Disputes Chamber is very clear, that of the full Court holds uncertainties which will undoubtedly be lifted as the Tribunal receives more requests for advisory opinions. At the first opportunity, the instruments must be fine-tuned in order to supplement the jurisdiction clause, established by paragraph 1 of Article 138 of the Rules, on a certain number of points.

221. See provisions on the settlement of disputes concerning the law of the sea (www.un.org/DOALOS).

222. UNCLOS, arts. 186, 187. ITLOS, Statute of the Tribunal, art. 14; ITLOS, Rules of the Tribunal, art. 130.

223. ITLOS, Rules of the Tribunal, arts. 130–137.

224. ITLOS, Rules of the Tribunal, art. 138, para.3.

Initially, the Meeting of States Parties will have to be given a legal status for it to play a role. Then, the Meeting of States Parties will create a mechanism for clearance or authorization, which will define its relations with the organs established by the Convention: the Commission on the Limits of the Continental Shelf and the ITLOS, but also other international organizations active in areas relevant to the purposes of the Convention²²⁵ .

Afterwards, the relevant international organizations and particularly the regional fisheries management organizations will be identified as they may prove to be potential clients in the advisory proceedings before the Tribunal.

Finally, questions on which an advisory opinion as stipulated in Article 138 of the Rules shall be rendered will be gradually clarified, indicating the general rules concerning the decision-making process and the consideration of the “legal question”²²⁶.

To sum up, ITLOS proceedings reflects the Tribunal multi-faceted jurisdiction contained in the Rules. They have so far proved to be very successful in that they are not only expeditious but also cost-effective.

225. These specialized organs could help in the determination of a scientific status. As far as the boundary delimitation is concerned, see the proposal relating to the interlocutory referral by judge TM NDIAYE in his separate opinion in case 16 (Bangladesh vs Myanmar), ITLOS reports, paras 104-120.

226. The “legal question” is framed in a very imprecise manner compared with art. 96, para.2 of the UN Charter.

Colloque Annuel de la Fondation René CASSIN

Institut International des Droits de l'Homme

Direction scientifique : Pr. Helene RASPAIL

Faculté de Droit – Université du Mans

24 et 25 Mai 2018

LES DROITS DE L'HOMME ET LA MER

Intervention de Tafsir Malick NDIAYE

Juge au Tribunal International du Droit de la Mer

Table Ronde Conclusive

INTRODUCTION

Mesdames, Messieurs, c'est pour moi un honneur et un privilège de me retrouver parmi vous aujourd'hui. Permettez-moi tout d'abord de dire toute ma gratitude aux autorités de la Fondation René CASSIN, et en particulier Monsieur Jean-Paul COSTA que je retrouve avec plaisir, ainsi qu'à Madame la Professeure Hélène RASPAIL, directrice scientifique pour l'invitation à cette table ronde conclusive au colloque annuel de la fondation René CASSIN (Institut International des Droits de l'Homme) portant sur « Les Droits de l'Homme et la Mer »

Mesdames, Messieurs

Depuis qu'il existe cet « artifice de menuiserie » que l'on appelle trône et des hommes pour s'y installer, l'homme lui-même n'a plus où se mettre. Autrement dit, l'individu est en exil dans la société des Etats.

Le droit de la mer s'est développé dans un cadre interétatique de partage où les intérêts individuels ont vocation à la subsidence. Le problème de la CNUDM est les autres instruments juridiques du droit de la mer, c'est qu'ils sont conçus pour les Etats mais pas pour les individus. Leur objectif est différent même si des préoccupations relatives aux êtres humains sont présentes dans leur dispositif normatif.

Les Océans et les activités humaines qui s'y déroulent engendrent un écheveau d'interactivités qui révèlent que le milieu marin est un milieu rude et dangereux. Il suffit de penser à des événements tels que :

- Les nombreux arraisonnements
- Les milliers de morts en Méditerranée
- Les bateaux de croisière qui coulent au fond de la mer
- Les conditions à bord des bateaux de pêche dans la ZEE de nombreux pays (Nouvelle Zélande, Thaïlande)
- La pêche INN et Les menaces sur les stocks de poissons dans le monde
- La piraterie moderne, etc...

Ceci montre la nécessité de protéger les droits de l'homme en mer et de déterminer si les personnes privées jouissent de leurs droits et si les Etats sont dans l'obligation de protéger ceux-ci. Pour ce faire, une approche combinée du droit de la mer et les droits de l'homme apparaît nécessaire. En particulier, il est bon de passer en revue les droits de

l'homme pour voir comment ils interagissent avec le droit de la mer de façon à pouvoir indiquer les solutions possibles qui s'offrent à l'individu suivant le dyptique droits des individus et obligations des Etats. Ce, parce que les droits de l'homme apparaissent *a priori* applicables à toute personne en mer, sans discrimination, qu'elle soit : marin, pirate, migrant, pêcheur ou simple passager.

Pour cela, les juridictions instituées par les instruments juridiques du droit de la mer peuvent être d'un apport déterminant en ce qu'elles appliquent les textes à la lumière de leur objectif. Lorsqu'ils connaissent d'un différend en droit de la mer, ces Cours et Tribunaux ont une posture qui rappelle celle des juridictions spécialisées en droit de l'homme parce qu'ils ont conscience d'appliquer non seulement les dispositions de la CNUDM mais également les autres règles du droit international qui ne sont incompatibles avec celle-ci conformément à l'article 293 de la Convention.

On s'emploiera à rappeler quelques affaires traitées au TIDM à titre d'illustration (II) après avoir rappelé les droits de l'homme, et les principes pertinents du Droit de la Mer (I). L'on pourra alors livrer notre impression (III).

I. Les Droits de l'Homme

L'on examinera la Charte Internationale des Droits de l'Homme et le Droit de la Mer.

A. La charte Internationale des Droits de l'homme

Les droits de l'homme apparaissent comme une pièce de musée à restaurer, exigeant du juriste qu'il joue le rôle de l'archéologue et parfois même celui de l'architecte car la matière est demanderesse en règles. L'on peut observer deux tendances dans l'ordre international des droits de l'homme ; des principes universalistes et l'existence de particularismes nationaux. Cette situation engendre la dialectique de la solidarité et de l'identité qui fait que, dans cette matière, les ordres interne et international sont synchrones.

Il faut cependant remarquer que le caractère universel est aujourd'hui consacré. Un rapide coup d'œil sur les chartes fondamentales des Etats suffit à le prouver, sans parler de la consécration par les instruments juridiques de nature conventionnelle ou autre.

L'appareil instrumentaire est en effet impressionnant puisque l'on note plusieurs dizaines de textes. Le fondement à cet édifice normatif est la dignité de l'homme.

La première affirmation universelle de l'ensemble des droits de l'homme est la Charte de l'Organisation des Nations Unies. C'est que, jusque-là, les droits de l'homme avaient un caractère purement national et les tentatives internationales étaient pour le moins partielles et obéissaient à une logique de subsidiarité dans un monde relationnel marqué par des souverainetés omniprésentes et rebelles à toute immixtion extérieure.

Il faudra attendre la deuxième guerre dite mondiale avec les atrocités commises par le régime hitlérien pour voir une communauté internationale meurtrie se décider à régenter la matière des droits de l'homme. Et dès le départ, la Charte des Nations Unies établit un lien intime entre les droits de l'homme et la paix.

Les articles 1er paragraphe 3, 55 et 68 de la Charte sont ceux qui ont trait aux droits de l'homme. La Charte des Nations Unies apparaît

ainsi comme un élément considérable dans l'ordre des droits de l'homme. Cependant, ces dispositions y relatives comportent une part d'incertitude conceptuelle.

En effet, la notion de coopération est moins restrictive de la souveraineté des Etats que celle d'action qui infère des initiatives Internationales destinées à protéger les droits de l'homme. Ces initiatives peuvent émaner de chancelleries d'Etat ou être le fait d'organisations non gouvernementales.

Seulement, la sensibilité croissante de l'opinion publique dans le monde due au développement prodigieux des moyens de l'information est apparue comme un facteur facilitant l'épanouissement de la cause des droits de l'homme. Il suffit de penser à *l'internet* et à ses réseaux sociaux (*Facebook; Twitter*. etc.) ainsi qu'aux applications qu'ils sont susceptibles de générer dans l'ordre des droits de l'homme.

Nous vivons, en effet à une époque où les hommes sont devenus contemporains de l'événement ; c'est-à-dire que ce qui se passe dans un pays est connu et révélé ailleurs de sorte qu'il s'est vite constitué ce que l'on pourrait qualifier de réseau international des droits de l'homme.

Pour autant, ce mouvement n'a pas la faveur des Etats qui y voient une atteinte à leur souveraineté. Ils savent qu'ils disposent du pouvoir exclusif d'action à l'égard de leurs administrés de par leur compétence personnelle et territoriale, et sont souvent les premiers à vanter les mérites de leur droit interne relatif aux droits de l'homme. C'est pourquoi, les Etats sont réticents qu'ils l'avouent ou pas face aux interventions extérieures dans le domaine des droits de l'homme, que celles-ci proviennent de «gestes significatifs» de chancelleries, de la communauté internationale ou encore d'Organisations non gouvernementales. En particulier, les Etats sont souvent rebelles au système de protection internationale indifférenciée ou tolèrent plus facilement les mécanismes distinguant les nationaux et les résidents étrangers.

Toujours est-il que le Jeu des Conventions internationales a fini par asseoir un véritable système international des droits de l'homme même si les Etats le contrôlent. Paul Valéry ne nous avertissait-il pas à la fin de la deuxième guerre mondiale : « le temps du monde fini commence».

Cependant, les équivoques du langage politique et constitutionnel ont fait que des Etats à régime très différent entretiennent suivant leur

option des conceptions particulières des droits de l'homme : d'où la liste des principes.

On a ainsi un ordre de l'équivalence dans lequel le droit des gens a évolué et la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 restait à faire puisque la Charte des Nations Unies ne définit pas les droits de l'homme.

La Déclaration universelle est sans conteste le plus connu des textes issus des Nations Unies et relatifs aux droits de l'homme. Le projet a trois illustres parrains: le Français René Cassin. L'Américaine Eléonore Roosevelt et le Libanais Charles Malek.

Quels sont les droits que l'on trouve énoncés dans ce texte fondamental ?

L'on peut dire que quatre colonnes soutiennent le portique. D'abord, les droits personnels; ensuite les droits qui régissent les rapports de l'homme avec les autres hommes et qui renvoient à un critère de latéralité ; après les facultés d'ordre spirituel et enfin les droits d'ordre matériel.

L'on peut les ramener, pour l'essentiel, à deux types de droits : les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels. Les droits de l'homme se présentent d'abord et avant tout comme des droits, c'est-à-dire un intérêt juridiquement protégé, pour parodier Ihering, inhérent à l'homme et destiné à lui assurer sa dignité d'homme face à l'Etat et aux autres hommes.

Quels sont les caractères des différents droits de l'homme?

Les droits civils et politiques s'analysent en droit, comme opposables à l'Etat. Ils supposent pour être mis en œuvre une abstention de l'Etat. Ces droits ont connu leur consécration avec la Révolution française de 1789. On les qualifie parfois de droits-attributs ou de droits de la liberté ou encore de droits de l'homme de la première génération.

Ces droits apparaissent le plus souvent comme des droits individuels:

- Droit à la vie
- Prohibition de la torture et de l'esclavage
- Droit à la liberté personnelle
- Droit d'aller et venir

- Liberté d'expression, de conscience et de culte
- Droit à un procès équitable
- Droit d'association,
- Droit de rentrer et dormir chez soi tous les soirs, comme dit Voltaire etc...

En ce qui concerne les droits économiques, sociaux et culturels aussi appelés droits de la deuxième génération, ils naissent avec les révolutions mexicaine (1910) et bolchévique (1917) et peuvent s'apprécier comme des droits de l'homme non pas opposables à l'Etat mais exigibles de lui. Ils s'analysent ainsi en créances à la charge de l'Etat. Ce sont les droits de l'égalité dont la mise en œuvre suppose une prestation de l'Etat. Ces droits sont le plus souvent des droits collectifs :

- Droit au travail,
- Droit à la santé,
- Droit à l'éducation,
- Droit à l'information
- Droit à la sécurité sociale
- Droit au niveau de vie adéquat
- Droit à la culture et droit à sa culture, etc ...

Nombre de droits spécifiques sont aussi protégés par des Conventions spécialement conçues à cet effet. On peut rappeler :

- La Convention contre la torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants (1984)
- La Convention contre l'esclavage (1926)
- La Convention sur la prévention du crime de génocide (1948)
- La Convention sur le statut des réfugiés (1951)
- La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales (1965)
- La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (1979).
- La Convention relative aux travailleurs migrants (1990)
- Et celle enfin sur les droits de l'enfant (1989)

Il faut relever qu'aucune Convention relative aux droits de l'homme ne traite spécifiquement des individus en mer ou ne prévoit de régime pour des situations susceptibles d'avoir pour théâtre la mer et les océans.

B. Droit de la Mer

Le Droit de la Mer ne traite de la protection des droits de l'homme qu'à titre incident parce que l'individu est dépourvu de *Locus Standi* car seuls les Etats ont qualité pour se présenter devant le TIDM. En revanche dans le cadre d'activités menées dans la zone, la chambre des fonds marins est ouverte aux particuliers.

La CNUDM n'est pas un instrument juridique de droit de l'homme en tant que tel, elle n'attribue pas directement de droits aux individus. En revanche, les considérations d'humanité sont présentes dans son dispositif normatif. Elle oblige les Etats à protéger et à respecter des droits spécifiques dans certaines situations.

Il en va ainsi de l'obligation de prêter assistance (article 98) à « Qui-conque » est trouvé en péril en mer », « aux personnes en détresse », ou encore « à un autre navire, à son équipage et à ses passagers, en cas d'abordage ». Il s'agit là d'une obligation traditionnelle dans le monde maritime. Cette disposition prévoit, en, outre, que les Etats côtiers

« Facilitent la création et le fonctionnement d'un service permanent de recherche et de sauvegarde adéquat et efficace pour assurer la sécurité maritime et aérienne, et, s'il y a lieu, collaborer à cette fin avec leurs voisins dans le cadre d'arrangements régionaux ».

En ce qui concerne les activités menées dans la Zone, les mesures nécessaires doivent être prises en vue d'assurer une protection efficace de la vie humaine. (Article 146).

De même, les sanctions prévues par l'Etat côtier pour les infractions aux lois et règlements en matière de pêche dans la ZEE ne peuvent comprendre l'emprisonnement, à moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, ni aucun autre châtement corporel. (Article 73, paragraphe.3).

Qui plus est, dans le cas de saisie ou d'immobilisation d'un navire étranger, l'Etat côtier notifie sans délai, à l'Etat du pavillon, les mesures prises, ainsi que les sanctions qui seraient prononcées par la suite (Article 73, paragraphe 4).

Rappelons que seules des peines pécuniaires peuvent être infligées en cas d'infraction aux lois et règlements nationaux ou aux règles et normes internationales applicables visant à prévenir, réduire et maîtriser

la pollution du milieu marin qui ont été commises par des navires étrangers, tant dans la mer territoriale qu'au-delà de celle-ci (Article 230).

Il faut aussi mentionner l'exception à la règle relative au passage qui s'impose en cas de détresse ou dans le but de porter secours à des personnes, des navires et des aéronefs en danger ou en détresse. (Article 18, paragraphe 2).

L'Accord sur les Stock Chevauchants prévoit que l'Etat procédant à l'inspection exige de ses inspecteurs qu'ils observent les règles, procédures et pratiques internationales, généralement acceptées en ce qui concerne la sécurité du navire de l'équipage, qu'ils entravent le moins possible les opérations de pêche (Article 21, paragraphe 10).

Ces différentes dispositions permettent de sauvegarder la liberté de l'équipage et protègent les intérêts de la navigation et des chargeurs, c'est-à-dire la conduite des activités économiques.

L'Etat du pavillon peut, le cas échéant, recourir à la procédure de la prompt mainlevée, laquelle est une procédure d'urgence prévoyant la prompt mainlevée de l'immobilisation du navire ou la mise en liberté de son équipage, dès le dépôt d'une caution raisonnable ou d'une autre garantie financière : à ce jour TIDM a connu neuf affaires de prompt mainlevée. Nous allons nous employer à rappeler quelques affaires.

II. JURISPRUDENCE

A. SAIGA

Dans l'affaire SAIGA, la Guinée impute la responsabilité des dommages causés par le recours à la force au capitaine et à l'équipe du navire.

En examinant la force dont a fait usage la Guinée, lors de l'arraisonnement du SAIGA, le TIDM doit tenir compte des circonstances entourant cet arraisonnement, à la lumière des règles applicables du droit international.

Si la Convention ne contient aucune disposition spécifique se rapportant à l'usage de la force lors de l'arraisonnement des navires, le droit international, qui est applicable en vertu de l'article 293 de la Convention, prescrit que l'usage de la force doit être évité autant que possible et que, lorsque le recours à la force s'avère inévitable, cela ne doit pas dépasser ce qui est raisonnablement requis à la circonstance.

Pour le Tribunal, les considérations d'humanité doivent s'appliquer dans le droit de la mer, comme dans les autres domaines du droit international.

Après avoir rappelé que ces principes sont appliqués depuis de nombreuses années au cours des opérations de police en mer, le Tribunal indique que tout doit être mis en œuvre pour veiller à ne pas mettre de vie en danger.

L'Article 22, paragraphe 1, lettre f de l'Accord sur les Stocks Chevauchants réaffirme ce principe relatif à l'usage de la force lors de l'arraisonnement de navires en mer [Navire « SAIGA » (N°2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée) Arrêt, TIDM, Recueil 1999, p10].

B. CAMOUCO

Dans l'affaire CAMOUCO, le fait que le navire se trouvait immobilisé n'était pas contesté par les Parties. En revanche, celle-ci était divisé sur la question de savoir si le capitaine se trouvait également en état d'arrestation. Il était admis que la capitaine se trouvait placé sous «

contrôle judiciaire » ; que son passeport lui a été retiré et que, de ce fait, il n'était pas en mesure de quitter l'île de la Réunion.

Le Tribunal a estimé que, dans les circonstances de l'espèce, il était approprié d'ordonner la mise en liberté du capitaine, conformément à l'article 292, paragraphe 1 de la Convention.

C. Monte CONFURCO

De même, dans l'affaire Monte CONFURCO, les Parties étaient divisées sur le point de savoir, si le capitaine du navire se trouvait en état d'arrestation parce que placé sous « contrôle judiciaire » par les autorités françaises et que son passeport lui a été retiré.

Le Tribunal a estimé qu'il fallait ordonner la mise en liberté du capitaine, conformément à l'article 292, paragraphe 1 de la Convention.

Cette interprétation du Tribunal assimile le contrôle judiciaire à une forme de détention [Voir Affaire Monte Confurco (Seychelles c. France), Prompte mainlevée, arrêt, TIDM Recueil 2000, p.86, paragraphe 90 ; Affaire CAMOUCO (Panama c. France) Prompte mainlevée, TIDM, Recueil 2000, p.10, paragraphe 71].

La question de la libération du capitaine et de l'équipage est revenue au Tribunal dans les affaires du JUNO TRADER (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée Bissau en 2004) et HOSHINMARU (Japon c. Fédération de Russie en 2007) respectivement.

D. JUNO TRADER

Dans l'affaire JUNO TRADER, Les parties s'opposent sur le point de savoir si l'équipage du Juno Trader est en détention. D'après le demandeur, certains passeports ont été restitués mais, à la date du 7 décembre 2004, leurs passeports n'avaient pas été restitués à six membres de l'équipage. Le défendeur soutient, quant à lui, que la Guinée-Bissau n'a placé en détention aucun membre de l'équipage du Juno Trader et a restitué les passeports sur demande. Par lettre datée du 15 décembre 2004 reçue durant les délibérations du Tribunal, le défendeur a informé le Tribunal que « les autorités (FISCAP) bissau-guinéennes [avaient] déjà restitué les passeports restants et que tous les membres de l'équi-

page [pouvaient] librement quitter la Guinée-Bissau ». La lettre ajoutait que « les passeports restants [avaient] d'ores et déjà été restitués sans que cette remise des passeports s'accompagne de conditions formelles (comme le dépôt d'une caution) et que leurs titulaires [étaient] libres de quitter la Guinée-Bissau ». Le 16 décembre 2004, le demandeur, tout en confirmant l'information concernant la restitution des passeports, n'a pas retiré sa demande tendant à obtenir du Tribunal une ordonnance concernant la mise en liberté des membres de l'équipage.

A cet égard, le Tribunal constate que les membres de l'équipage sont toujours en Guinée-Bissau et soumis à sa juridiction. Le Tribunal prend acte de l'engagement pris par le défendeur dans sa lettre en date du 15 décembre 2004 et déclare que tous les membres de l'équipage devraient être libres de quitter la Guinée-Bissau sans aucune condition.

E. HOSHINMARU

Dans l'affaire HOSHINMARU Le Tribunal note la déclaration du défendeur selon laquelle les restrictions à la liberté de mouvement du capitaine ont été levées le 16 juillet 2007. Il note en outre que le capitaine et l'équipage se trouvent toujours en Fédération de Russie.

Pour ces motifs et dans les circonstances de l'espèce, le Tribunal conclut que le défendeur n'a pas respecté l'article 73, paragraphe 2, de la Convention, que la demande est dûment fondée et qu'en conséquence, la Fédération de Russie doit procéder sans délai à la mainlevée de la saisie dont le Hoshinmaru, y compris les prises se trouvant à bord, a fait l'objet, ainsi qu'à la libération de son équipage, conformément au paragraphe 102.

Le Tribunal a décidé que la Fédération de Russie devra procéder à la prompte mainlevée du Hoshinmaru, y compris la prise se trouvant à bord, dès le dépôt d'une caution ou d'une autre garantie telle qu'elle a été déterminée par le Tribunal et que le capitaine et l'équipage pourront partir librement sans aucune condition.

F. TOMINMARU

Dans l'affaire TOMINMARU (Japon c. Fédération de Russie 2007)

; il est bon de rappeler les observations du Tribunal relatives à la confiscation et aux standards internationaux du Due Process.

Comme le Tribunal l'a déjà déclaré dans l'arrêt qu'il a rendu en l'Affaire du « Monte Confurco » (TIDM Recueil 2000, p. 108, par. 70), l'article 73 de la Convention établit un équilibre entre l'intérêt que représente pour l'Etat côtier la prise de toutes les mesures qui lui sont nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qu'il a adoptés d'une part, et l'intérêt que représente pour l'Etat du pavillon l'obtention sans délai d'une mainlevée de l'immobilisation de ses navires et d'une libération de leurs équipages dès le dépôt d'une caution ou autre garantie raisonnable, d'autre part. Le Tribunal souhaite souligner qu'un arrêt rendu en vertu de l'article 292 de la Convention doit être sans préjudice de la suite qui sera donnée à toute action dont le navire ou son équipage peuvent être l'objet devant la juridiction nationale appropriée et que ceci est également un facteur à prendre en compte dans l'établissement d'un équilibre entre les intérêts de l'Etat côtier et ceux de l'Etat du pavillon.

Le Tribunal considère que la confiscation d'un navire de pêche ne doit pas être utilisée de manière à compromettre l'équilibre des intérêts de l'Etat du pavillon et de l'Etat côtier, tels qu'ils sont établis dans la Convention.

Une décision de confiscation a pour effet de supprimer le caractère provisoire de la détention du navire et de rendre la procédure de prompt mainlevée sans objet. Une telle décision ne devrait pas être prise de manière à priver le propriétaire du navire de l'accès aux voies de recours judiciaires nationales ou d'empêcher l'Etat du pavillon d'engager la procédure de prompt mainlevée prévue par la Convention; elle ne saurait davantage être effectuée par le truchement de procédures contraires aux normes internationales garantissant les voies de droit. En particulier, une mesure de confiscation prise avec une précipitation injustifiée compromettrait la mise en œuvre de l'article 292 de la Convention.

Le Tribunal note que la décision de la Cour suprême de la Fédération de Russie met un terme aux procédures devant les tribunaux nationaux. Le demandeur n'a pas contesté ce fait. Après avoir été informé de cette décision, le demandeur n'a pas maintenu son argumentation relative au caractère provisoire de la confiscation du Tomimaru. Le Tribunal note, de surcroît, qu'il n'a pas été allégué d'infraction aux normes internatio-

nales relatives à la garantie d'une procédure régulière et qu'il n'a pas davantage été allégué que les procédures conduisant à la confiscation du navire étaient de nature à empêcher la mise en œuvre des recours nationaux ou internationaux.

G. VIRGINIA G

Enfin, dans l'affaire « VIRGINIA G », le Panama avance qu'il a introduit cette action contre la Guinée Bissau dans le cadre de la protection diplomatique et qu'il prend fait et cause pour son ressortissant, pour le navire VIRGINIA G et toute personne impliquée.

A l'appui de sa position, le Panama se réfère au SAIGA (Paragraphe 106 de l'arrêt) où le Tribunal indique que « La convention considère un navire comme constituant une unité, en ce qui concerne les obligations qui incombent à l'Etat du pavillon ». Ainsi, « le navire et toute personne impliquée dans son activité ou ayant des intérêts liés à cette activité sont considérés comme une entité liée à l'Etat du pavillon. La nationalité de ces personnes ne revêt aucune pertinence » (paragraphe 120). Ce rendu a été reçu par la Commission du Droit International (CDI) des Nations Unies.

Rappelons que le Panama s'appuie également sur l'article 18 du Projet d'articles sur la protection diplomatique adoptée par ladite Commission en 2006, il s'agit là d'une protection des équipages des navires, lesquels peuvent avoir à bords des dizaines de nationalités.

Cet article 18 dispose :

Protection des équipages des navires

Le droit qu'a l'Etat de nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique n'est pas affecté par le droit qu'a l'Etat de nationalité d'un navire de demander réparation au bénéfice de ces membres d'équipage, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés en raison d'un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite.

Sur cette base, le TIDM conclut que le VIRGINIA G doit être considéré comme une unité et que chaque « navire pourrait avoir un équipage comprenant des membres représentant plusieurs nationalités » (paragraphe 127 et 128 ; voir en outre l'Affaire SAIGA, paragraphe 107)

[Affaire du navire « VIRGINIA G » (Panama/Guinée Bissau) Rôle
des Affaires N° 19, arrêt TIDM, Recueil 2014, p.4]

III. LA MISE EN OUVRE DES DROITS DE L'HOMME EN MER

Si on passe du plan de la pensée juridique à celui de la réalisation, celui de la mise en œuvre, on s'aperçoit que les aspérités sont tenaces.

C'est qu'il existe un certain nombre de facteurs limitant l'épanouissement des droits de l'homme :

- Le caractère totalitaire de nombre de régimes politiques
- Le sous-développement économique qui affecte certains droits de l'homme, en particulier les droits de la deuxième génération.
- La diversité des civilisations et des contextes culturels qui remet en cause le caractère universel des droits de l'homme, et enfin
- La structure internationale caractérisée par la souveraineté des Etats où les droits de l'homme sont décriés. De nos jours, l'on parle même de « droit de l'hommisme ».

D'autres facteurs procèdent des activités humaines se déroulant sur les mers et les océans.

Il suffit de penser aux menaces contemporaines sur les océans qui se présentent comme autant de défis pour les Etats : Transport en général ; problèmes de sécurité ; trafic d'armes ; nouvelle piraterie ; cargos illícites et trafic en tous genres ; la pêche illícite ; la question des milliers de morts en Méditerranée (migrants); la question des réfugiés ; la question de la pollution ; la question des arraisonnements ; etc...

L'approche classique du droit de la mer se fonde sur la question de la juridiction pour déterminer l'Etat qui peut exercer ses compétences sur les navires trouvés dans les différentes zones maritimes qui partagent l'Océan, conformément au droit international.

Certains Etats pensent que le droit international des droits de l'homme ne s'applique pas à des individus trouvés en dehors de leur territoire national. Il s'agit là d'une interprétation restrictive de la juridiction, laquelle est assimilée au territoire.

Cette conception engendre des violations singulières de nombre de droits fondamentaux de l'homme, tels que le droit d'être soustrait à une disparition forcée ou à la torture. L'exemple le plus cité consiste au kidnapping de non nationaux suspectés de terrorisme par des agents secrets

d'un Etat dans un autre Etat avec la complicité des services de renseignements locaux.

Les personnes kidnappées sont alors transportées dans des pays tiers où elles sont torturées en vue de leur extraire des informations. De la sorte, les Etats s'emploient à détenir ces personnes suspectées de terrorisme en dehors de leur territoire national.

Il convient de rappeler que les droits de l'homme ont un effet déterminateur, c'est-à-dire qu'ils lient les Etats-Parties quel que soit le lieu de commission de l'acte de l'agent secret, et la juridiction traduit simplement le pouvoir ou le contrôle effectif de quelque agent de l'Etat, dès qu'il exerce ses fonctions.

Dans le droit de la mer, la juridiction définit les compétences et les droits de l'Etat dans les diverses zones maritimes où il est censé intervenir, y compris en haute mer pour l'Etat du pavillon, par exemple.

Autrement dit, la juridiction ne se circonscrit guère au territoire national d'un Etat donné ; c'est dire que les actes des organes, en dehors dudit Etat, peuvent engager sa responsabilité car ces actes extra territoriaux doivent s'analyser en exercice par l'Etat concerné de sa juridiction et en particulier, les actes accomplis à bord des navires battant son pavillon.

Il est bon de fermer la porte à ce genre de conception qui risque de miner la précision et la prévisibilité des droits de l'homme en mer, de façon à protéger les intérêts de l'individu face à l'Etat.

Dans son « Essai Critique Sur La Justice Internationale » [RGDIP 1934], André DECENCIERE-FERRANDIERE pose un problème qui hante l'esprit de tout juge international : « Est-il possible de faire fonctionner une institution judiciaire dans un milieu social non aménagé en régime d'Etat ? Tel est le problème essentiel de la justice internationale d'aujourd'hui ».

Cette interrogation est particulièrement pertinente dans la matière qui nous occupe aujourd'hui.

Mesdames, Messieurs,

Jean Giraudoux nous offre, dans Electre, ce dialogue édifiant :

LA FEMME NARSES – Oui, explique ! Je ne sais jamais bien vite. Je sens évidemment qu'il se passe quelque chose, mais je me rends mal compte. Comment cela s'appelle-t-il, quand le jour se lève, comme au-

jourd'hui, et tout est gâché, que tout est saccagé, et que l'air pourtant se respire, et qu'on a tout perdu, que la ville brûle, que les innocents s'entretuent, mais que les coupables agonisent, dans un coin du jour qui se lève ?

ELECTRE – Demande au mendiant. Il le sait.

LE MENDIANT - Cela a un très beau nom, femme NARSES. Cela s'appelle l'aurore.

Je vous remercie de votre aimable attention !

Dakar, le 02 Mai 2018

Human Rights at Sea and the Law of the Sea

Abstract We must note that it is through the principle of inter-State sharing that the law of the sea was instituted, making individual interests eventually laid to rest. That is to say, individuals are deprived of locus Standi because only on behalf of States can a matter be brought before the International Tribunal for the Law of the Sea. However, International Courts and Tribunal called to settle disputes under UNCLOS are bound by article 293 of the Convention under which the law applicably consists of the said Convention and other rules of international law not incompatible with it. Keywords Human Rights, Sea, Law of the Sea, Duty to Render Assistance, Inspecting and Flag States

Keywords Human Rights, Sea, Law of the Sea, Duty to Render Assistance, Inspecting and Flag States

1. Introduction

Ever since that “wood joinery” called throne was created and men sit on it, man began wandering. In other words, the individual is in a perpetual exile within the community of States. It is through a principle of inter States sharing that the law of the sea was instituted, making individual interest eventually laid to rest.

The Third United Nations Conference on the Law of the Sea, the subject of which was the national appropriation of maritime areas between different categories of States, brought together all States of the world, and indeed, witnessed unprecedented talks. Debates were more about spaces than principles. States take part in it, but only to conceal their interests or to justify their appropriations (Dupuy, 2016).

*TM NDIAYE, “Les droits de l’Homme et la Mer”, Colloque annuel de la Fondation René CASSIN (Institut International des Droits de l’Homme), Faculté de droit, Université du Mans, 24-25 mai 2018; I Papanicolopulu, “Human rights and the Law of the sea” IMLI, the Law of the Sea (Vol.1), Oxford University Press, 2014, pp. 509-532; B.H Oxman, “The Rule of Law and the United Nations Convention on the Law of the Sea”, 1996, 7 EJIL 353; T. TREVES, Human rights and the Law of the Sea, Berkeley Journal of international Law, vol. 28, Issue 1, 2010, pp. 1-14, Budislav VUKAS, Droit de la Mer et Droits de l’Homme, the Law of the Sea, Selected Writings) 2001, Martinus NIJHOFF Publishers, pp. 71-79. Tulio SCOVAGGI “Human Rights and immigration at Sea” in Human Rights and Immigration, Ed. By ruth RUBIO-MARIN, Oxford University Press, 2014, Chap.6, pp. 212-260.

As stated by an author “the problem with UNCLOS and other laws of the sea instruments is that they are designed for States and not for individuals. The law of the sea is a State-centred regime, in which States that have the rights (and obligations) while people may at most be considered as beneficiaries” (Papanicolopulu, 2012).

Traditionally, even when it has had at heart human concerns, the law of the sea has spoken the language of States duties and not of individual rights¹. That is to say, individuals are deprived of Locus Standi because only on behalf of States can a matter be brought before ITLOS. However, The Seabed Dispute Settlement Chamber is opened to individuals, providing specific conditions. Legal instruments relating to the sea have a different goal, even if human rights considerations are set in their legal frame.

The Oceans and the human activities therein produce a frenetic interactivity, which reveals the harsh and dangerous nature of the marine environment. Events such as, the growing number of ship arrests, thousands of dead bodies in the Mediterranean Sea, the sinking of cruise ships, working conditions on board fishing vessels in the New Zealand and Thailand EEZ, IUU fishing, threats on fish stocks of the world, modern piracy, etc., remind us of the cold reality.

This stresses the need to protect the human rights at sea and to determine whether individuals can exercise their rights and whether States have the obligation to protect them. To this end, a combined approach of the law of the sea and the human rights appears to be necessary.

A review of the human rights² has to be done to understand how they interact with the law of the sea, in order to draw out the possible solutions offered to the individual, considering the diptych rights of the

1. I. PAPANICOLOPULU, *op. cit.* (note 1) p. 510.

2. See TM NDIAYE, “les Droits de l’hommeaujourd’hui” in *Contemporary Developments in International Law, Essays in honour of Budislav VUKAS*, BRILL/NIJHOFF, 2016, Chap. 31, pp. 574-582.

individual and the obligations of States. Because the human rights are, a priori, applicable to any individual at sea without discrimination, be it a sailor, a pirate, a migrant, fishermen, or a simple passenger.

To achieve this, the Courts and Tribunals, instituted by legal instruments of the law of the sea reveal themselves to be of a significant breakthrough because they apply the rules in light of their goal. When examining a dispute in law of the sea, these Courts and Tribunals are very similar to Courts specialised in human rights because they apply, not only the provisions of UNCLOS but also other rules of international law that are in accordance with Article 293 of the Convention.

An adjudicating body entrusted with the task of settling disputes concerning the interpretation, and application of a particular Convention cannot do so by considering that Convention is isolation. The courts and tribunals called to settle disputes under the Law of the sea convention are bound by article 293 of the Convention³, under which the law applicable to them consists of the Convention “and other rules of international law not incompatible” with it.

We will recall a few cases examined by ITLOS as illustration (II), after having looked through the human rights (I), before assessing the implementation (III)

³See T Treves, Human Rights and the Law of the Sea, 28 Berkeley J. International Law 1 (2010), p. 2.

2. The Human Rights and the Law of the Sea

1) The international charter of the human rights

Human rights⁴ are like a relic of the past to be restored, requiring the lawmaker to act as an archaeologist and even sometimes as an architect because the matter is in need of rules.

There are two opposing concepts of the international human rights; the universalist principles versus the nationalist ones, hence, creating the dialectic of solidarity and identity, which makes domestic and international legal orders synchronous in this matter.

It must, however, be noted, that the universal nature is now conse-

4. Studies on Human rights are no longer counted. We will just recall a few: F. Errnacora, "Human. Rights and Domestic Jurisdiction", *Recueil des Cours de L'Académie de Droit international de La Haye (RCADI)*, 1968-1, V01.124, pp. 371-452; K. Vasak, "Le droit international des droits de l'homme", *RCADI*, 1974-w, Vol. 140, pp. 333-416; P Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1983, 569 p.; N. Valticos, "La notion de droits de l'homme en droit international", *Mélanges Virally*, 1991, pp. 483-491; PL Alston (ed.), *The United Nations and Human Rights . A Critical Appraisal*, OUP, Oxford, 199z, 748 p.; SFDI, *Colloque de Strasbourg, La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Pédone, Paris, 1998, 344 p.; T.M. Ndiaye, "Introduction aux droits de l'homme", *Revue Pax Africa*, Dakar, n° 1, juin-août 1989, p. 8 et s.; J.S. Watson, *Theory and Reality in the International Protection of Human Rights*, Transnational Publishers, New-York, 1999, 325 p.; Ch. Tomuschat, *Human Rights: Between Realism and Idealisation*, OUP Oxford, 2003, 333 p.; O. De Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Pédone, Paris, 2004, 561 p.; E. De-caux (dir.), *Les Nations Unies et les droits de l'homme*, Pédone, Paris, 2006, 348 p.; SFDI. *Colloque de Nanterre, La responsabilité de protéger*, Pédone, Paris, 2008, 358 p.; R. Cassin, "La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme", *RCADI*, 1991-n, Vol. 79, pp. 237-367; Ghandhi, "The Universal Declaration of Human Rights at fifty years", *German Yearbook of International Law*, 1998, pp. 206-251; M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights*, *CCPR Commentary*, Engel, Kehl, 1974, p. 936; M. Sepulveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *Intersentia*, Antwerp, 2003, 446 p.; J. Dhommeaux, "Les méthodes du Comité des droits de l'homme dans l'examen des rapports soumis par les Etats parties au Pacte sur les droits civils et politiques", *Annuaire français de Droit international*, 1988, pp. 331-364; R. Sodini, *Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, Montchrestien, Paris, 2000, 220 p. IL Vasak, *la Convention européenne des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 1964, 327 p.; Gros-Espiell, "La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme: Analyse comparative", *RCADI*, 1989-VII, Vol. 218, pp. 167-4r.; F. Ouguergouz, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, PUF, Paris, 1993, 477 p.; K. Mbaye, *Les droits de l'homme en Afrique*, Pédone, Paris, 1992, 312 p.

crated. A quick glance at the fundamental charters of States is enough to prove the fact, let alone the consecration of conventional or other legal instruments.

The legal apparatus is indeed impressive since we note several dozens of texts⁵.

The foundation of this normative instrument is the dignity of man.

The first universal declaration of all human rights is the Charter of the United Nations. Until then, human rights were of a purely national character and international initiatives were, to say the least, partial and subsidiary in a relational world marked by omnipresent sovereignty, allergic to any outside interference.

The world had to wait for the Second World War and Hitler's regime to commit such evil atrocities to see a dismantled international community⁶ decide to regulate the issue of the human rights. And from the beginning, the United Nations Charter has established an intimate link between human rights and peace.

5. See I. Brownlie, *Basic Documents on Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1992, 603 p.; Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Human Rights: Droits de l'homme: Recueild' instruments internationaux*, Vol. I: *Instruments Universels*, 2 tomes, New York/Genève, 2002, 1090 p.; Vol. II: *Regional instruments*, 1997, 484 p.; P.R. Ghandhi, *Blackstone's International Human Rights Documents*, OUP, Oxford, 2004, 507 p.; O. de Schutter et al., *Code de droit International des droits de l'homme*, Bruylant, Brussels, 2005, 851 p.; R Roland and P. Tavernier, *La Protection Internationale des Droits de l'Homme*, "Que sais-je?", No. 2461, PUF, Paris, 1994, 128 p.

6. The Preamble of the United Nations Charter reads: "Whereas the peoples of the United Nations have in the Charter reaffirmed their faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person and in the equal rights of men and women and have determined to promote social progress and better standards of life in larger freedom".

Articles 1, 3, 55 and 68 of the Charter are those relating to human rights⁷. The Charter of the United Nations, thus, constitutes a considerable element in the human rights normative order. However, conceptual uncertainty lies in its provisions.

In fact, the concept of cooperation⁸ less restricts the sovereignty of States than that of action⁹, which infers international initiatives designed to protect human rights. These initiatives may come from State Chancelleries or from non-governmental organizations. However, the growing awareness of public opinion in the world due to the rapid development of the media has emerged as a factor contributing to the development of the cause of human rights.

Just think of the internet and its social networks [Facebook; Twitter, etc.] and all the applications, likely to change the human rights order.

We live, in fact, at a time when men have access to information as it unfolds; meaning that, what happens in one country is instantly known and revealed elsewhere so that it rapidly establishes what could be called an international human rights network.

However, this movement is not favoured by States that regard this as an infringement on their sovereignty. They know that they have exclusive power of action over their citizens by virtue of their personal and territorial jurisdiction, and are often the first to extol the merits of their domestic law relating to human rights. This is why States are re-

7. Article 1 paragraph 3 provides: "To achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion". As for economic and international social cooperation, article 55(c) enounces: "the universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion". Article 56 reads: "All Members pledge themselves to take joint and separate action in co-operation with the Organization for the achievement of the purposes set forth in Article 55". As for the procedure, article 68 provides: "The Economic and Social Council shall set up commissions in economic and social fields and for the promotion of human rights, and such other commissions as may be required for the performance of its functions".

8. Article 1, paragraph 3, op.cit. (note 4).

9. Article 56, op. cit. (Note 4).

luctant-whether they admit it or not - in the face of external interventions in the field of human rights, whether they come from “significant gestures” of chancelleries, the international community or non-governmental organizations. Generally, States are often recalcitrant to the undifferentiated international protection system or more easily tolerate mechanisms distinguishing nationals and foreign residents.

International conventions eventually established a real international human rights system even if controlled by States. Did not Paul Valéry warn us at the end of the Second World War “The era of the end of the world is beginning? (Valéry, 1979)”.

However, the misunderstandings of political and constitutional language have made States with very different regimes have their own conceptions of human rights, hence the list of principles.

There is thus an order of equivalence in which the human rights have evolved and the Universal Declaration of Human Rights of December 10, 1948, was to be adopted since the Charter of the United Nations does not define human rights.

The Universal Declaration¹⁰ is unquestionably the most famous of the United Nations legal instruments relating human rights. The project was conceived by three illustrious mentors: The French René Cassin, the American Eléonore Roosevelt and the Lebanese Charles Malek.

What rights are enounced in this fundamental text ?

It can be said that the Declaration is based upon four categories of rights. First, there is the personal rights; secondly, the rights which govern the relations between men and which obey a criterion of laterality; then we have the spiritual rights and finally the material rights. They can essentially be reduced to two types of rights: civil and political rights and economic, social and cultural rights. Human rights are, first and fo-

10. The Universal Declaration of Human Rights of 10 December 1948, A/RES 217 (III) of the General Assembly of the UN

remost, rights, that is to say, a legally protected interest, to quote Jhering, inherent to man and intended to ensure his dignity as a human being from the State and from other men.

What are the characteristics of different human rights ?

Civil and political rights are considered in law, as opposable to the State. They require, to be implemented, a non-involvement or abstention of the State. These rights were consecrated with the French Revolution of 1789. They are sometimes called attributes rights, freedom rights, or the first generation of human rights¹¹. These rights are regarded most often as the people's rights: right to come and go, freedom of expression, etc.

As for the economic, social and cultural rights also called the second generation of human rights, they were born with the Mexican (1910) and Bolshevik (1917) revolutions and can be appreciated as human rights not opposable to the State but subject to it, or even receivable from the State. These are the equality rights, the implementation of which requires a provision of the State. These rights are often referred to as collective rights: right to work, right to health, right to education, right to information, etc.

But human rights are not fixed concepts. Every day can bring its new human rights.

Did not Claude Bernard say that "the function creates the institution?" Also, there is the third-generation human rights or solidarity rights, rights that are both opposable to the State and subject to it and presuppose the junction of actors in the social field, for example, the right to development¹², the right to peace, the right to a healthy environment which finds a constitutional basis in the Stockholm Declaration

11. In the terminology used by Prof. K. Vasak in his lectures at the 8th Academy of International Law in the Hague in 1974, see note 1, supra.

12. See K. Mbaye, "Le droit au développement", *Revue des droits de l'homme*, Strasbourg, 1971, pp. 5-34.

1972¹³, the right to a common heritage of mankind as established by the United Nations General Assembly¹⁴; The last category of rights relates to the seabed and interstellar space.

The third generation rights have been the subject of much criticism in the doctrine¹⁵. Some claim that they deal more with aspirations than rights and also they lack specific purpose. These rights would be difficult to be implemented and could even weaken human rights.

These criticisms seem to us unfounded. Human rights must become more and more flexible. In other words, the mutability of human rights must go in the direction of their amplification.

Moreover, rights were first aspirations before becoming rights. As to the impossibility of judicial implementation, it proceeds from a theoretical error consisting in basing the existence of the norm on the sanction. It is this conceptual movement that has denied the existence of constitutional law and international law.

The truth is that the sanction is not a prerequisite to the existence of the norm. It only affects its execution. It is not because the people from Dakar do not take the zebra crossing that it does not exist.

13. See T. M. Ndiaye, "La responsabilité internationale des Etats pour dommages au milieu marin", in *International Law: New Actors, New Concepts Continuing Dilemmas*, Liber Amicorum B. Bakotic, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, pp. 265-279. Indeed, the 1972 United Nations Conference on the Environment held in Stockholm, 1972, had to reiterate the rule. Principle 21 of the Stockholm Declaration reads "States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction". The same principle will be proclaimed by the Rio Declaration on the Environment and Development, adopted on 13 June 1992 (A/CONF/51/2.6.Rev.1 of 14 June 1992). In its 8 July 1996 advisory opinion related to the lawfulness of the threat or use of nuclear weapons, the International Court of Justice confirms the binding force of the principle: ICJ Reports p. 226, spec. pp. 241-242, paragraph 29. See also the case concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), judgment of 25 September 1997, ICJ, reports 1997 p.7 spéc. P. 41, paragraph 53.

14. 1969 United Nations General Assembly 2749 (XXIV) Resolution.

15. See R. Pelloux "Vrais et faux droits de l'homme: Problèmes de définition et de classification", *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1981, p. 53.

Another argument raised against the so-called solidarity rights relates to its prioritisation. In this regard, the indivisibility of human rights and the lack of priority in law should be emphasized. It is only logically that a certain precedence can be conceived because certain human rights - the right to life, for instance - are rights without which the title to the complaint becomes soluble.

Today we have this category of human rights called the rights of humanity, symbolized by the establishment of the International Criminal Court created by the Rome Statute. Indeed, the Rome Conference, on 17 July 1998 resulted in the adoption of the Convention on the Statute of the International Criminal Court. This new permanent criminal Court is competent to repress individuals accused of internationally qualified and imprescriptibly crimes: crime of genocide; crimes against humanity; war crimes and the crime of aggression¹⁶. The Court had predecessors that were of a one off nature in that they were ad'hoc tribunals, whether they are the Nuremberg and Tokyo Courts, established by the victorious powers of the Second World War or the Special Tribunals established by the Security Council for crimes committed in the former Yugoslavia, Rwanda, Cambodia, Sierra Leone or Lebanon.

The States Parties to the Rome Statute are Conscious that all peoples are united by common bonds, their cultures are pieced together in a shared heritage, and concerned that this delicate mosaic may be shattered at any time. In the course of this century, thousands of children, women and men have been the victims of atrocities that are beyond imagination and this has deeply shocked human consciousness¹⁷. States are determined to put an end to the impunity of the perpetrators of these crimes and to work for the prevention of new crimes. To this end, they have esta-

16. Article 5 of the Rome Statute states in its first paragraph: "The jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole. The Court has jurisdiction in accordance with this Statute with respect to the following crimes: (a) The crime of genocide; (b) Crimes against humanity; (c) War crimes; (d) The crime of aggression". See document A/CON.Ea.83/9 of 7 July 1998 and amended by the minutes of 10 November 1998, 11 July 1999, 30 November 1999, 8 May 2000, 17 January 2001 and 16 January 2002: The Statute entered into force on 1. July 2002.

17. Preamble of the Rome Statute.

blished the International Criminal Court, which they recognize as “complementary to national criminal Courts¹⁸.”

As one author remarks (Sur, 1999), individuals become direct subjects of the obligations imposed, in the sense that they can be directly brought before an international Court, by an internationally diligent action, thus, eluding entirely their national Courts. This is a significant difference from previous institutional developments, which for example had the Security Council ask a State, Libya, to hand over some of its nationals to other States to face justice, an obligation which goes beyond the cooperation established by the conventions relating to the suppression of air piracy¹⁹.

Individuals are, however, rather objects than subjects of the norms, since they cannot themselves initiate proceedings, which remain the preserve of States Parties, the Security Council or the Prosecutor under the control of a Pre-Trial Chamber.

What are the norms relating to human rights ?

The universal value of human rights justifies the adoption of legal instruments designed to define the various rights and to enable States to commit to them. The specificities resulting from East-West sharing and independence lead to a regionalization of the promotion and protection of human rights. This is why regional instruments must be distinguished.

At the universal level, there is the International Charter of Human Rights composed of the Universal Declaration of Human Rights of 1948²⁰ and the two 1966 Covenants adopted within the United Nations relating to civil and political rights on the one hand and the economic, social and cultural rights, on the other.

18. Ibid.

19 Resolution 731 of January, 21 1992; Res. 748 of March 31, 1992.

20. Op. Cit. (note 8).

At the regional level, mention should be made of the European Convention for the Protection of Human Rights signed at Rome on 4 November 1950 and supplemented by five additional Protocols; the American Convention on Human Rights signed in San José, Costa Rica on November 22, 1959, and finally the African Charter on Human and Peoples' Rights, which was elaborated under the auspices of the OAU and was adopted by acclaim on 28 June 1981 by the Conference of Heads of State and Government in Nairobi, Kenya. The African Charter entered into force on 21 October 1986.

Besides the prolific sources of human rights written norms and standards (resolutions, declarations and conventions), not all have the same legal power, it is necessary to highlight the dedication of the customary law in the various human rights instruments which is a fundamental aspect of the rights of individuals.

The jurisprudence of the International Court of Justice and that of the International Tribunal for the Law of the Sea sufficiently demonstrate this²¹. As we can see, the rules relating to human rights are of various origins. They are of unequal legal force and differ in their areas of application and scope. They are also different in terms of their beneficiaries and recipients.

Moving on from the legal thought to the implementation, we see that the problems remain stubborn. Human rights are indeed the subject of "practical work" to say the least. There are a number of factors hampering the development of human rights.

First, the totalitarian nature of many political regimes. These shameful dictators, who feed on blood and silence, and of which our Continent provides despicable examples.

21. See the Corfu Channel case (1949); Case of the crime of genocide (1950); Case of Barcelona Traction (1970, § 33 and 34); Case of Namibia (1971, § 131); The case of the American hostages in Tehran (1980, § 91); Lagrand case (1999); Avena case and other Mexican nationals (2004). For the International Tribunal for the Law of the Sea, see 9 Prompt Release Cases and the Louisa Case (2013). See R Vukas, "Droit de la mer et droits de l'homme", in the Law of the Sea Selected Writings, MartinusNijhoff Publishers, 2004, pp. 71-79.

Second, economic underdevelopment and corrupt leaders who limit certain of the second generation rights: right to work, to health, to education.

Then, the diversity of civilizations and cultural contexts that tends to question the universal character of human rights in a “finite world” (Valéry), by creating modes of allegiance removed from State control.

Finally, there is the international structure with “its cornerstone that seems to resist time (Virally, 1977)” and which is called sovereignty and its corollary: the principle of non-interference in the internal affairs of a State²².

These factors make it impossible to control the enforcement of States obligations. This is why the struggle for the protection of human rights is elaborating new practices. And violations of human rights provoke the reaction of States-individual or collective actions; expression of disapproval; significant gestures; suspension of assistance - etc., from international organizations: commissions of inquiry, reports, etc., and/or non-governmental organizations. The latter appear to be the most effective in the human rights order insofar as their actions are multiple and multifaceted and they can dissuade the most powerful State²³.

This mobilization of shame often appears salutary in the case of violations of human rights. It is to be hoped that citizens in different countries in the world will make practice of exercising their legal capacity, thus, breaking the wall of silence, in case of violation of their rights to advance the perpetual quest for human dignity, which is the inter, trans and sub-national movement for human rights. Then human rights can move from being a “thing” to being a “machine”.

2) LAW OF THE SEA

22. Article 2 paragraph 7 of the United Nations Charter.

23. Just think of Amnesty International or Human Rights Watch. 24Article 98 of UNCLOS.

The law of the sea deals with the protection of human rights only as incidental questions because of the lack of *Locus standi* for the individual, given that only States can refer to ITLOS. The seabed chamber is opened to individuals with respect to the activities in the Area.

UNCLOS is not a human rights legal instrument as such, and does not directly give rights to individuals. Nevertheless, human rights considerations are set in its normative infrastructure. It obliges the States to protect and respect the specific rights in certain cases.

It provides in its article 98 to render assistance to “any person found at sea in danger of being lost; to rescue persons in distress, or to other ship, its crew and its passengers and, where possible”²⁴. This is a traditional obligation in the marine environments. This provision provides as well that:

“shall promote the establishment, operation and maintenance of an adequate and effective search and rescue service regarding safety on and over the sea and, where circumstances so require, by way of mutual regional arrangements cooperate with neighbouring States for this purpose”.

With respect to activities in the Area, necessary measures shall be taken to ensure effective protection of human life²⁵.

Moreover, State penalties for violations of fisheries laws and regulations in the exclusive economic zone may not include imprisonment, in the absence of agreements to the contrary by the States concerned, or any other form of corporal punishment.²⁶

24. Article 98 of UNCLOS.

25. Article 146 of UNCLOS, states: “With respect to activities in the Area, necessary measures shall be taken to ensure effective protection of human life. To this end the Authority shall adopt appropriate rules, regulations and procedures to supplement existing international law as embodied in relevant treaties”.

26. Article 73, paragraph 3 of UNCLOS States “Coastal State penalties for violations of fisheries laws and regulations in the exclusive economic zone may not include imprisonment, in the absence of agreements to the contrary by the States concerned, or any other form of corporal punishment”.

In cases of arrest or detention of foreign vessels the coastal State shall promptly notify the flag State, through appropriate channels, of the action taken and of any penalties subsequently imposed.²⁷

Monetary penalties only may be imposed with respect to violations of national laws and regulations or applicable international rules and standards for the prevention, reduction and control of pollution of the marine environment, committed by foreign vessels beyond the territorial sea.²⁸

All States, enjoy the right of innocent passage but only in case of distress or for the purpose of rendering assistance to persons, ships or aircraft in danger or distress²⁹.

The Agreement on straddling Fish stock provides that States shall comply with all such laws and regulations and all generally accepted international regulations relating to the prevention of collisions at sea.³⁰

These provisions enable the safeguarding of the freedom of navigation of the crew and the protection of the interests of the navigation and the shipowners, that is to say the course of the economic activities.

The flag State can, if needs be, resort to the prompt release procedure, which is an expeditious procedure for the prompt release of the vessel or its crew upon the posting of a reasonable bond or other finan-

27. Article 73, paragraph 4 of UNCLOS states “In cases of arrest or detention of foreign vessels the coastal State shall promptly notify the flag State, through appropriate channels, of the action taken and of any penalties subsequently imposed.”

28. Article 230 of UNCLOS.

29. Article 18, paragraph 2 of UNCLOS states: “Passage shall be continuous and expeditious. However, passage includes stopping and anchoring, but only in so far as the same are incidental to ordinary navigation or are rendered necessary by force majeure or distress or for the purpose of rendering assistance to persons, ships or aircraft in danger or distress”.

30. Article 21, paragraph 10 of the Agreement of UNFCA States: “The inspecting State shall require its inspectors to observe generally accepted international regulations, procedures and practices relating to the safety of the vessel and the crew, minimize interference with fishing operations and, to the extent practicable, avoid action which would adversely affect the quality of the catch on board. The inspecting State shall ensure that boarding and inspection is not conducted in a manner that would constitute harassment of any fishing vessel”.

cial security. To this day, nine prompt release cases have been examined by ITLOS. We shall go through some cases.

3. Case Law

1) SAIGA

The M/V SAIGA is an oil tanker flying the flag of Saint-Vincent-and-the- Grenadines. Its character at the relevant time was Lemania Shipping Group Limited, registered in Geneva, Switzerland. At the time of the incident with respect to which the proceedings were instituted, the M/V SAIGA served as a bunkering vessel supplying fuel oil to fishing vessels and other vessels operating off the coast of Guinea.

In the early morning of 27 October 1997, the M/V SAIGA having crossed the maritime boundary between Guinea and Guinea Bissau, entered the exclusive economic zone of Guinea approximately 32 nautical miles from the Guinean island of Alcatraz. The same day, it supplied gas oil to three fishing vessels, the Guiseppe Primo, the Kriti and the Eleni S. On 28 October 1997, the M/V SAIGA was arrested by Guinean Customs Patrol Boats. In the course of action, at least two crew members were injured. On the same day the vessel was brought to Conakry, Guinea, where the vessel and its crew were detained. Subsequently, two injured crew members were allowed to leave and the cargo was discharged in Conakry upon the orders of local authorities. Saint-Vincent-and-the-Grenadines instituted the proceedings under article 292 of the Law of the Sea Convention. In the SAIGA case, Guinea places the responsibility for any damage resulting from the use of force on the Master and crew of the ship³¹.

Examining the use of force of Guinea during the arrest of the SAIGA, ITLOS must take into account the circumstances of the arrest in light of the applicable rules of international law. Although the Convention does not contain any specific provision regarding the use of force,

³¹The MV "SAIGA" Case (St Vincent and the Grenadines V. Guinea) list of case: N° 1, Judgment of 1st July 1999.

the applicable international law in article 293 of the Convention requires that the use of force must be avoided as far as possible and, where force is inevitable, it must not go beyond what is reasonable and necessary in the circumstances.

In the view of the Tribunal, considerations of humanity must apply in the law of the sea, as they do in other areas of international law.

In the same vein, the UN Fish Stocks Agreement concludes Article 22(1)(f)³² by recalling the use of force principle during ship arrests at sea³³.

2) CAMOUCO CASE

The CAMOUCO is a fishing vessel flying the flag of Panama. Its owner is “Merco-Pesca” (SA) a company registered in Panama. On 16 September 1999, the CAMOUCO left the port of Walvis Bay (Namibia) to engage in longline fishing in the Southern seas. Its master was a Spanish national. On 28 September, the CAMOUCO was boarded by the French surveillance frigate *Floréal* in the economic exclusive zone of the Crozet Islands (French Colony), 160 nautical miles from the northern boundary of the zone. The *procès-verbal* of violation stated that six tonnes of frozen toothfish were found in the holds of the CAMOUCO and that the Master was in breach of law on account of: Unlawful fishing in the EEZ of the Crozet Islands, under the French jurisdiction; attempted flight to avoid verification by maritime authority; etc.

In the CAMOUCO CASE, the vessel being in detention was not disputed. However, the parties were in disagreement whether the Master of the vessel was also in detention. It is admitted that the Master was

32. See article 22 of the UN Fish Stocks Agreement dealing with the basic procedures for boarding and inspection pursuant to article 21. It establishes the rights and duties of the Inspecting State, the Flag State and actions to be taken in conflicting circumstances concerning the master of a vessel as well as international regulations.

33. Article 22 (f) the UN Fish Stocks Agreement states that inspecting States shall “avoid the use of force except when and to the degree necessary to ensure the safety of the inspectors and where the inspectors are obstructed in the execution of their duties. The degree of force used shall not exceed that reasonably required in the circumstances”.

under “Court supervision”, that his passport has also been taken away from him by the French authorities, and that, consequently, he is not in a position to leave Réunion; the so-called “Controlejudiciaire” in the French system.

The Tribunal considers that, in the circumstances of this case, it is appropriate to order the release of the Master in accordance with article 292, paragraph 1, of the Convention.³⁴

3) MONTE CONFURCO

In the MONTE CONFURCO case as well, the parties did not agree as to whether the Master was under arrest, because placed under “court supervision” by the French authorities, and his passport was taken away from him, according to article 292 of the convention.

In the view of the Tribunal, being under “court supervision” is simply another form of detention³⁵. The issue of the detention of the Master and its crew also arose in the JUNO TRADER case (ST Vincent and the Grenadines V. Guinea) and the HOSHINMARU case (Japan v. Russian Federation), respectively³⁶.

34. Article 292, paragraph 1, of the Convention states: “Where the authorities of a State Party have detained a vessel flying the flag of another State Party and it is alleged that the detaining State has not complied with the provisions of this Convention for the prompt release of the vessel or its crew upon the posting of a reasonable bond or other financial security, the question of release from detention may be submitted to any court or tribunal agreed upon by the parties or, failing such agreement within 10 days from the time of detention, to a court or tribunal accepted by the detaining State under article 287 or to the International Tribunal for the Law of the Sea, unless the parties otherwise agree”.

35. See the MONTE CONFURCO case (Seychelles v. France) Prompt release, case N°6, judgment, ITLOS reports 2000, p.86 paragraph 90; CAMOUCO case (panama v. France) Prompt release, case N°5, ITLOS, Reports 2000, p. 10 paragraph 71.

36. See the JUNO TRADER case (ST Vincent and the Grenadines V. Guinea) prompt release, judgment of 18 December 2004, case N°13; the HOSHINMARU case (Japan v. Russian Federation), prompt release, case N°14, judgment of 6 August 2007.

4) JUNO TRADER

In the JUNO TRADER case³⁷ the parties were in disagreement whether the crew was detained. According to the Applicant, while some passports have been returned, as of 7 December 2004 the passports of six crew members have not been returned. The Respondent contended that Guinea-Bissau did not detain any crew members of the JUNO TRADER and returned passports on request. In a letter dated 15 December 2004, received during the Tribunal's deliberations, the Respondent informed the Tribunal that "the Guinea-Bissau authorities (FISCAP) have already delivered the remaining passports and all members of the crew can freely leave Guinea-Bissau". The letter added that "the remaining passports have already been delivered without any formal conditions (such as posting of a bond) and are free to leave Guinea Bissau". On 16 December 2004, the Applicant, whilst confirming the information regarding delivery of passports, did not withdraw its request for an order from the Tribunal concerning the release of the members of the crew.

In this respect, the Tribunal notes that the members of the crew are still in Guinea-Bissau and subject to its jurisdiction. The Tribunal places on record the undertaking given by the Respondent in its letter dated 15 December 2004 and 26 declares that all members of the crew should be free to leave Guinea-Bissau without any conditions.

5) HOSHINMARU

In the HOSHINMARU case³⁸ the Tribunal notes the statement by the Respondent that the restrictions on the free movement of the Master were lifted on 16 July 2007. The Tribunal further notes that the Master and the crew still remain in the Russian Federation.

For these reasons and in view of the circumstances of the case, the Tribunal finds that the Respondent has not complied with article 73, pa-

37. See the JUNO TRADER case (ST Vincent and the Grenadines V. Guinea) prompt release, judgment of 18 December 2004, case N°13.

38. See the HOSHINMARU case (Japan v. Russian Federation), prompt release, case N°14, judgment of 6 August 2007.

paragraph 2, of the Convention, that the Application is well-founded, and that, consequently, the Russian Federation must release promptly the HOSHINMARU, including the catch on board and its crew in accordance with paragraph 102³⁹.

The Tribunal decided that the Russian Federation must proceed into a prompt release of the HOSHINMARU, the master and the crew without further delay upon the posting of a reasonable bond or other security determined by the tribunal.

6) TOMINMARU

In the TOMINMARU case⁴⁰ (Japan vs. Russian Federation, 2007), it must be recalled the observations of the Tribunal relating to the confiscation and the international standards of due process.

As already declared by the tribunal in MONTE CONFURCO case judgment⁴¹, article 73 identifies two interests, the interest of the coastal State to take appropriate measures as may be necessary to ensure compliance with the laws and regulations adopted by it on the one hand and the interest of the flag State in securing prompt release of its vessels and their crews from detention on the other. It strikes a fair balance between the two interests. It provides for release of the vessel and its crew upon the posting of a bond or other security, thus protecting the interests of the flag State and of other persons affected by the detention of the vessel and its crew. The release from detention can be subject only to a “reasonable” bond.

The Tribunal stress that a judgment under article 292 of the Convention must be without prejudice to the merits of any case before the appropriate domestic forum against the vessel, its owner or its crew. And

39. Article 73, paragraph 2, of the Convention states that: “Arrested vessels and their crews shall be promptly released upon the posting of reasonable bond or other security.”

40. See the TOMINMARU case (Japan v. Russian Federation), prompt release, case N°15, judgment of 6 August 2007.

41. See the MONTE CONFURCO case (Seychelles v. France) Prompt release, case N°6, judgment, ITLOS reports 2000, p.208 paragraph 70.

this is to be taken into account to establish a fair balance between the interests of a coastal State and those of a flag State.

It is the view of the Tribunal that confiscation of a fishing vessel must not be used in such a manner as to upset the balance of the interests of the flag State and of the coastal State as established in the Convention. A decision to confiscate eliminates the provisional character of the detention of the vessel rendering the procedure for its prompt release without object. Such a decision should not be taken in such a way as to prevent the ship owner from having recourse to available domestic judicial remedies, or as to prevent the flag State from resorting to the prompt release procedure set forth in the Convention; nor should it be taken through proceedings inconsistent with international standards of due process of law. A confiscation decided in unjustified haste would jeopardize the implementation of article 292 of the Convention.

The Tribunal notes that the decision of the Supreme Court of the Russian Federation brings to an end the procedures before the domestic courts. This has not been contested by the Applicant. After being informed of that decision, the Applicant did not maintain its argument that the confiscation of the TOMIMARU is not final. The Tribunal notes also that no inconsistency with international standards of due process of law has been argued and that no allegation has been raised that the proceedings which resulted in the confiscation were such as to frustrate the possibility of recourse to national or international remedies.

7) VIRGINIA G

Finally, in the VIRGINIA G⁴² case Panama argues that it “is bringing this action against Guinea Bissau within the framework of diplomatic protection” and that it “takes the cause of its national and the vessel VIRGINIA G with everything on board, and every person and entity involved or interested in her operations”.

42. See the M/V “Virginia G” case (Panama v. Guinea), case N° 19, judgment of 14 April 2014.

To support its position, Panama refers to the SAIGA case⁴³ where the Tribunal states that “the Convention considers a ship as a unit, as regards the obligations of the flag State”. Thus, the ship, everything on it, and every person involved or interested in its operations are treated as an entity linked to the flag State. The nationalities of these persons are not relevant. The judgment was rendered by the United Nations International Law Commission.

We will remind that Panama refers also to article 18 of the draft articles on diplomatic protection adopted by the commission in 2006 regarding the protection of ships’ crews, who have on board dozens of nationalities. It States:

“The right of the State of nationality of the members of the crew of a ship to exercise diplomatic protection is not affected by the right of the State of nationality of a ship to seek redress on behalf of such crew members, irrespective of their nationality, when they have been injured in connection with an injury to the vessel resulting from an internationally wrongful act”.

On this basis, ITLOS concludes that the VIRGINIA G must be treated as an entity and that “each ship may have a crew of different nationalities”.

The similarities in prompt release system lie on the arrest of vessels. It is governed by the UNCLOS article 292 stating that were the authorities of a State-Party have detained a vessel flying the flag of another State-Party and it is alleged that the detaining State has not complied with the provisions of the Convention, the question may be submitted to the International Tribunal for the Law of the Sea. The differences reside in the nature of the vessels involved in the detention: Bunkering vessels, fishing vessels or any vessel performing an unlawful act in an EEZ.

43. (M/V “SAIGA” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS Reports 1999, p. 10, at p. 48, para. 106).

4. Implementing Human Rights at Sea

Moving on from legal thought to that of implementation, we see that the asperities remain stubborn. There are a number of factors caused by human activities in the seas and oceans that hamper the development of human rights.

The contemporary threats to the oceans that are the biggest challenges for States are just thought of, such as transportation and security issues; arms and drug smuggling; piracy; unregulated and illegal fishing; the question of thousands of migrants who have drowned in the Mediterranean; the question of refugees; the question of pollution; the question of boarding; etc.

The law of the sea classical approach is based on the question of jurisdiction to determine which State can exercise jurisdiction over ships found in the different maritime areas in the ocean, in accordance with international law.

Certain States believe that international human rights law does not apply to individuals found beyond the territory of the State. This is a restrictive interpretation of the jurisdiction, treated as part of the territory.

This conception results in numerous violations of basic human rights, such as the right not to be subjected to enforced disappearance or torture. The most cited example is the kidnapping of non-nationals suspected of terrorism by secret agents in another State with the complicity of the local intelligence services.

The kidnapped persons are then transported to third countries where they are tortured to extract information from them. In this regard, States detain these suspected terrorists outside their national territory.

It should be recalled that human rights have a conclusive effect, that is to say, they bind the States Parties irrespective of the place of com-

mission of the secret agent's act, and the Court simply translates the power or the effective control of some agents of the State, as soon as it exercises its functions. In the law of the sea, the Court defines the competences and rights of the State in the various maritime areas where it is supposed to intervene, including in high seas for the flag state, for instance.

Accordingly, the State's "jurisdiction" is not limited to its territory; meaning that the acts of these bodies, outside the national territory, may engage the responsibility of the State because they exercise of its jurisdiction and particularly, the acts commit on board a vessel flying its flag.

These conceptions must not prevail if we want to protect the interest of the individual from the State because they may undermine the precision and predictability of human rights at sea.

As indicated by an author, certain States adopt a restrictive interpretation of the notion of jurisdiction. This appears as a tool used to elude international human rights law. The theory is that international human rights' rules do not apply to persons found outside the national territory of the state. Thus, jurisdiction is understood as territory. This theory leads to violation of a number of fundamental rights, such as the right not to be subjected to enforced disappearance⁴⁴.

⁴⁴See T. Scovazzi op. cit. (note 1) pp.248; Somme non-American nationals suspected of terrorism were kidnapped by American secrets agents in States other than the United States, including several European countries with the complicity of the local secret services, and were forcibly transported to a third state where torture was carried out to extract information from them. As stated In 2006 by the United States legal advisor, John Bellinger, article 3 of CAT "No State party shall expel, return or extradite a person to another State where there are substantial grounds to believe that he would be in danger of being subjected to torture" and other human rights treaties to which the United States is a party as well, are deemed not to be binding on the US agents when they act outside the national territory. Mr. Bellinger said "For more than a decade, the position of the US government, and our Courts, has been that all those terms refer to returns from, or transfers out from the United States. So we think that article 3 of the CAT is legally binding upon us with respect to transfers of anyone from the United States; but we don't think it is legally binding outside the United States" Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE), Alleged Secrets detentions and Wrongful Interstates Transfers Involving Council of Europe Member States, Draft Reports—Part II (Explanatory Memorandum), Rapporteur Mr. Dick Marty, Part II, June 2006, para. 272.

It must be stated that the human rights treaties apply not only with the territory of states parties but also the obligations bind states wherever their agents act⁴⁵.

The aspiration of maintenance of peace, justice and progress for all people of the world⁴⁶ is pursued through the establishment of the rule of the law in the seas and oceans.

As the European court of Human Rights put it “the special nature of the maritime environment relied upon by government in the instant case cannot justify an area outside the law where ships crews are covered by no legal system capable of affording them enjoyment of the rights and guarantees protected by the European Convention on human rights⁴⁷.”

As far as the significance is concerned, the awareness is of essence in practical, social or academic aspect. The process of awareness will undoubtedly be enhanced by the interpretation and application of the rules, regulations and UNCLOS. Moreover, the dialogue between international and arbitral Tribunal will gradually establish an international regime for human rights at sea. This could lead diplomats, i.e. sovereign States to negotiate a multilateral Convention on the issue for the protection of human beings at sea.

45. See Scovazzi, *Ibid.* As the author rightly pointed out, in the context of human rights treaties, the term “jurisdiction” is to be understood as “power or effective control”, with the consequence that respect for human rights is due to any individual who is under the power or effective control of any agent of a State party, wherever he happens to act. The general rule that treaties have to be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning of the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose must always be respected. See article 31, para.1 of the Vienna Convention on the law of treaties of 29 May 1969.

46. UNCLOS, Preamble.

47. *Medvedyev and ors. V. France*, ECHR, Judgment, 29 March, para. 81.

Conflicts of Interest

The author declares no conflicts of interest regarding the publication of this paper.

References

Papanicolopulu, I. (2012). The Law of the Sea Convention: No Place for Persons? *International Journal Marine and Coastal Law*, 27, 867. <https://doi.org/10.1163/15718085-12341256>

Virally, M. (1977). Une pierre d'angle qui résiste au temps: Avatars et pérennité de l'idée de souveraineté in les relations internationales dans un monde en mutation, *HE1 50*, SIJTHOFF, Leiden, 179-196.

Valéry, P. (1979). *Regards sur le monde actuel*, collection Idées, Gallimard, Paris, 376 P., voir p. 19.

Sur, Pr. S. (1999). Vers une Cour Pénale internationale: La convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Sécurité. *Revue générale de droit internationale public*, N° 1, 29-45.

Dupuy, R. J. (2016). *The Law of the Sea*, SIJHOFF Oceana, 1974, 209 p, spec. Chap. III, 46-101. Ndiaye, T. M. Challenges and Prospects of the New Law of the Sea. *State Practice & International Law Journal (S PILJ)*, 3, 1-40.

MELANGES OFFERTS AU PROFESSEUR Pape Demba Sy

LES PROCEDURES D'URGENCE DEVANT LES JURIDICTIONS INTERNATIONALES

C'est avec un plaisir tout particulier que je rends hommage à notre si cher collègue et ami d'enfance le professeur pape Demba SY, dans le cadre des mélanges à lui offerts. Pape Demba est un professeur hors pair et un travailleur infatigable à la courtoisie exquise.

INTRODUCTION

Pour les tribunaux internationaux permanents tels que le Tribunal International du Droit de la Mer (TIDM), le droit applicable à la procédure suit le même principe que celui qui régit le fond de l'affaire. Bien que la loi soit en grande partie déjà établie, le Tribunal joue un rôle important dans sa mise en place. Le fondement de la procédure contentieuse devant le Tribunal est essentiellement le Statut et le Règlement du Tribunal¹.

Le Règlement du TIDM a été adopté le 28 octobre 1997 après des mois de délibérations depuis octobre 1996. Le TIDM devait tenir compte des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer (CNUDM), en particulier de son annexe VI, qui est le Statut du Tribunal qui lui confère le pouvoir d'adopter les règles de procédure, c'est-à-dire l'organisation générale du Tribunal et la procédure à suivre dans les affaires dont il est saisi.

Le Statut du Tribunal énonce un certain nombre de principes énoncés à la section 2 de la partie XV de la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer (ci-après dénommée la Convention). Il fait partie intégrante de la Convention et en constitue l'annexe VI. Il ne peut être modifié que par la même procédure en cas d'amendement de la Convention² et, puisque la Convention et le Statut existent, les parties au litige

1. Tafsir Malick NDIAYE « Les procédures contentieuses devant le Tribunal International du Droit de la Mer » dans « L'évolution et l'état actuel du droit international de la mer », Mélanges de droit de la mer offerts à Daniel Vignes, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 645 – 690. TM Ndiaye “Provisional Measures Before the International Tribunal for The Law of the Sea”; Centre for Oceans Law and Policy, University of Virginia School of Law - “Current Marine Environmental Issues and the International Tribunal for the Law of the Sea” Martinus Nijhoff Publishers, New York, 2001. PP.95-103.

2. Article 41 du Statut dispose que: “1. Les amendements à la présente annexe autres que ceux relatifs à la section 4 ne peuvent être adoptés que conformément à l’art. 313 ou par consensus au sein d’une conférence convoquée conformément à la Convention. 2. Les amendements à la section 4 ne peuvent être adoptés que conformément à l’art. 314. 3. Le Tribunal peut, par voie de communications écrites, soumettre à l’examen des Etats Parties les propositions d’amendements à la présente annexe qu’il juge nécessaire, conformément aux par. 1 et 2.”.

potentielles n'ont plus aucun rôle à jouer dans l'établissement de règles régissant leur cas.

Toutefois, ces règles sont encore trop générales pour couvrir toutes les questions qui pourraient se poser à l'avenir et c'est pour cette raison que les juges exigent des règles d'application. Ainsi, le Statut³ du Tribunal reconnaît le pouvoir de ce dernier d'établir un ensemble de règles de procédure, dont l'objet est justement de compléter les règles générales énoncées dans la Convention et le Statut et de préciser les mesures à prendre afin de donner effet aux règles qui y sont imposées. Par conséquent, le Règlement ne peut pas contenir de dispositions contraires ou enfrenant à celles énoncées dans le Statut. Le Tribunal ne peut s'accorder des prérogatives non conférées par le Statut. En d'autres termes, en raison du statut différent de leurs auteurs, le Statut et le Règlement n'ont pas la même valeur juridique.

En effet, bien que le Tribunal soit lié par le Statut, qui fait partie intégrante de la Convention, il peut modifier le Règlement qu'il a lui-même établi⁴. Cependant, malgré la différence entre ces deux textes, l'objectif commun de leurs auteurs est de veiller à ce que les parties à la procédure soient traitées sur un même pied d'égalité.

3. L'article 16 du Statut dispose : "Le Tribunal fixe les règles de l'exercice de ses fonctions. Il établit notamment des règles de procédure." Ainsi, le Tribunal International du Droit de La Mer a élaboré un règlement qu'il a adopté le 28 octobre 1997.

4. À maintes reprises, la Cour Internationale de Justice a dû rappeler le caractère intangible du Statut. En effet, après que l'Albanie n'ait pas assisté à la troisième phase de l'affaire du canal de Corfou dans laquelle la Cour devait déterminer le montant de l'indemnité à verser au Royaume-Uni, l'Albanie a affirmé que le compromis du 25 mars 1948 ne conférait pas compétence pour fixer le montant de l'indemnité, la Cour devait rejeter l'argument, rappelant son arrêt du 25 mars 1948 par lequel une compétence avait été conférée à la Cour, et indiquant "conformément au Statut (article 60), qui, pour le règlement du présent litige, lie le gouvernement albanais"; voir I.C.J. Rapports 1949, p. 248. La Cour a également déclaré, dans l'affaire Haya de la Torre, qu'elle ne devait pas s'écarter du principe énoncé au paragraphe 1 de l'article 43 de son Statut, selon lequel la procédure était divisée en deux phases : écrite et orale. Réponse aux parties qui avaient suggéré de se passer de la phase orale de la procédure. Il convient de noter que, si cette affaire avait été réglée par le Tribunal international du droit de la mer, ce dernier aurait pu suivre la suggestion de la Colombie et du Pérou dans la mesure où il s'agit du Règlement du Tribunal (article 44, paragraphe 1) qui pose le principe de deux phases de procédure. En revanche, la juridiction peut prendre les décisions qu'elle juge appropriées pour la conduite de la procédure, à condition qu'elles soient compatibles avec les dispositions du Statut.

Son objectif est de permettre à la procédure de se terminer grâce à une application correcte des règles et à la présentation systématique par les parties de leurs revendications et demandes reconventionnelles afin que la vérité juridique puisse être établie.

La procédure est censée se dérouler sans retard ni dépenses inutiles. Cela a une incidence sur les délais et autres dispositifs permettant de rendre la procédure rapide. La transparence est également un principe fondamental suivi par le Règlement, en ce qui concerne la comparution devant le Tribunal et l'accès du public aux pièces de procédure d'une affaire.

À cet effet, le Tribunal applique les dispositions du Statut et du Règlement. Parallèlement à ces deux textes, qui précisent les modalités selon lesquelles une affaire doit être instruite, la procédure est régie par la Convention, la Résolution sur la Pratique Judiciaire Interne du Tribunal et les Directives concernant la préparation et la présentation des affaires devant le Tribunal⁵.

C'est en appliquant ce principe d'égalité entre les parties que le Président du Tribunal devrait, conformément à l'article 45 du Règlement, connaître l'opinion des parties sur les questions de procédure. C'est ce même principe qui doit régir toutes les décisions prises ou à prendre en ce qui concerne l'ordre dans lequel les pièces de procédure doivent être déposées : la charge de la preuve, l'audition des parties et leur droit de réponse, le temps alloué pour la préparation des dossiers et le temps accordé aux orateurs. Il convient de noter que généralement, lorsqu'une affaire est introduite au moyen d'une compétence obligatoire au moyen d'une requête unilatérale, la compétence de ladite juridiction et la recevabilité de la demande sont souvent contestées. Le sujet de la demande ou des réclamations pouvant entraîner la non-comparution sont souvent des questions hautement politiques, liées à la souveraineté, à l'indépen-

Ces textes peuvent être consultés sur le site Web du Tribunal. Voir également le Guide des procédures devant le Tribunal à l'adresse www.itlos.org.

dance ou simplement au prestige national, ce qui explique l'attitude de défi des gouvernements à l'égard des cours et tribunaux internationaux⁶. En ce qui concerne les sanctions des règles de procédure, la nature des sources a une incidence sur la forme que prend cette sanction. Aucune pratique bien établie ne semble exister. Bien que la non-reconnaissance des règles de procédure trouve souvent son origine dans un accord entre les parties sanctionnées par l'irrecevabilité, en revanche, l'applicabilité de cette même sanction lorsque l'auteur de la règle de procédure est le Tribunal est enveloppée dans l'incertitude. Il faut préciser que les parties au litige sont des États souverains, qui consentent à comparaître devant les tribunaux internationaux. Dans l'affaire « Juno Trader » devant le Tribunal, il sera rappelé que la Guinée-Bissau n'a pas produit son exposé en réponse, contrairement à la demande de Saint-Vincent-et-les Grenadines. Cependant, il a effectivement assisté à toute la procédure orale.

Les dispositions du Règlement⁷ devraient-elles être modifiées de manière à traiter un tel cas de non-respect de la procédure régulière?

Enfin, afin d'accélérer les procédures, le Tribunal crée chaque année une chambre composée de cinq de ses membres élus et chargée d'entendre et de régler les différends selon une procédure sommaire. Deux autres membres sont également sélectionnés⁸.

6. Voir T.M. Ndiaye "Non Appearance before the International Tribunal for the Law of the Sea", *Indian Journal of International Law*, Vol 53, N°4, Oct-Dec. 2013, pp. 545-564; Alexandrov « Non Appearance Before the ICJ », *Columbia Journal of Transnational Law* », vol. 33, 1995, p. 41 à 72 ; DW Bowett, *Contemporary development and Legal Techniques in the Settlement of Disputes*, 11 *RCADI*, 180 (1983) pp. 169-235 ; Sir G. FITZMAURICE "The Problem of Non Appearing Defendant Government" *BYBIL*, Vol. 51 (1980) 89-120.

7. Voir l'article 111, paragraphe 4 du règlement ; voir également l'affaire « Juno Trader » (Saint-Vincent-et-les Grenadines V. Guinée-Bissau), prompte libération, arrêt du 18 décembre 2004.

8. Article 15, paragraphe 3 du Statut.

Tout jugement rendu par l'une de ces chambres est considéré comme ayant été rendu par le Tribunal. La procédure devant les Chambres est régie conformément aux dispositions concernant la procédure devant le Tribunal, sous réserve des dispositions particulières que ce dernier peut adopter.

Nous allons nous pencher sur les procédures incidentes (I) avant d'examiner les procédures de prompt mainlevée (II).

I. PROCEDURES INCIDENTES

Ces procédures ne donnent donc pas lieu à l'introduction d'une nouvelle instance mais peuvent affecter le cours ordinaire de celle-ci peut s'agir de moyens tendant à faire déclarer la procédure irrégulière, à en suspendre le cours ou encore à mettre un terme à l'instance.

Les procédures incidentes peuvent s'analyser soit sous l'angle d'incidents relatifs à la modification des éléments du rapport juridique d'instance soit sous celui d'incidents d'instance. Elles aboutissent à un jugement avant-dire droit permettant au Tribunal de rendre une ordonnance qui, tout en étant immédiatement exécutoire n'a aucun caractère définitif ; ou alors à un jugement définitif créateur au profit des parties, de droits ou d'obligations de nature également définitive ; que le Tribunal se déclare incompétent ou qu'il tranche le litige au fond.

On étudiera successivement les mesures conservatoires (I.1), les procédures préliminaires (I.2), les exceptions préliminaires (I.3), les demandes reconventionnelles (I.4), l'intervention (I.5) et le désistement. (I.6)

9. Comme l'indique la Cour internationale de Justice : « Par définition, les procédures incidentes sont celles qui surviennent incidemment au cours d'une affaire déjà portée devant la Cour ou, une Chambre. Une procédure incidente ne saurait être une procédure qui transforme cette affaire en une affaire différente avec des parties différentes ». Affaire du Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador c. Honduras), arrêt du 13 septembre 1990, Requête à fin d'intervention formulée par le Nicaragua, C.I.J. Recueil 1990, p. 134, paragraphe 98. En parlant de l'intervention, la Cour (§97) explique que le but d'une intervention fondée sur l'article 62 du Statut est de protéger un « intérêt d'ordre juridique d'un Etat susceptible d'être affecté par une décision, dans une affaire pendante entre deux Etats, à savoir les parties à cette affaire. Son but n'est pas de mettre l'Etat intervenant en mesure de greffer une nouvelle affaire sur la précédente, de devenir une nouvelle partie et d'obtenir ainsi que la Cour se prononce sur ses propres prétentions. Une affaire avec une nouvelle partie et de nouvelles questions à trancher serait une affaire nouvelle. La différence entre l'intervention en vertu de l'article 62 et la constitution d'une nouvelle partie à une affaire n'est pas seulement une différence de degré ; c'est une différence de nature, Comme la Cour l'a relevé en 1984 : « Rien dans l'article 62 n'indique que ce texte ait été conçu comme un autre moyen de saisir la Cour d'un litige supplémentaire) - matière qui relève de l'article 40 du Statut - ou comme un moyen de faire valoir les droits propres d'un Etat non partie à l'instance » [Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c. Malte), requête à fin d'intervention, C.I.J. Recueil 1984, p. 23, paragraphe 37].

I.1.LES MESURES CONSERVATOIRES

Le Tribunal peut prescrire des mesures conservatoires dans deux cas de figure :

« Lorsqu'il est dûment saisi d'un différend conformément à l'article 290 paragraphe premier de la Convention ; ou en attendant la constitution d'un tribunal arbitral conformément à l'article 290 paragraphe 5 de la Convention ».

a. La saisine préalable du Tribunal

Si une cour ou un tribunal dûment saisi d'un différend considère *prima facie* , avoir compétence en vertu de la présente partie ou de la section 5 de la partie XI, cette cour ou ce tribunal peut prescrire toutes mesures : conservatoires qu'il juge appropriées en la circonstance pour préserver les droits respectifs des parties en litige ou pour empêcher que le milieu marin ne subissent de dommages graves en attendant la décision définitive¹⁰.

La demande en prescription de mesures conservatoires peut être présentée par une partie à tout moment de la procédure engagée relative au différend soumis au Tribunal¹¹ . Elle est présentée par écrit et indique les mesures sollicitées, les motifs sur lesquels elle se fonde et les conséquences éventuelles de son rejet en ce qui concerne la préservation des droits respectifs des parties ou la préservation de dommages graves au milieu marin¹² .

Le Tribunal peut également prescrire des mesures conservatoires afin de prévenir tout dommage aux stocks de poissons conformément à l'article 31, paragraphe 2, 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

10. Article 290, paragraphe premier de la Convention.

11. Article 89, paragraphe premier du Règlement.

12. Article 89, paragraphe 3 du Règlement.

de poissons chevauchants et des stocks de poissons grands migrateurs¹³.

Dans l'affaire « Saïga N° 2 », Saint-Vincent-et-les-Grenadines a eu à présenter une demande en prescription de mesures conservatoires. A la suite de l'échange de lettres en date du 20 février 1998 constituant un accord entre la Guinée et Saint-Vincent-et-les-Grenadines en vue de soumettre au Tribunal le différend concernant le navire Saïga, le Tribunal devait rendre une ordonnance par laquelle la demande en prescription de mesures conservatoires est considérée comme ayant été dûment présentée au Tribunal en application de l'article 290, paragraphe premier de la Convention¹⁴. On se rappellera qu'à la suite d'une demande introduite par Saint-Vincent-et-les-Grenadines en vue de la prompte mainlevée de l'immobilisation du Saïga et de la prompte libération de son équipage en application de l'article 292 de la Convention, le Tribunal a rendu un arrêt le 4 décembre 1997. L'instance pendante entre les deux Etats était relative au fond du différend, à ce moment¹⁵.

Les mesures conservatoires peuvent également être prescrites lorsqu'un différend sur le fond a été soumis à un tribunal arbitral, en attendant la constitution de celui-ci.

13. Accord au fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relative à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs, adopté le 4 août 1995 ; sur le site web du Tribunal : www.tidm.org [textes de base].

14. Affaire du Navire Saïga 11 (N° 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée), Demande en prescription de mesures conservatoires, Ordonnance du 11 mars 1998.

15. Ce sera l'objet de l'arrêt du 1er juillet 1999, voir Affaire du Navire Saïga (N° 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée), (Fond), Arrêt, TIDM, Recueil 1999, p. 10.

b. Dans l'attente de la constitution d'un tribunal arbitral

La prescription des mesures

En attendant la constitution d'un tribunal arbitral saisi d'un différend en vertu de la présente section, toute cour ou tout tribunal désigné d'un commun accord par les parties ou, à défaut d'accord dans un délai de deux semaines à compter de la date de la demande de mesures conservatoires, le Tribunal international du droit de la mer ou, dans le cas d'activités menées dans la Zone, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins, peut prescrire, modifier ou rapporter des mesures conservatoires conformément au présent article s'il considère, *prima facie*, que le tribunal devant être constitué aurait compétence et s'il estime que l'urgence de la situation l'exige. Une fois constitué, le tribunal saisi du différend agissant conformément aux paragraphes 1 à 4, peut modifier, rapporter ou confirmer ces mesures conservatoires¹⁶.

Les mesures conservatoires ne peuvent être prescrites qu'à la demande d'une partie au différend et après que la possibilité de se faire entendre a été donnée aux parties¹⁷.

La demande peut être présentée à tout moment si les parties en conviennent ou après un délai de deux semaines à compter de sa notification à la partie adverse, si les parties ne conviennent pas de soumettre la question à toute autre cour ou tout autre Tribunal¹⁸.

Si le Tribunal ne siège pas ou si le nombre des membres disponibles est inférieur au quorum, les mesures sont prescrites par la chambre de procédure sommaire. Et, nonobstant l'article 15 paragraphe 4 du Statut, ces mesures conservatoires peuvent être prescrites à la demande de toute partie au différend. Elles sont sujettes à appréciation et à révision par le Tribunal. Il le fait à la demande d'une partie, faite par écrit dans

16. Article 290, paragraphe 5 de la Convention.

17. Article 290, paragraphe 3 de la Convention.

18. Article 89, paragraphe 2 du Règlement.

un délai de 15 jours après la prescription de ces mesures. Le Tribunal peut également à tout moment décider d'office de réexaminer ou de réviser ces mesures¹⁹. Il s'agit là d'une exception à la règle selon laquelle l'organe judiciaire ne peut statuer que dans les limites des demandes des parties. ·

Les mesures conservatoires peuvent être prescrites même si la compétence du Tribunal est contestée. Cela a été le cas notamment dans l'affaire du « Thon à nageoire bleue »²⁰. La Nouvelle Zélande et l'Australie avaient demandé, en effet, au Tribunal de prescrire des mesures conservatoires alors que la compétence de l'organe judiciaire pour ce faire était contestée par le Japon.

Pour ce pays :

L'Australie et la Nouvelle-Zélande doivent remplir deux conditions afin qu'un tribunal constitué conformément à l'annexe VII soit compétent pour connaître de ce différend et afin que le Tribunal de céans [le TIDM] puisse accueillir une demande en prescription de mesures conservatoires en vertu de l'article 290, paragraphe 5 en attendant la constitution du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII.

En premier lieu, le tribunal prévu à l'annexe VII doit être prima facie compétent. Ceci signifie notamment que le différend doit concerner l'interprétation ou l'application de la Convention sur le droit de la mer et non un autre accord international quel qu'il soit. En second lieu, l'Australie et la Nouvelle-Zélande doivent avoir tenté, de bonne foi, de parvenir à un règlement amiable conformément aux dispositions de la section 1 de la partie XV de la Convention. L'Australie et la Nouvelle-Zélande n'ayant rempli aucune de ces deux conditions, le tribunal prévu à l'annexe VII ne saurait être considéré, prima facie, comme étant compétent et, dès lors, ce Tribunal n'est pas habilité à prescrire des mesures conservatoires²¹.

20. Article 91, paragraphe 2 du Règlement

21. Affaire du Thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon), mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, TIDM, Recueil 1999, p. 280.

Le Tribunal a cependant fait droit à la requête de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande. Le Tribunal considère que ces deux Etats ont invoqué, en tant que base de la compétence du tribunal arbitral, l'article 288 paragraphe premier de la Convention, qui est conçu comme suit : «*Une cour ou un tribunal visé à l'article 287 a compétence pour connaître de tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention qui lui est soumis conformément à la présente partie*²² .

De l'avis du Tribunal, les dispositions de la Convention invoquées par l'Australie et la Nouvelle-Zélande se révèlent être une base sur laquelle la compétence du tribunal arbitral pourrait être fondée²³.

Qui plus est, le Tribunal considère que la conservation des ressources biologiques de la mer constitue un élément essentiel de la protection et de la préservation du milieu marin. Il relève en outre que les parties ne sont pas divisées sur le fait que le stock du thon à nageoire bleue se trouve dans un état d'épuisement grave et aux niveaux les plus bas historiquement, ce qui est source d'une grave préoccupation sur le plan biologique²⁴ . Ce sont là quelques motifs qui ont poussé le Tribunal à penser que des mesures conservatoires étaient appropriées dans les circonstances de l'espèce.

De même, des mesures conservatoires ont été prescrites par le Tribunal dans l'affaire de la Poldérisation²⁵, même si sa compétence et la recevabilité de la requête ont été contestées.

Dans cette affaire : « Singapour pense, en ce qui concerne le fond, que la demande de la Malaisie pour des mesures conservatoires doit être rejetée, mais espère que le Tribunal n'arrivera pas à traiter de cette question, mais rejettera d'entrée de jeu *in limine litis* , dès le seuil de ce différend, la demande de la Malaisie pour des mesures conservatoires, au motif qu'il y a incompetence et irrecevabilité et au motif que la Malaisie

22. Ibid. pp. 289-290.

23. Ibid. p. 293, paragraphe 40 ; voir aussi les §§41-44.

24. Ibid. p. 294, paragraphe 52 ; le texte anglais faisant foi.

25. Ibid. p. 295, paragraphes 40, paragraphes 70-71.

a exploité et violé les procédures prescrites qui sont fondamentales!»²⁶. Singapour soutenait que la demande de la Malaisie n'était pas recevable, car elle n'indique pas ... les conséquences éventuelles ... en ce qui concerne la préservation des droits respectifs des parties en litige ou la prévention de dommages graves au milieu marin, contrairement à ce qu'exige l'article 89, paragraphe 3 du Règlement et, en outre, que la demande n'indique pas 'l'urgence de la situation', contrairement à ce qu'exige l'article 89, paragraphe 4, du Règlement »²⁷.

Et le Tribunal, considérant l'incidence possible des travaux de poldérisation sur le milieu marin, a conclu que la circonspection et la prudence commandent à la Malaisie et à Singapour de mettre en place des mécanismes en vue d'un échange d'informations et de l'évaluation des risques ou effets que pourraient entraîner les travaux de poldérisation; et de trouver des moyens d'y faire face dans les zones affectées²⁸.

26. Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour), mesures conservatoires, affaire n° 12, Ordonnance du 8 octobre 2003. Voir site web du Tribunal : www.Jidm.org.

27. Voir Plaidoirie du Pr. REISMAN, audience du 26/09/2003 (matinée), ITLOS/PV.03/03 du 28 septembre 2003, p. 24, ligne 6 à 11

28. Voir Ordonnance précitée (note 96), paragraphe 60.

c. Modalités de la demande

La présentation d'une demande, en prescription de mesures conservatoires au Tribunal en attendant la constitution d'un tribunal arbitral s'effectue, en deux temps. D'une part, une procédure d'arbitrage est instituée par notification écrite adressée à l'autre partie au différend. La notification est accompagnée de l'exposé des conclusions et des motifs de droit sur lesquels elle se fonde. D'autre part, la demande est notifiée à l'autre partie. Elle peut être présentée conjointement avec la notification de l'arbitrage.

La notification de la requête fait courir le délai de deux semaines à compter duquel une demande peut être soumise au Tribunal²⁹.

La demande présentée par écrit, indique les mesures sollicitées, les motifs sur lesquels elle se fonde, les conséquences éventuelles de son rejet en ce qui concerne la préservation des droits respectifs des parties ou la prévention de dommages graves au milieu marin. Elle indique également les moyens de droit sur la base desquels le tribunal arbitral devant être constitué aurait compétence, ainsi que l'urgence de la situation. La demande comporte, en outre, en annexe la copie certifiée conforme de la notification ou de tout autre document introduisant l'instance devant le tribunal arbitral³⁰, ainsi que des copies certifiées conformes de tous documents pertinents produits à l'appui des thèses formulées dans la requête sont annexées à l'original de cette pièce³¹.

Dès réception de la demande, le Greffier en transmet immédiatement une copie certifiée conforme au défendeur. Tous les actes accomplis au nom des parties après l'introduction d'une instance le sont par des agents. Les agents doivent avoir à Hambourg ou Berlin un domicile élu auquel sont adressées toutes les communications relatives à l'affaire³². A la réception de la copie certifiée conforme de la requête, le défendeur fait

29. Ibid. paragraphe 99.

30. Article 89, paragraphe 2 du Règlement

31. Article 89, paragraphes 3 et 4 du Règlement

32. Article 63, paragraphe premier du Règlement

connaître au Tribunal le nom de son agent³³. Le Président se renseigne auprès des parties au sujet des questions de procédure avant de rendre les ordonnances nécessaires à cet effet.

Le Tribunal ou, s'il ne siège pas, le Président fixe la date de la procédure orale au plus tôt. Le Tribunal prend en considération toutes observations qui peuvent lui être présentées par une partie avant la clôture de cette procédure³⁴. En pratique, les défendeurs présentent des observations au Tribunal avant l'ouverture de l'audience.

La procédure orale consiste en l'audition par le Tribunal des agents, conseils, avocats, témoins et experts³⁵. L'audience est publique, à moins que le Tribunal n'en décide autrement ou que les parties ne demandent le huis clos³⁶. La demande en prescription de mesures conservatoires à priorité sur toutes autres procédures devant le Tribunal³⁷, Pour ces procédures d'urgence, les audiences s'ouvrent deux ou trois semaines après la présentation de la demande au Tribunal. Elles se déroulent en général sur deux ou trois jours par affaire, chaque partie peut faire entendre des témoins et experts.

Il suffit qu'elle prenne soin de communiquer au Greffier, avant l'ouverture de la procédure orale, la liste des témoins et experts qu'elle désire faire entendre, avec l'indication des points sur lesquels doit porter la déposition. Copie certifiée conforme de cette communication doit être également fournie pour transmission à la partie adverse³⁸.

33. Article 56, paragraphe premier du Règlement

34. Article 90, paragraphe 2 et 3 du Règlement.

35. Article 44, paragraphe 3 du Règlement.

36. Article 26 paragraphe 2 du Statut.

37. Article 90, paragraphe premier du Règlement ; sans préjudice de l'article 112, paragraphe premier du Règlement relatif à la demande de prompt mainlevée de l'immobilisation du navire ou de prompt libération de son équipage.

38. Article 72 du Règlement,

d. L'ordonnance et ses effets

Dans la pratique actuelle du Tribunal, il s'écoule environ un mois entre la présentation de la demande en prescription de mesures conservatoires et le prononcé de l'ordonnance. Celle-ci est lue lors d'une audience publique du Tribunal. Elle est notifiée aux parties au différend et, si le Tribunal le juge approprié, à d'autres Etats Parties³⁹.

Le Tribunal peut prescrire des mesures totalement ou partiellement différentes de celles qui sont sollicitées. Il peut également indiquer les parties qui doivent prendre ou exécuter chaque mesure⁴⁰. Comme pour les arrêts, les juges qui ne votent pas avec la majorité de leurs collègues sont autorisés à *joindre* l'exposé de leurs opinions dissidentes, ou leurs opinions individuelles. Ils peuvent également faire des déclarations.

Chaque partie au différend est tenue de se conformer sans retard à, toutes mesures conservatoires prescrites en vertu de l'article 290 de la Convention⁴¹. Le caractère obligatoire conféré aux ordonnances par la Convention engendre l'obligation pour les parties au différend de les appliquer sans retard. L'article 290 de la Convention dispose que le Tribunal « peut prescrire ... des mesures conservatoires ... ».

La forme que peut prendre la prescription des mesures conservatoires a pu jeter un doute sur la force obligatoire des mesures en raison de la pratique de la CIJ laquelle « indique » ces mesures aux termes de l'article 41 de son Statut⁴².

Il faut se rappeler que les décisions relatives aux mesures conservatoires procèdent d'un jugement avant-dire droit qui permet au Tribunal de rendre une ordonnance qui, tout en étant immédiatement exécutoire, n'a aucun caractère définitif. La force obligatoire découle non seulement

39. Article 290, paragraphe 4 de la Convention.

40. Article 89, paragraphe 5 du Règlement

41. Article 290, paragraphe 6 de la Convention.

42. Il faut ici rappeler l'arrêt de la cour sur le fond du 27 juin 2001 dans l'affaire La Grand qui n'hésite pas à reconnaître une force obligatoire aux ordonnances.

de la forme mais aussi du contenu. Qui plus est, les travaux préparatoires à la Convention tranchent très nettement la question. Les Etats parties, en choisissant l'expression «prescription des mesures conservatoires» ont entendu conférer à ces décisions judiciaires un caractère obligatoire.

C'est ce que rappelle le Tribunal dans l'affaire du Thon à nageoire bleue lorsqu'il considère « le caractère obligatoire des mesures prescrites et la disposition énoncée à l'article 290, paragraphe 6, de la Convention selon laquelle il faut se conformer à ces mesures sans retard»⁴³, C'est pourquoi, chaque partie doit informer le Tribunal au plus tôt des dispositions qu'elle a prises pour mettre en œuvre les mesures conservatoires prescrites par le Tribunal.

En particulier, chaque partie présente un rapport initial sur les dispositions qu'elle a prises ou qu'elle se propose de prendre pour se conformer sans retard aux mesures prescrites⁴⁴. De plus, le Tribunal peut demander aux parties un complément d'information concernant toutes questions relatives à la mise en œuvre des mesures conservatoires par lui prescrites⁴⁵.

I.2.LES PROCÉDURES PRÉLIMINAIRES

L'article 294 de la Convention prévoit que la cour ou le tribunal prévu à l'article 287 saisi d'une demande au sujet d'un différend visé à l'article 297 décide à la requête d'une partie, ou peut décider d'office, si cette demande constitue un abus des 'Voies de droit ou s'il est établi *prima facie* qu'elle est fondée. Si la cour ou le tribunal décide que la demande constitue un abus des voies de droit ou qu'elle est *prima facie* dénuée de Fondement, il cesse d'examiner la demande.

A la réception de la demande, la cour ou le tribunal la notifie à l'autre ou aux autres parties et fixe un délai raisonnable dans lequel elles peuvent lui demander de statuer sur les points ci-dessus visés.

43. Affaire du thon à nageoire bleue, op. cit. (Note n° 91), p. 297, paragraphe 87

44. Article 95, paragraphe premier du Règlement.

45. Article 95, paragraphe 2 du Règlement.

Le Tribunal peut également décider dans un délai de deux mois suivant la date de présentation d'une requête, d'examiner *proprio motu* la question de l'applicabilité de l'article 294 paragraphe premier de la Convention⁴⁶.

La demande, par le défendeur, d'une décision conformément à l'article 294 de la Convention, est présentée par écrit et indique les motifs permettant au Tribunal d'établir que la requête concerne un différend visé, à l'article 297 de la Convention et que la prétention du requérant constitue un abus des voies de droit ou est *prima facie dénué* de fondement⁴⁷.

Dès réception d'une telle demande ou d'office, le Tribunal ou, s'il ne siège pas, le Président fixe un délai ne dépassant pas 60 jours dans lequel les parties peuvent présenter leurs observations et conclusions écrites. La procédure sur le fond est suspendue⁴⁸ et sauf décision contraire du Tribunal, la suite de la procédure est orale⁴⁹.

Les observations et conclusions écrites ainsi que les exposés et moyens de preuve présentés pendant les audiences sont limités aux points ayant trait à la question de savoir si l'objet de la requête constitue un abus des voies de droit ou si elle est *prima facie dénuée* de fondement, et si la requête concerne un différend visé à l'article 297 de la Convention. Toutefois le Tribunal peut inviter les parties à débattre tous points de fait et de droit et à produire tous moyens de preuve qui ont trait à la question⁵⁰. Le Tribunal statue par voie d'arrêt⁵¹.

On peut relever l'extrême rareté de la pratique relative aux procédures préliminaires. La question a cependant été soulevée dans l'affaire « Camouco » entre le Panama et la France⁵² à propos de la recevabilité

46. Article 96, paragraphe 3 du Règlement.

47. Article 96, paragraphe 4 du Règlement.

48. Article 96, paragraphe 5 du Règlement.

49. Article 96, paragraphe 7 du Règlement.

50. Article 96, paragraphe 7 du Règlement.

51. Article 96, paragraphe 8 du Règlement.

52. Affaire du « Camouco » (Panama c. France) prompt mainlevée, TIDM, mémoires, procès-verbaux et documents, 2000, Vol. 5, pp. 228-229

de la requête.

Le Représentant de la France, M. Dobelle s'exprimait ainsi :

« Je voudrais maintenant examiner les questions portant sur la recevabilité de la requête.

Tout d'abord, l'irrecevabilité à tout le moins partielle de la requête pourrait être invoquée au motif qu'elle s'apparente à un abus des voies de droit je dis bien un abus des voies de droit et non pas un abus de droit, comme cela a été allégué ce matin. Certes, la France n'ignore pas que les procédures préliminaires prévues à l'article 294 de la Convention ne sont pas, en Principe, applicables et qu'elles pourraient d'ailleurs difficilement être appliquées en pratique dans le cadre d'une instance relative à une question de mainlevée au titre de l'article 292.

Cependant, la notion d'abus des voies de droit à laquelle visent à répondre les procédures de l'article. 294 n'est pas totalement étrangère à la présente affaire. En effet, en avançant l'allégation selon laquelle la France aurait violé les dispositions de l'article 58 de la Convention, la requête du Panama a purement et simplement allégué que l'Etat côtier a contrevenu à la Convention en ce qui concerne la liberté et le droit de navigation, pour reprendre les dispositions de l'article 297, paragraphe premier, lettre a.

Mais, même si, comme nous l'avons démontré par ailleurs, cette allégation n'entre pas dans le cadre de la compétence du Tribunal dans la procédure faisant l'objet de la présente instance, il n'en demeure pas moins que le Panama a ainsi paru présenter 'une demande au sujet d'un différend visé à l'article 297 selon les termes de l'article 294. Et ceci pourrait conduire à se demander si la requête énonçant une telle demande ne pourrait pas être regardée comme « un abus des voies de droit». Je me borne ici à soulever la question. Le Tribunal appréciera »⁵³.

L'on se souvient que le Tribunal n'a pas fait droit à ce moyen, en l'espèce.

I.3.LES EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES

L'exception préliminaire est un, « moyen invoqué au cours de la première phase d'une instance tendant à obtenir que le tribunal saisi tranche une question préalable avant d'aborder l'examen du fond de l'affaire, le

53. Ibid. audience du 27 janvier 2000, après-midi.

but de l'exception étant le plus souvent d'obtenir qu'il ne soit pas passé à l'examen du fond »⁵⁴ .

Le Règlement caractérise l'exception préliminaire par l'effet de son invocation sur le cours de la procédure. Lorsque ce moyen a pour effet de mettre fin définitivement à la procédure sur le fond, c'est une exception préliminaire d'incompétence. Lorsqu'au contraire l'effet est de suspendre la procédure sur le fond jusqu'à ce qu'un certain nombre de conditions soient remplies ; alors on est en présence d'une exception d'irrecevabilité de la requête comme, par exemple, dans le cas de l'épuisement des voies de recours internes.

Dans chaque cas de figure, il appartient au Tribunal de trancher parce qu'« en cas de contestation sur le point de savoir si une cour ou un tribunal est compétent, la cour ou le tribunal décide »⁵⁵ .

La procédure à suivre est définie à l'article 97 du Règlement. Toute exception à la compétence du Tribunal ou à la recevabilité de la requête ou toute autre exception sur laquelle une décision est demandée avant que la procédure sur le fond se poursuive, doit être, présentée par écrit 90 jours au plus tard après l'introduction de l'instance⁵⁶ .

L'acte introductif de l'exception contient l'exposé de fait et de droit sur lequel l'exception est fondée ainsi que les conclusions⁵⁷ .

Dès réception par le Greffe de l'acte introductif de l'exception, la procédure sur le fond est suspendue et le Tribunal ou, s'il ne siège pas, le Président fixe un délai ne dépassant pas 60 jours, dans lequel la partie adverse peut présenter ses observations et conclusions écrites. Le Tribunal fixe un nouveau délai ne dépassant pas 60 jours à compter de la date de réception de ses observations et conclusions, à laquelle la partie qui soulève l'exception peut présenter ses observations et conclusions

54. J. BASDEVANT, dictionnaire de la Terminologie du droit International, p.273

55. Article 288, paragraphe 4 de la Convention. Voir aussi l'article 58 du Règlement

56. Article 97, paragraphe premier du Règlement.

57. Article 97, paragraphe 2 du Règlement

écrites en réponse. Les documents à l'appui sont annexés à ces exposés sous forme de copies et les moyens éventuels de preuve sont indiqués⁵⁸. Sauf décision contraire du Tribunal, la suite de la procédure est orale⁵⁹.

Les observations et conclusions écrites ci-dessus mentionnées ainsi que les exposés et moyens de preuve présentés pendant les audiences sont limités aux observations et conclusions écrites ci-dessus mentionnées ainsi que les exposés et moyens de preuve présentés pendant les audiences sont limités aux points ayant trait à l'exception. Toutefois, le Tribunal peut, le cas échéant, inviter les parties à débattre tous points de fait et de droit et à produire tous moyens de preuve qui ont trait à la question⁶⁰. S'ouvre alors la phase de délibération.

Le Tribunal statue dans un arrêt par lequel soit il retient l'exception, soit la rejette, soit déclare que cette exception n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire. Si le Tribunal rejette l'exception ou déclare qu'elle n'a pas un caractère exclusivement préliminaire, il fixe les délais pour la suite de la procédure⁶¹.

Enfin le Tribunal donne effet à tout accord intervenu entre les parties et tendant à ce qu'une exception soulevée en vertu du paragraphe 1 soit tranchée lors de l'examen au fond⁶².

Cette jonction au fond des exceptions préliminaires a été appliquée par le Tribunal dans l'affaire du « Saïga » (N° 2) sur le fondement de l'accord du 20 février 1998 entre la Guinée et Saint-Vincent-et-les-Grenadines dont l'article 2 dispose :

« Les procédures écrite et orale devant le Tribunal international du droit de la mer comprendront une seule phase au cours de laquelle tous les aspects du fond du différend

58. Article 97, paragraphe 3 du Règlement

59. Article 97, paragraphe 4 du Règlement

60. Article 97, paragraphe 5 du Règlement

61. Article 97, paragraphe 6 du Règlement

62. Article 97, paragraphe 7 du Règlement

(y compris les dommages et intérêts et dépens) et l'exception d'incompétence soulevée par le Gouvernement guinéen dans son exposé en réponse du 30 janvier 1998 seront examinés»⁶³.

Les exceptions préliminaires sont souvent soulevées par le défendeur lorsque l'instance est introduite par voie de requête. Cela a été particulièrement le cas devant ce Tribunal en particulier dans les matières où celui-ci exerce une juridiction obligatoire.

I.4.LES DEMANDES RECONVENTIONNELLES

Une demande reconventionnelle s'entend d'une « demande incidente par laquelle une partie à une instance prétend obtenir, en sus du rejet de la demande introduite contre elle, la satisfaction par la partie adverse d'une prétention entretenant un lien de connexité avec l'objet de la demande de cette partie»⁶⁴.

Aux termes de l'article 98, trois conditions doivent être remplies pour qu'une demande reconventionnelle soit recevable.

D'abord, une partie peut présenter une demande reconventionnelle pourvu qu'elle soit en connexité directe avec l'objet de la demande de la partie adverse.

Ensuite, la demande reconventionnelle doit porter sur un objet entrant dans la compétence du Tribunal.

Enfin, la demande reconventionnelle est présentée dans le contre-mémoire de la partie dont elle émane et figure parmi ses conclusions⁶⁵.

Cette dernière condition révèle que l'instance doit être introduite par

63. Affaire du Navire Saïga » op. cit. (Note 85), page 15

64. Dictionnaire du Droit international public (sous la direction de. J, SALMON), p. 316

65. Article 98, paragraphe premier et 2 du Règlement

voie de requête, mettant les parties dans une relation de demandeur et défendeur.

La demande reconventionnelle pourrait difficilement être formée au cours d'une procédure introduire par voie de compromis où il n'y a ni demandeur ni défendeur et où le dépôt des pièces de la procédure peut être simultanée⁶⁶.

Si le rapport de connexité entre la demande présentée comme demande reconventionnelle et l'objet de la demande de la partie adverse n'est, pas apparent, le Tribunal après avoir entendu les parties, décide s'il y a lieu ou non de joindre cette demande à l'instance initiale⁶⁷.

La demande reconventionnelle étant une demande incidente, le Tribunal statue, à son propos, dans les mêmes termes que la demande principale. Le sort des deux types de demandes apparaît ainsi lié.

Dans l'affaire du *Thon à nageoire bleue*, le Japon a présenté une demande reconventionnelle⁶⁸ mais le Tribunal ne s'est pas prononcé sur ce moyen.

I.5.INTERVENTION

Il peut arriver qu'il y ait une modification des éléments constitutifs du rapport juridique d'instance caractérisé par les prétentions respectives des parties, déterminant l'objet du différend, lequel est établi par l'acte introductif d'instance et les conclusions.

66. Article 61. Paragraphe 3 du Règlement

67. Article 98. Paragraphe 3 du Règlement

68. Affaire du Thon à Nageoire bleue op. cit. (Note 86)), pp. 291-292, paragraphe 35.

L'intrusion d'un tiers par rapport au procès à l'origine au cours de l'instance est qualifiée d'intervention⁶⁹.

Il faut opérer une distinction entre la demande d'intervention⁷⁰ et le droit d'intervention à propos de questions d'interprétation ou d'application⁷¹.

Dans le premier cas de figure, lorsqu'un Etat Partie estime que, dans un différend, un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause, il peut adresser au Tribunal une requête aux fins d'intervention. Le Tribunal se prononce sur la requête. S'il fait droit à la requête, sa décision concernant le différend est obligatoire pour l'Etat intervenant dans la mesure où elle se rapporte aux points faisant l'objet de l'intervention.

La partie intervenante doit prouver qu'elle a un intérêt à intervenir.

Dans le second cas de figure, lorsqu'une question d'interprétation ou d'application de la Convention se pose, le Greffier en avertit sans délai tous les Etats Parties.

Lorsque, dans le cadre des articles 21 et 22 du Statut⁷², une question d'interprétation ou d'application d'un accord international se pose, le Greffier en avertit toutes les parties à cet accord. Chaque partie a le droit d'intervenir au procès. Si elle exerce cette faculté, l'interprétation contenue dans le jugement est obligatoire à son égard.

La procédure à suivre pour la demande d'intervention (article 31 du Statut) et pour le droit d'intervention (article 32 du Statut) est définie dans le Règlement.

Une requête à fin d'intervention fondée sur l'article 31 du Statut est

69. Article 31 du Statut

70. Article 32 du Statut

71. L'article 20 du Statut est relatif à l'accès au Tribunal tandis que l'article 21 traite de la compétence de celui-ci.

72. Article 99 du Règlement

déposée trente jours au plus tard après la date à laquelle le contre-mémoire est mis à disposition. Toutefois, dans des circonstances exceptionnelles, le Tribunal peut connaître d'une requête présentée ultérieurement.

La requête doit être signée par l'agent ou une personne dûment autorisée et indiquer le nom et l'adresse de l'agent. Elle précise l'affaire qu'elle concerne et spécifie : a) l'intérêt d'ordre juridique qui, selon l'Etat Partie demandant à intervenir, est pour lui en cause ; b) l'objet précis de l'intervention.

Une requête à fin d'intervention fondée sur l'article 31 du Statut peut être admise indépendamment du choix fait par le requérant en vertu de l'article 287 de la Convention. La requête contient un bordereau ; des documents à l'appui, qui sont annexés sous forme de copies⁷³.

Un Etat Partie ou une entité autre qu'un Etat Partie visée à l'article 32 du Statut qui désire se prévaloir du droit d'intervention, dépose à cet effet une déclaration. Ladite déclaration est déposée trente jours au plus tard après la date à laquelle le contre-mémoire est mis à disposition. Toutefois, dans des circonstances exceptionnelles, le Tribunal peut connaître d'une déclaration présentée ultérieurement.

La déclaration doit être signée par l'agent et indiquer son nom et son adresse. Elle précise l'affaire qu'elle concerne et a) indique les dispositions la Convention ou de l'accord international dont la partie déclarante estime que l'interprétation ou l'application est en cause ; b) contient un exposé de l'interprétation qu'elle donne de ces dispositions ou de l'application qu'elle en fait ; c) inclut un bordereau des documents à l'application qui sont annexés sous forme de copies⁷⁴.

Copie certifiée conforme de la requête à fin d'intervention fondée sur l'article 31 du Statut ou de la déclaration d'intervention fondée sur l'article 32 du Statut est immédiatement transmise aux parties, qui sont priées de présenter des observations écrites dans un délai fixé par le Tri-

73. Article 100 du Règlement

74. Article 101 du Règlement

bunal ou, s'il ne siège pas, par le Président.

Le Greffier transmet également copie de la requête ou de la déclaration aux Etats Parties, à toute autre partie à laquelle doit être adressée la notification prévue à l'article 32 du Statut, au Secrétaire général de l'ONU, au Secrétaire général de l'Autorité lorsque l'affaire est devant la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins⁷⁵,

La décision du Tribunal sur l'admission d'une requête à fin d'intervention fondée sur l'article 31 du Statut ou la recevabilité d'une intervention fondée sur l'article 32 du Statut est prise par priorité à moins que, vu les circonstances de l'espèce, le Tribunal n'en décide autrement.

Si, dans le délai fixé par le Tribunal, il est fait objection à une requête à fin d'intervention ou à la recevabilité d'une déclaration d'intervention, le Tribunal entend avant de statuer, l'Etat Partie, ou l'entité autre qu'un Etat partie, désireux d'intervenir ainsi que les parties⁷⁶.

Si une requête à fin d'intervention fondée sur l'article 31 du Statut est admise, l'Etat Partie intervenant reçoit une copie des pièces de procédure et, des documents annexés et a le droit de présenter une déclaration écrite dans un délai fixé par le Tribunal. Il est fixé un autre délai dans lequel les parties peuvent, si elles le désirent, présenter des observations écrites sur cette déclaration avant la procédure orale. Si le Tribunal ne siège pas, les délais sont fixés par le Président.

Ces délais coïncident autant que possible avec ceux qui sont déjà fixés pour le dépôt des pièces de procédure en l'affaire. L'Etat Partie intervenant a le droit de présenter au cours de la procédure orale des observations sur l'objet de l'intervention. Il n'est pas autorisé à désigner un juge ad hoc ou à s'opposer à un accord aux fins du désistement de l'instance⁷⁷.

75. Article 102 du Règlement

76. Article 105, paragraphe 2 du Règlement

77. Article 105, paragraphe 3 du Règlement

En ce qui concerne le droit d'intervention, la procédure instituée par l'article 104 du Règlement est la même que celle qui vient d'être décrite. Il est à noter que le Tribunal n'a pas encore connu d'une affaire d'intervention.

I.6.LE DÉSISTEMENT

Si à un moment quelconque avant l'arrêt définitif sur le fond, les parties, conjointement ou séparément, notifient au Tribunal par écrit qu'elles sont convenues de se désister de l'instance, le Tribunal rend une ordonnance prenant acte du désistement et chargeant le Greffier de rayer l'affaire du rôle des affaires.

Si les parties sont convenues de se désister de l'instance parce qu'elles sont parvenues à un arrangement amiable et si celles-ci le souhaitent, le Tribunal soit fait mention de ce fait dans l'ordonnance prescrivant la radiation de l'affaire du rôle, soit indique les termes de l'arrangement dans l'ordonnance ou dans une annexe à celle-ci.

Si le Tribunal ne siège pas, toute ordonnance rendue, conformément aux dispositions ci-dessus indiquées, peut être prise par le Président⁷⁸.

Ces dispositions ont été appliquées par le Tribunal, dans l'affaire du « Chaisiri Reefer 2 » entre le Panama et le Yémen. En effet, le Tribunal:

« Considérant que l'agent de la République du Panama a adressé au Greffier faisant fonction une lettre en date du 12 juillet 2001, dont le libellé est le suivant :

J'ai l'honneur de vous informer que :

- En application de l'article 105, paragraphe 2, du Règlement du Tribunal ;
- Les parties sont convenues de se désister de l'instance ;

78. Article 105, paragraphe 3 du Règlement

- En raison du fait qu'elles sont parvenues à un règlement du différend relatif à l'immobilisation du « CHAISIRI REEFER 2 » ;

...

Prend acte du désistement, par accord entre les parties, de l'instance introduite le 3 juillet 2001 au nom du Panama contre le Yémen ; et

Ordonne que l'affaire soit rayée du Rôle des affaires »⁷⁹.

Si, au cours d'une instance introduite par requête, le demandeur fait connaître par écrit au Tribunal qu'il renonce à poursuivre la procédure, et si, à la date de la réception par le Greffe de ce désistement, le défendeur n'a pas encore fait acte de procédure, le Tribunal rend une ordonnance prenant acte du désistement et chargeant le Greffier de rayer l'affaire du rôle des affaires. Une copie de ladite ordonnance est adressée par le Greffier au défendeur.

Si, à la date de la réception du désistement, le défendeur a déjà fait acte de procédure, le Tribunal fixe un délai dans lequel le défendeur peut déclarer s'il s'oppose au désistement. Si, dans le délai fixé, il n'est pas fait objection au désistement, celui-ci est réputé acquis et le Tribunal rend une ordonnance en prenant acte et chargeant le Greffier de rayer l'affaire du rôle des affaires. S'il est fait objection, l'instance se poursuit⁸⁰. Le Président exerce les pouvoirs conférés par les dispositions ci-dessus indiquées si le Tribunal ne siège pas.

79. Affaire du « Chaisiri Reefer 2 » (Panama c. Yémen), Ordonnance du 13 juillet 2001, TIDM Recueil, 2001, p. 82.

80. Article 106 du Règlement

II. PROMPTE MAINLEVÉE DE L'IMMOBILISATION DU NAVIRE OU PROMPTE LIBÉRATION DE SON ÉQUIPAGE

Une demande de prompt mainlevée de l'immobilisation du navire ou de prompt libération de son équipage peut être faite dans les conditions énoncées par la Convention :

D'abord, lorsque les autorités d'un Etat Partie à la Convention ont immobilisé un navire battant pavillon d'un autre Etat Partie.

Ensuite, lorsqu'il est allégué que l'Etat qui a immobilisé le navire n'a pas observé les dispositions de la Convention prévoyant la prompt mainlevée de l'immobilisation du navire ou la mise en liberté de son équipage dès le dépôt d'une caution raisonnable ou de toute autre garantie financière.

Enfin, lorsque les parties ne se sont pas mises d'accord dans un délai de 10 jours à compter du moment de l'immobilisation du navire ou de l'arrestation de l'équipage pour porter devant une juridiction internationale la question de l'immobilisation ou de l'arrestation⁸¹.

Dans cette procédure spéciale, le Tribunal exerce une compétence résiduelle. En effet, il

« examine promptement cette demande et n'a à connaître que de la question de la mainlevée ou de la mise en liberté, sans préjudice de la suite qui sera donnée à toute action dont le navire, son propriétaire ou son équipage peuvent être l'objet devant la juridiction nationale appropriée. Les autorités de l'Etat qui a procédé à l'immobilisation ou à l'arrestation demeurent habilitées à ordonner à tout moment la mainlevée de l'immobilisation du navire ou la mise en liberté de son équipage»⁸².

Dans cette procédure particulière, le Tribunal exerce une juridiction obligatoire. Nous examinerons les conditions du dépôt de la requête, la procédure, et l'arrêt.

81. Article 292, paragraphe 1 de la Convention.

82. Article 292, paragraphe 1 de la Convention.

1 CONDITIONS DU DÉPÔT DE LA REQUÊTE

a. L'acte d'Instance

L'instance relative à la mainlevée de l'immobilisation d'un navire ou la libération de son équipage est introduite par une requête adressée au Greffier⁸³.

La demande de mainlevée ou de mise en liberté ne peut être faite que par l'Etat du pavillon ou en son nom⁸⁴. Dans ce dernier cas de figure, la personne doit être dûment autorisée à cet effet par les autorités nationales compétentes de l'Etat du pavillon⁸⁵, qui doivent lui fournir les pièces justificatives nécessaires.

La demande doit contenir un exposé succinct des faits et des moyens de droit qui la fondent ainsi que les documents à l'appui devant lui être annexés⁸⁶.

Aux termes de l'article 111, paragraphe 2 du Règlement, l'exposé des faits doit d'abord préciser, s'ils sont connus, le moment et le lieu de l'immobilisation du navire et l'endroit où se trouvent le navire et son équipage.

Il doit ensuite contenir des renseignements pertinents concernant le navire et l'équipage, notamment, le cas échéant, le nom du navire, son pavillon, le port ou le lieu où il est immatriculé et son tonnage, sa capacité de port, ainsi que les données pertinentes pour la détermination de

83. Article 24, paragraphe premier du Statut ; article 292, paragraphe premier de la Convention; article 110, paragraphe premier du Règlement.

84. Article 292, paragraphe 2 de la Convention ; article 110, paragraphe premier du Règlement.

85. L'article 110, paragraphe 2 du Règlement stipule qu'un « Etat-Partie peut à tout moment notifier au Tribunal : a) les autorités nationales compétentes pour autoriser des personnes à présenter une demande en son nom au titre de l'article 292 de la Convention; b) le nom et l'adresse de toute personne autorisée à présenter une demande en son nom; c) le bureau désigné pour recevoir la notification d'une demande de mainlevée de l'immobilisation d'un navire ou de libération de son équipage et les moyens les plus rapides pour faire parvenir des documents à ce bureau; d) toute clarification, modification ou retrait d'une telle notification » .

86. Article 111 paragraphe 1 et 3 du Règlement

sa valeur ; le nom et l'adresse du propriétaire du navire et/ou de l'exploitant et des renseignements concernant son équipage.

L'exposé doit préciser, après le montant, la nature et les conditions de la caution ou autre garantie financière que l'Etat qui a immobilisé le navire a pu exiger ainsi que la mesure dans laquelle ces exigences ont été respectées.

L'exposé des faits doit enfin contenir tout autre renseignement que le demandeur considère comme pertinent pour la détermination du montant d'une caution ou autre garantie financière raisonnable ou pour toute autre question qui se pose en l'espèce.

L'acte introductif de l'instance est immédiatement transmis au défendeur sous forme de copie certifiée conforme et le Président du Tribunal consulte les parties au sujet des questions de procédure.

b. L'exposé en réponse

L'Etat qui a procédé à l'immobilisation ou à l'arrestation peut, en réponse, présenter un exposé avec documents à l'appui annexes, le plus tôt possible, mais au plus tard 96 heures avant l'audience⁸⁷. Le Tribunal peut, à tout moment, demander que d'autres renseignements lui soient fournis dans un exposé complémentaire. La suite de la procédure concernant la demande est orale.

c. La procédure orale

La procédure de mainlevée est une procédure d'urgence tout comme celle relative à la prescription de mesures conservatoires. C'est pourquoi, le Tribunal donne priorité aux demandes de mainlevée de l'immobilisation de navires ou de libération de leur équipage sur toutes autres procédures.

87. Article 111 paragraphe 4 du Règlement

Lorsque le Tribunal est saisi des deux types de demandes, il prend les dispositions voulues pour se prononcer promptement sur l'une et l'autre demande⁸⁸. Il fixe le plus tôt possible et dans un délai de 15 jours à compter du premier jour ouvrable qui suit la date de la réception de la demande, la date d'une audience.

Chaque partie a droit, à moins que le Tribunal en décide autrement, à un jour pour présenter ses preuves et arguments⁸⁹.

d. L'arrêt

La compétence du Tribunal dans cette procédure est bridée. On l'a vu, il n'a à connaître que la question de la mainlevée. Il doit également déterminer si l'allégation dû demandeur selon laquelle l'Etat qui a immobilisé le navire n'a pas respecté une des dispositions de la Convention concernant la mainlevée de l'immobilisation du navire ou la libération de son équipage dès que le dépôt d'une caution raisonnable ou d'une autre garantie financière, est ou non bien fondée⁹⁰.

Autrement dit, la recevabilité de la requête, présentée au titre de l'article 292 de la Convention, est assujettie à la démonstration - à la satisfaction du Tribunal - que « l'Etat qui a immobilisé le navire n'a pas observé les dispositions de la Convention prévoyant la prompte mainlevée de l'immobilisation du navire ou la mise en liberté de son équipage ».

Les dispositions de la Convention prévoyant la prompte mainlevée sont celles contenues à l'article 73 paragraphe 2 de la Convention relatif à la « mise en application des lois et règlements de l'Etat côtier ».

Il se lit :

« Lorsqu'une caution ou autre garantie suffisante a été fournie, il est procédé sans délai à la mainlevée de la saisie dont un navire aurait fait l'objet et à la libération de

88. Article 112 paragraphe 1 du Règlement.

89. Article 113, paragraphe 3 du Règlement.

90. Article 113, paragraphe 1 du Règlement.

son équipage ».

L'article 113, paragraphe 2 du Règlement prévoit que si le Tribunal décide que l'allégation est bien fondée, il détermine le montant, la nature et la forme de la caution ou autre garantie financière à déposer pour obtenir la mainlevée de l'immobilisation du navire ou la libération de son équipage.

La caution est déposée auprès de l'Etat ayant immobilisé le navire. Elle peut aussi l'être auprès du Tribunal auquel cas l'Etat qui a immobilisé le navire est promptement informé par le Greffier⁹¹.

L'arrêt est adopté le plus rapidement possible et est lu lors d'une audience publique qui a lieu au plus tard 14 jours après la clôture des débats ; les parties étant prévenues. Il ne peut s'écouler plus de quatre semaines entre le dépôt de la demande de mainlevée et le prononcé du jugement.

La caution est déposée conformément à l'arrêt. Dès le dépôt de la caution, les autorités de l'Etat qui a immobilisé le navire se conforment à la décision du Tribunal concernant la mainlevée de l'immobilisation du navire ou la mise en liberté de son équipage⁹².

A ce jour, le Tribunal a connu de neuf affaires de prompt mainlevée de l'immobilisation de navires ou de libération de l'équipage⁹³.

91. Article 113, paragraphe 3 et article 114, paragraphe premier du Règlement.

92. Article 292, paragraphe 4 de la Convention

93. Affaire Saïga (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée), prompt mainlevée, arrêt du 4 décembre 1997, Affaire Camuco (Panama c. la France), prompt mainlevée, arrêt du 7 février 2000 ; affaire Monte Confurco (Seychelles c. la France), prompt mainlevée, arrêt du 18 décembre 2000, affaire du Grand Prince (Belize contre France), prompt mainlevée, arrêt du 20 avril 2001. Affaire Chasiri Reefer 2, prompt mainlevée, désistement (Panama contre Yémen), ordonnance du 13 juillet 2001; l'affaire Volga (Fédération de Russie c. l'Australie), prompt mainlevée, arrêt du 23 décembre 2002; Affaire Juno Trader (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Bissau Guinée), prompt mainlevée, arrêt du 18 décembre 2004; l'affaire Hoshinmaru (Japon c. Fédération de Russie), prompt libération, arrêt du 6 août 2007; affaire Tomimaru (Japon c. Fédération de Russie), prompt mainlevée, arrêt du 6 août 2007;

II.2 JURISPRUDENCE

a. Affaire du navire « Saïga »

Le « Saïga » est un pétrolier battant pavillon de Saint-Vincent-et-les-Grenadines. Son affréteur au moment dont il s'agit était la Société Lemania Shipping Group Ltd., immatriculée à Genève (Suisse). Au moment de l'incident ayant motivé la requête, le « Saïga » servait de navire d'avitaillement en fioul aux navires de pêche opérant au large des côtes guinéennes. Tôt dans la matinée du 27 octobre 1997, le « Saïga », ayant franchi la frontière maritime nord entre la Guinée et la Guinée-Bissau, a pénétré dans la zone économique exclusive de la Guinée, à environ 32 milles marins de l'île guinéenne d'Alcatraz. Le même jour, il a avitaillé en gasoil trois navires de pêche, à savoir le Giuseppe Primo, le Kriti et le Eleni S.

Le 28 octobre 1997, le « Saïga » a été arraisonné par les vedettes de la douane guinéenne. L'arraisonnement a eu lieu à un point situé au sud de la frontière maritime de la zone économique exclusive de la Guinée. Au cours de cet incident des membres de l'équipage ont été blessés. Le même jour, le navire a été immobilisé et son équipage arrêté. Ils ont été par la suite autorisés à partir et la cargaison a été déchargée à Conakry sur ordre des autorités locales. Aucune caution ou autre garantie financière n'a été exigée par les autorités guinéennes pour la mainlevée de l'immobilisation du navire et la mise en liberté de son équipage, et aucune n'a été offerte par Saint-Vincent-et-les-Grenadines. C'est alors que Saint-Vincent-et-les-Grenadines a institué la procédure en cours au titre de l'article 292 de la convention.

Dans l'affaire du « Saïga », la Guinée impute la responsabilité de l'utilisation de la force au commandant du navire⁹⁴.

En examinant l'emploi de la force de la Guinée lors de l'arrestation du SAIGA, le Tribunal International du Droit de la Mer doit tenir compte

94. L'affaire MV « SAIGA » (St Vincent et l'affaire es Grenadines C. Guinée), affaire N° 1, Arrêt du 1er Juillet 1999

des circonstances de l'arrestation à la lumière des règles applicables du droit international. Bien que la Convention ne contienne aucune disposition spécifique concernant l'emploi de la force, le droit international applicable, énoncé à l'article 293 de la Convention, stipule que l'emploi de la force doit être évité autant que possible et, lorsque la force est inévitable, elle ne doit pas aller au-delà de ce qui est raisonnable et nécessaire dans les circonstances. De l'avis du Tribunal, les considérations d'humanité doivent s'appliquer dans le droit de la mer, comme dans d'autres domaines du droit international. Dans le même ordre d'idées, l'Accord des Nations Unies sur les stocks de poissons conclut l'article 22, paragraphe 1, point f)⁹⁵ en rappelant le principe du recours à la force lors de l'immobilisation de navires en mer⁹⁶.

L'affaire « Camuco »

Le Camouco est un navire de pêche battant pavillon du Panama. Son propriétaire est Merce-Pesca (S.A.), une société enregistrée au Panama. Le 16 septembre 1999, le Camouco a quitté le port de Walvis Bay (Namibie) pour une marée de pêche à la palangre de profondeur dans les mers du Sud. Son capitaine M. José est de nationalité espagnole.

Le 28 septembre 1999, le Camouco a été arraisonné par la frégate de surveillance française, le Floréal, à l'intérieur de la zone économique exclusive des îles Crozet, à 160 milles marins de la limite Nord de ladite zone. Le procès-verbal d'infraction rapportait également que six tonnes de légine congelée avaient été trouvées dans les soutes du Camouco et que le capitaine du Camouco était en infraction pour pêche illégale dans la ZEE des îles Crozet, sous juridiction française ; tentative de fuite pour

95. Voir l'article 22 de l'Accord des Nations Unies sur les stocks de poissons, qui traite des procédures de base pour l'arraisonnement et l'inspection visées à l'article 21. Il établit les droits et obligations de l'État d'inspection, de l'État du pavillon et les mesures à prendre dans des circonstances contradictoires concernant le capitaine d'un navire ainsi que les réglementations internationales.

96. Article 22 (f) de l'Accord des Nations Unies sur le Stock de Poissons dispose que l'Etat procédant à l'inspection doit « éviter de recourir à la force, sauf dans les cas et dans la mesure où cela se révèle nécessaire pour assurer leur sécurité et lorsque les inspecteurs sont empêchés d'exercer leur fonction Le degré de force dont il est fait usage ne doit pas dépasser ce qui est raisonnablement requis en la circonstance.

éviter la vérification par l'autorité maritime ; etc...

Dans l'affaire CAMUCO, le navire en détention n'était pas contesté. Cependant, les parties étaient en désaccord sur la question de savoir si le capitaine du navire était également en détention. Il est admis que le capitaine était sous « contrôle judiciaire », que son passeport lui avait également été confisqué par les autorités françaises et que, par conséquent, il n'était pas en mesure de quitter la Réunion. Le Tribunal estime que, dans les circonstances de l'espèce, il convient d'ordonner la libération du capitaine conformément à l'article 292, paragraphe 1, de la Convention⁹⁷.

c. Affaire du « Monte Confurco »

Dans l'affaire MONTE CONFURCO également, les parties ne se sont pas entendues sur le point de savoir si le capitaine était en état d'arrestation, car placé sous « contrôle judiciaire » par les autorités françaises et son passeport lui a été confisqué, conformément à l'article 292 de la convention. De l'avis du Tribunal, le « contrôle judiciaire » est simplement une autre forme de détention⁹⁸.

La question de la détention du capitaine et de son équipage a également été soulevée dans les affaires JUNO TRADER (ST Vincent et les

97. Article 292, para. 1 de la Convention dispose que : « Lorsque les autorités d'un Etat Partie ont immobilisé un navire battant pavillon d'un autre Etat Partie et qu'il est allégué que l'Etat qui a immobilisé le navire n'a pas observé les dispositions de la Convention prévoyant la prompte mainlevée de l'immobilisation du navire ou la mise en liberté de son équipage dès le dépôt d'une caution raisonnable ou d'une autre garantie financière, la question de la mainlevée ou de la mise en liberté peut être portée devant une cour ou un tribunal désigné d'un commun accord par les parties, à défaut d'accord dans un délai de 10 jours à compter du moment de l'immobilisation du navire ou de l'arrestation de l'équipage, cette question peut être portée devant une cour ou un tribunal accepté conformément à l'article 287 par l'Etat qui a procédé à l'immobilisation ou à l'arrestation, ou devant le Tribunal international du droit de la mer, à moins que les parties n'en conviennent autrement »

98. Voir l'affaire MONTE CONFURCO (Seychelles v. France) Prompte mainlevée, affaire N°6, arrêt, ITLOS reports 2000, p.86 paragraphe 90 ; Affaire CAMOUCO (panama v. France) Prompte mainlevée, affaire N°5, ITLOS, Reports 2000, p. 10 paragraphe 71.

Grenadines V. Guinée) et HOSHINMARU (Japon c. Fédération de Russie), respectivement⁹⁹

d. L’Affaire « Juno Trader »

Dans l’affaire JUNO TRADER¹⁰⁰, les parties n’étaient pas d’accord sur le fait que l’équipage ait été arrêté ou non. Selon le requérant, bien que certains passeports aient été restitués, à compter du 7 décembre 2004, les passeports de six membres d’équipage n’avaient toujours pas été rendus. Le défendeur a affirmé que la Guinée-Bissau n’avait arrêté aucun membre de l’équipe du JUNO TRADER et avait retourné les passeports sur demande. Dans une lettre datée du 15 décembre 2004, reçue lors des débats du Tribunal, le défendeur a informé le Tribunal que « les autorités bissau-guinéennes (FISCAP) ont déjà délivré les passeports restants et que tous les membres de l’équipage peuvent librement quitter la Guinée-Bissau ». La lettre ajoutait que « les passeports restants ont déjà été délivrés sans aucune condition formelle (telle que l’octroi d’une caution) et sont libres de quitter la Guinée Bissau ». Le 16 décembre 2004, le requérant, tout en confirmant les informations relatives à la délivrance des passeports, n’a pas retiré sa demande d’ordonnance du Tribunal concernant la libération des membres de l’équipage.

À cet égard, le Tribunal constate que les membres de l’équipage se trouvent toujours en Guinée-Bissau et sont soumis à sa juridiction. Le Tribunal prend acte de l’engagement pris par le défendeur dans sa lettre du 15 décembre 2004 et déclare que tous les membres de l’équipage devraient être libres de quitter la Guinée-Bissau sans conditions.

e. L’affaire Hoshinmaru

Dans l’affaire HOSHINMARU¹⁰¹, le Tribunal prend note de la dé-

99. Voir l’Affaire JUNO TRADER (ST Vincent et les Grenadines c. Guinée) prompte mainlevée, arrêt du 18 Décembre 2004, affaire N° 13 ; l’affaire HOSHINMARU (Japon v. Fédération de Russie), prompte mainlevée, affaire N° 14, arrêt du 6 August 2007.

100. Voir l’Affaire JUNO TRADER (ST Vincent et les Grenadines c. Guinée) prompte mainlevée, arrêt du 18 Décembre 2004, affaire N° 13 ;

101. Voir L’affaire HOSHINMARU (Japon v. Fédération de Russie), prompte mainlevée, affaire N° 14, arrêt du 6 August 2007

claration du défendeur selon laquelle les restrictions à la libre circulation du capitaine ont été levées le 16 juillet 2007. Le Tribunal note que le capitaine et l'équipage sont toujours en Russie. Pour ces raisons et compte tenu des circonstances de l'espèce, le Tribunal conclut que le défendeur ne s'est pas conformé au paragraphe 2 de l'article 73 de la Convention, que la requête est bien fondée et que, par conséquent, la Fédération de Russie de libérer rapidement l'HOSHINMARU, y compris son équipage, conformément au paragraphe 102¹⁰².

Le Tribunal a décidé que la Fédération de Russie devait procéder à la libération rapide du HOSHINMARU, du capitaine et de l'équipage sans plus tarder, une fois la caution raisonnable ou une autre garantie déterminée par le Tribunal reçue.

f. L'affaire Tommimaru

Dans l'affaire TOMINMARU¹⁰³ (Japon contre Fédération de Russie, 2007), il convient de rappeler les observations du Tribunal relatives à la confiscation et aux normes internationales de procédure.

Comme le Tribunal l'a déjà déclaré dans l'arrêt qu'il a rendu en l'Affaire du « Monte Confurco »¹⁰⁴, l'article 73 de la Convention établit un équilibre entre l'intérêt que représente pour l'Etat côtier la prise de toutes les mesures qui lui sont nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qu'il a adoptés d'une part, et l'intérêt que représente pour l'Etat du pavillon l'obtention sans délai d'une mainlevée de l'immobilisation de ses navires et d'une libération de leurs équipages dès le dépôt d'une caution ou autre garantie raisonnable, d'autre part. Le Tribunal souhaite souligner qu'un arrêt rendu en vertu de l'article 292 de la

102. Article 73, paragraphe 2 de la Convention dispose que : « Lorsqu'une caution ou autre garantie suffisante a été fournie, il est procédé sans délai à la mainlevée de la saisie dont un navire aurait fait l'objet et à la libération de son équipage ».

103. Voir L'affaire TOMINMARU (Japon c. Fédération de Russie), prompte mainlevée, affaire N°15, arrêt du 6 August 2007

104. Voir L'affaire MONTE CONFURCO (Seychelles c. France), prompte mainlevée, affaire N°6, Recueil ITLOS 2000, p.280, paragraphe 70.

Convention doit être sans préjudice de la suite qui sera donnée à toute action dont le navire ou son équipage peuvent être l'objet devant la juridiction nationale appropriée et que ceci est également un facteur à prendre en compte dans l'établissement d'un équilibre entre les intérêts de l'Etat côtier et ceux de l'Etat du pavillon.

Le Tribunal considère que la confiscation d'un navire de pêche ne doit pas être utilisée de manière à compromettre l'équilibre des intérêts de l'Etat du pavillon et de l'Etat côtier, tels qu'ils sont établis dans la Convention.

Une décision de confiscation a pour effet de supprimer le caractère provisoire de la détention du navire et de rendre la procédure de prompt mainlevée sans objet. Une telle décision ne devrait pas être prise de manière à priver le propriétaire du navire de l'accès aux voies de recours judiciaires nationales ou d'empêcher l'Etat du pavillon d'engager la procédure de prompt mainlevée prévue par la Convention ; elle ne saurait davantage être effectuée par le truchement de procédures contraires aux normes internationales garantissant les voies de droit. En particulier, une mesure de confiscation prise avec une précipitation injustifiée compromettrait la mise en œuvre de l'article 292 de la Convention.

Le Tribunal note que la décision de la Cour suprême de la Fédération de Russie met un terme aux procédures devant les tribunaux nationaux. Le demandeur n'a pas contesté ce fait. Après avoir été informé de cette décision, le demandeur n'a pas maintenu son argumentation relative au caractère provisoire de la confiscation du Tomimaru. Le Tribunal note, de surcroît, qu'il n'a pas été allégué d'infraction aux normes internationales relatives à la garantie d'une procédure régulière et qu'il n'a pas davantage été allégué que les procédures conduisant à la confiscation du navire étaient de nature à empêcher la mise en œuvre des recours nationaux ou internationaux.

g. Affaire du navire « Virginia G »

Dans l'affaire du VIRGINIA G ¹⁰⁵, Le Panama avance qu'il « a introduit cette action contre la Guinée-Bissau dans le cadre de la protection diplomatique » et qu'il « prend fait et cause pour son ressortissant et pour le navire “Virginia G” avec tout ce qui se trouve à bord et toute personne impliquée dans son activité ou ayant des intérêts liés à cette activité qui a subi un préjudice du fait des mesures prises par la Guinée-Bissau »

Le Panama se réfère à l'affaire du « SAIGA »¹⁰⁶ où le Tribunal juge que « La Convention considère un navire comme constituant une unité, en ce qui concerne les obligations qui incombent à l'Etat du pavillon à l'égard du navire ». La nationalité de ces personnes ne revêt aucune pertinence.

Le jugement a été rendu par la Commission du Droit International des Nations Unies. Le Panama s'appuie sur l'article 18 du Projet d'articles sur la protection diplomatique concernant la protection d'un équipage de différentes nationalités à son bord. Il stipule que :

« Le droit qu'a l'État de nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique n'est pas affecté par le droit qu'a l'État de nationalité d'un navire de demander réparation au bénéfice de ces membres d'équipage, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés en raison d'un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite ».

Sur cette base, le TIDM conclut que le VIRGINIA G doit être traité comme une entité et que « chaque navire peut avoir un équipage de différentes nationalités ». Les similitudes dans le système de prompt mainlevée résident dans l'arrestation de navires. L'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer énonce que, lorsque les autorités d'un État partie ont immobilisé un navire battant pavillon d'un autre État partie et qu'il est allégué que cet État n'a pas respecté les dispositions de la Convention, peut être soumis au Tribunal international du droit de la mer. Les différences résident dans la nature des navires impliqués dans la détention : navires de soutien, de pêche ou tout navire

105. Voir l'affaire du M/V “Virginia G” (Panama c. Guinée), affaire N° 19, arrêt du 14 avril 2014.

106. Voir l'affaire du (M/V “SAIGA” (No. 2) (Saint Vincent et les Grenadines c. Guinée), Recueil TIDM 1999, p. 10, p. 48, para. 106).

accomplissant un acte illégal dans une zone économique exclusive.

h. Affaire relative à l'immobilisation de trois navires militaires ukrainiens (Ukraine c. Fédération de Russie), mesures conservatoires

Le 16 avril 2019, l'Ukraine a présenté au Tribunal une demande en prescription de mesures conservatoires (ci-après, « la demande ») au titre de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention dans le différend qui l'oppose à la Fédération de Russie concernant l'immunité de trois navires militaires ukrainiens et des vingt-quatre militaires présents à bord. L'affaire a été inscrite au rôle du Tribunal en tant qu'affaire No. 26 et intitulée Affaire relative à l'immobilisation de trois navires militaires ukrainiens.

Par note verbale du 30 avril 2019, reçue au Greffe le même jour, l'ambassade de la Fédération de Russie en République fédérale d'Allemagne a fait savoir que :

La Fédération de Russie estime que le tribunal arbitral qui sera constitué conformément à l'annexe VII de la CNUDM n'a pas compétence, y compris *prima facie*, pour statuer sur la demande de l'Ukraine compte tenu des réserves faites par la Fédération de Russie et l'Ukraine au titre de l'article 298 de la CNUDM, où elles déclarent notamment ne pas accepter les procédures obligatoires aboutissant à des décisions contraignantes de l'article 2, partie XV de la Convention, pour les différends relatifs aux activités militaires. De plus, la Fédération de Russie a expressément déclaré ne pas accepter lesdites procédures en ce qui concerne les différends relatifs aux activités militaires menées par des navires et aéronefs de l'Etat. Pour cette raison évidente, la Fédération de Russie est donc d'avis que la compétence du Tribunal international du droit de la mer sur la question des mesures conservatoires demandées par l'Ukraine est dénuée de fondement.

[...]

La Fédération de Russie a l'honneur d'informer le Tribunal international du droit de la mer qu'elle a décidé de ne pas participer aux audiences sur les mesures conservatoires dans l'affaire introduite par l'Ukraine, sans que cela préjuge de sa participation à l'arbitrage subséquent si, malgré l'absence manifeste de compétence du tribunal dont la constitution est réclamée par l'Ukraine sur le fondement de l'annexe VII, l'affaire devait se poursuivre.

Ceci dit, afin d'aider le Tribunal international du droit de la mer et conformément à l'article 90, paragraphe 3, du Règlement, la Fédération de Russie compte présenter en temps utile des observations écrites plus précises exposant sa position sur les circonstances de l'affaire.

Le Tribunal note que l'article 28 du statut stipule que :

Lorsqu'une des parties au différend ne se présente pas ou ne fait pas valoir ses moyens, l'autre partie peut demander au Tribunal de continuer la procédure et de rendre sa décision. L'absence d'une partie ou le fait, pour une partie, de ne pas faire valoir ses moyens ne fait pas obstacle au déroulement de la procédure. Avant de rendre sa décision, le Tribunal doit s'assurer non seulement qu'il a compétence pour connaître du différend, mais que la demande est fondée en fait et en droit¹⁰⁷.

Le Tribunal rappelle que :

L'absence d'une partie ou le fait, pour une partie, de ne pas faire valoir ses moyens, ne fait pas obstacle à la procédure et n'empêche pas le Tribunal de prescrire des mesures conservatoires, pour autant que la possibilité de faire entendre leurs observations à ce sujet ait été donnée aux parties.

À cet égard, le Tribunal rappelle qu'«un État partie n'est pas obligé de poursuivre un échange de vues lorsqu'il conclut que les possibilités de parvenir à un accord ont été épuisées »¹⁰⁹.

107. Article 28 du Statut

108. Voir l'affaire du "Arctic Sunrise" (Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie), Mesures conservatoires, Ordonnance du 22 Novembre 2013, Recueil TIDM, 2013, p. 230, at p. 242, para. 48. Voir TM Ndiaye "Non Appearance before the International Tribunal for the Law of the Sea, Indian Journal of International Law, Vol 53, N°4, Oct-Dec. 2013, pp. 545-564; Alexandrov "Non Appearance Before the ICJ", 11, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 33, 1995, pp. 41-72, DW Bowett "Contemporary development and Legal Techniques in the Settlement of Disputes", 11 RCADI, 180 (1983) pp. 169-235; Sir G. FITZMAURICE "The Problem of Non Appearing Defendant Government" BYBIL, Vol. 51 (1980) 89-120.

109. Voir l'affaire du MOX Plant (Irlande c. Royaume Uni), Mesures conservatoires, Ordonnance du 3 Décembre 2001, Recueil TIDM, 2001, p. 95, at p. 107, para. 60 ; "ARA Libertad" (Argentine c. Ghana), Mesures conservatoires, Ordonnance du 15 Décembre 2012, Recueil TIDM, 2012, p. 332, at p. 345, para. 71 ; "Arctic Sunrise" (Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie), Mesures conservatoires, Ordonnance du 22 Novembre 2013, Recueil TIDM, 2013 p. 230, at p. 248, para. 76.

Pour ces raisons, LE TRIBUNAL, prescrit, dans l'attente d'une décision du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII, la Fédération de Russie doit procéder immédiatement à la libération des navires militaires ukrainiens Berdyansk, Nikopol et Yani Kapu, et les remettre sous la garde de l'Ukraine.

i. L'affaire du navire « San Padre Pio »

Le 21 mai 2019, la Suisse a présenté au Tribunal une demande en prescription de mesures conservatoires (ci-après, la « demande ») au titre de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention dans le différend qui l'oppose au Nigéria concernant la saisie et l'immobilisation du « San Padre Pio » et de sa cargaison, et l'arrestation et la détention de son équipage. L'affaire a été inscrite au rôle du Tribunal en tant qu'affaire No. 27 et intitulée Affaire du navire « San Padre Pio».

Au paragraphe 45 de l'exposé des conclusions, la Suisse prie le tribunal arbitral devant être constitué au titre de l'annexe VII de la Convention (ci-après, le « tribunal arbitral prévu à l'annexe VII ») de dire et juger que :

a) Le Nigéria a enfreint de la manière suivante les droits que la Suisse détient de la Convention :

I. en interceptant, en saisissant et en immobilisant le « San Padre Pio » sans le consentement de la Suisse, le Nigéria a enfreint ses obligations envers la Suisse concernant la liberté de navigation prévue à l'article 58, lu à la lumière de l'article 87 de la CNUDM ;

II. en interceptant le « San Padre Pio », en saisissant le navire et en arrêtant son équipage, en immobilisant le navire et sa cargaison, et en détenant son équipage sans le consentement de la Suisse, le Nigéria a enfreint ses obligations envers la Suisse concernant l'exercice de la juridiction exclusive de l'Etat du pavillon prévue à l'article 58, lu à la lumière de l'article 92 de la CNUDM ;

III. en saisissant le « San Padre Pio » et en arrêtant son équipage, en immobilisant le navire et sa cargaison, en détenant son équipage sans le consentement de la Suisse et en engageant des poursuites à leur encontre, le Nigéria a enfreint ses obligations envers la Suisse en tant que telle, dans l'exercice de son droit de demander réparation au nom des membres d'équipage et de toutes les personnes impliquées dans les opérations du navire, quelle que soit leur nationalité, au regard de leurs droits découlant du Pacte civil et politique et de la Convention du travail maritime, ainsi que du droit international coutumier.

b) Les violations susmentionnées de la CNDUM constituent des faits internationalement illicites engageant la responsabilité internationale du Nigéria.

c) Ces faits internationalement illicites ont des conséquences juridiques imposant au Nigéria de :

I. cesser immédiatement les faits internationalement illicites qui se poursuivent dans le temps ;

II. fournir à la Suisse les assurances et garanties voulues que tous les faits internationalement illicites visés à l'alinéa a) ci-dessus ne se reproduiront pas ;

III. fournir à la Suisse une réparation intégrale pour les préjudices causés par tous les faits internationalement illicites visés à l'alinéa a) ci-dessus.

Les faits à l'origine de la demande qui a été présentée au Tribunal peuvent se résumer comme suit. Le 23 janvier 2018, la marine nigérienne a intercepté et saisi le navire « San Padre Pio », un navire-citerne motorisé battant pavillon suisse, alors qu'il « procédait à l'un des multiples transferts de navire à navire (STS) de gasoil ». Le gasoil « était destiné à approvisionner le terminal d'Odudu », une installation pétrolière située dans la zone économique exclusive du Nigéria et exploitée par la société Total. D'après la Suisse, au moment de la saisie, le navire « se trouvait à environ 32 milles marins du point le plus proche de la côte nigérienne » et dans la zone économique exclusive du Nigéria. La Suisse ajoute que les transferts de navire à navire ont eu lieu « en dehors de toute zone de sécurité que le Nigéria aurait pu établir en application de la Convention [...] et loin de la zone de 200 mètres entourant les installations auxquelles le Nigéria prétend étendre ses lois civile et pénale. »

D'après le Nigéria, le navire militaire nigérien « Sagbama » a « rencontré le « San Padre Pio » au champ pétrolifère d'Odudu à environ 20 heures, la nuit du 22 janvier 2018, où il ravitaillait un navire. » Lorsque le « Sagbama » a demandé au « San Padre Pio » de lui présenter des « approbations réglementaires », celui-ci lui a remis le connaissance et

un certificat de la marine, « mais pas les autres permis nécessaires, à savoir le permis délivré par le Département des ressources pétrolières (« permis du DPR ») et le certificat délivré par l'Agence nigériane pour l'administration et la sécurité maritimes (« certificat de la NIMASA »). » Le rapport de la marine nigériane indique que « le navire ne pouvait justifier du paiement des droits d'importation de 3 % et des taxes dues au titre de la protection des mers et des installations offshores de réception du pétrole au moment de la saisie. » Le Nigéria déclare qu'« une enquête ultérieure a révélé que le certificat de la NIMASA avait été obtenu le 24 janvier 2018, soit après la saisie du « San Padre Pio ».

La Suisse et le Nigéria sont parties à la Convention, qu'ils ont respectivement ratifiée les 1er mai 2009 et 14 août 1986. Lors de la ratification de la Convention, la Suisse a fait la déclaration suivante au titre de l'article 287, paragraphe 1, de la Convention : « Le Tribunal international du droit de la mer est choisi comme seul organe compétent pour les litiges en matière de droit de la mer ». Le Nigéria n'a pas fait de déclaration au titre de l'article 287, paragraphe 1, de la Convention.

A cet égard, le Nigéria note que « le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII pourrait avoir compétence sur la troisième demande de la Suisse uniquement si le différend portait notamment sur "l'interprétation ou l'application de la Convention", et il affirme que

Le différend allégué [sur la troisième demande de la Suisse] ne porte pas sur l'interprétation ou l'application de la CNUDM, mais sur l'interprétation et l'application du Pacte civil et politique et de la Convention du travail maritime. Il échappe donc à la compétence du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII.

Le Nigéria ajoute que « l'article 56, paragraphe 2, ne confère pas au tribunal arbitral prévu à l'annexe VII compétence pour statuer sur les violations d'instruments autres que la CNUDM.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal considère qu'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits de la Suisse d'ici à la constitution et au fonctionnement du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII. En conséquence, il considère que l'urgence de la

situation impose la prescription de mesures conservatoires au titre de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention.

Le Tribunal est d'avis que l'article 290 de la Convention l'habilite à prescrire comme mesure conservatoire le dépôt d'une caution ou d'une autre garantie financière contre la libération du navire et des personnes détenues¹¹⁰.

Il fait observer, à cet égard, que la libération d'un navire contre le dépôt d'une caution est une possibilité prévue par une « procédure administrative » au Nigéria, comme le conseil du Nigéria l'a indiqué durant les audiences en réponse à une question du Tribunal.

110. Voir TM NDIAYE, "Non-Appearance Before the International Tribunal for the Law of the Sea" op. cit. (Note 108)

CONCLUSION

La nature et le régime juridique applicable de l'utilisation de l'annexe VII de la procédure arbitral du TIDM doivent être examinés avec beaucoup de prudence. Le Tribunal semble adopter la même posture dans l'affaire N°27 « MT SAN PADRE PIO » (La Suisse c. Nigeria) que dans l'affaire du « ARTIC SUNRISE », à savoir le dépôt d'une caution ou autre garantie financière raisonnable.

Les procédures de prompt mainlevée et celles des mesures conservatoires sont deux procédures distinctes régies les articles 292 et 290 de la Convention. Le Nigeria indique dans l'affaire N°27 :

*« il y a lieu de noter que celle-ci n'est pas une affaire de prompt mainlevée et par conséquent, l'Etat n'est pas dans l'obligation de libérer le navire ainsi que l'équipage »*¹¹¹

La procédure de prompt mainlevée vient d'être décrite et la Convention prévoit la prompt mainlevée du navire ou de l'équipage après dépôt d'une caution ou d'une autre garantie financière.

C'est une procédure obligatoire et conforme à la Convention. L'emprisonnement ou les châtiments corporels sont interdits en tant que sanction pour infraction de pêche (article 73, paragraphe 3).

Par conséquent, le Tribunal doit faire preuve de prudence dans le traitement des deux procédures urgentes différentes¹¹².

111. TIDM/PV.19/C.27/2 P.32, lignes 44-46. Voir aussi opinions dissidents des juges du TIDM J. KATEKA, A. LUCKY, B. BOUGUETAIA et Z. GAO.

112. Edward Arthur LAING "ITLOS Procedures and Practices: Bonds". Centre for Oceans Law and Policy, University of Virginia school of law "Current Marine Environmental Issues and the International Tribunal for the Law of the sea" Martinus Nijhoff Publishers, New York, 2001, pp. 113-123.

The Maritime Delimitation: Principles and Configurations

Tafsir Malick NDIAYE Judge of the International Tribunal for the Law of the Sea, Hamburg, Canada. *Corresponding Author: Tafsir Malick NDIAYE, Judge of the International Tribunal for the Law of the Sea, Hamburg, Germany

ABSTRACT Articles of UNCLOS relate respectively to the delimitation of the territorial sea, the EEZ and the continental shelf. They are completed by the States and the International Courts and Tribunals. UNCLOS, Delimitation Customary Law Awards

Keywords: UNCLOS; Delimitation; Customary Law; International Courts and Tribunals; Relevant coast; Relevant Maritime Zone; Maritime Boundary; Provisional equidistance line, Relevant circumstances; Unilateral delimitation; Bilateral delimitation; Delineation; judgement; Awards.

INTRODUCTION

The Third United Nations Conference on the Law of the Sea (UNCLOS) held unprecedented talks and gathering of nations, to define the maritime spaces between different categories of countries¹ The United Nations Convention on the Law of the Sea opened at its signature on the 10th of December 1982² at Montego Bay, Jamaica. It came, along with the final act of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea - approved and signed by the participants - as an official explanation of the talks that led to the adoption of the Convention (1973 - 1982) as well as the adoption by the Conference of four resolutions.

This is a result of fourteen years of hard work, with the participation of more than one hundred and fifty representatives from all over the world, of all judicial systems, rich and poor, coastal States, archipelagic States, the islands, the land locked States and those known as geographically disadvantaged in terms of oceanic space. These States gathered to draw out and establish a complete judicial system that could encompass all the aspects of the law of the sea, stressing that the problems that face maritime boundaries are closely related to one another and should be contemplated as a whole³. This process started in 1967, when the concept of Common Heritage of Mankind was discussed in the General Assembly of the United Nations regarding the preservation of the seabed and its pacific use⁴.

As René Jean Dupuy explains, although it is not always easy to draw the general rules in a social area with conflicting interests, the difficulties are more and more numerous and all the more complex when it comes to the heritage sharing. The discussions are more about spaces limits than principles. Hence, it is just to hide their interest or justify their appropriations. The freedom of the sea, like a wounded cetacean, is bound to wander at large⁵.

1 R.J. Dupuy, "L'Océan partage", Pedone 1979, pp.1.

2. UN Convention in the Law of the Sea, Entry into force: 16 November 1994

3. Ibid. Preamble

4. B. Zuleta UN Convention on the Law of the Sea, United Nations (1983), pp XX-XXIV.

5. R.J Dupuy, L Ocean Partage, p.1.

State-Parties to the Convention have pointed out that new facts occurred since the United Nations Conferences on the Law of the Sea, held in Geneva in 1958 and 1960, have stressed the need for a new generally acceptable Convention on the law of the sea⁶. With the gaining or rather the recovering of independence of States, the wind of upheaval has blown the seas. The Convention, which deals with all the aspects of the law of the sea, acts as a « Constitution of the Oceans»⁷. It came into force twenty-four years ago⁸ and has 168 Member-States today. The very few States, like the United States of America, that have yet to adhere to the Convention, view it, nevertheless, as the backbone of applicable law.

As the Ambassador Tommy KOH, President of the third United Nations Conference on the Law of the Sea, states:

“my dream that the Convention will become the « Constitution » of the world's oceans has come to pass. It is the constitution of the oceans because it treats the oceans in a holistic manner. It seeks to govern all aspects of the resources and uses of the oceans. In its 320 articles, and 9 annexes, as supplemented by the 1994 General Assembly Resolution 48/362 relating to Part XI of the Convention and the 1995 Agreement relating to the conservation and management of straddling fish stocks and highly migratory fish stocks, the Convention is both comprehensive and authoritative”⁹

Indeed, UNCLOS is at the core of the ruling mechanism relating to the sea and its original aspects. The profound institutionalization makes the cooperation between Member-States compulsory. The institutions, such as the RFMO, are diverse and their rules very asserted. The Convention has also put the law of the sea under the jurisdiction of international Courts and Tribunals, defining an unprecedented system of

6. See preamble UNCLOS

7. In the words of Ambassador Tommy Koh (Singapore), President of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, who said in his speech at the closing session of the Montego Bay Conference on 11 December 1982 that: "the question is whether or not we have the right to a fair trial. My answer is in the affirmative," in the Law of the Sea, op. Cit., (Note 2), "A constitution for the Oceans", Remarks by T. Koh, pp. XXXIII-XXXVII.

8. UNCLOS entered into force on 16 November 1994.

9. Tommy Koh "UNCLOS at 30: Some Reflections", chapter 8, of L. del Castillo (ed.), Law of the Sea, From the Grove to the International Tribunal for the law of the Sea, *liber Amicorum Judge Hugo Caminos*, Brill / Nijhoff, 2015, p. 107

disputes settlement, such as the delimitation of maritime boundaries between States¹⁰.

The treaty law that gradually evolved, thanks to the codification conferences and delimitation by bilateral agreements, acts as an important source of the law of delimitation. The works of the United Nations International Law Commission have produced the provisions of the 1958 Geneva Convention, relating to the delimitation of the territorial sea and the Continental shelf. The Third United Nations Conference on the Law of the Sea has spawned UNCLOS.

UNCLOS contains provisions related to the delimitation of the territorial sea, the continental shelf and the exclusive economic zone¹¹ Nevertheless; the delimitation dispute shows that these provisions do not hold the expected prominent role¹². Furthermore, the delimitation by bilateral agreements have generated a quite indigent activity to enforce itself through customary handlings. It appears that the fundamental role in formulating the judicial rules and principles, governing the law of maritime delimitation lies with the international courts and tribunal¹³. The oceans are a human working space of great importance as well as a pool of biological and non-biological resources. That is the reason why

10. See, TafsirMalickNdiaye "The Judge, Maritime Delimitation and the Gray Areas", Indian Journal of International Law, Springer 2016, DOI 10.1007 / s40901-016-0027-2, pp. 1-41, spec. P.2.

11. Ibid.

12. It should be recalled that in the North Sea Continental Shelf cases the International Court of Justice had refused to consider in Article 6 of the 1958 Geneva Convention on the Continental Shelf a rule of customary character. It had then to endeavour to define the legal principles which should govern the delimitation of the continental shelf between two States; See the North Sea Continental Shelf Case (Republic of Federal Republic of Germany v. Denmark) and (Federal Republic of Germany v. The Netherlands), judgment of 20 February 1969, ICJ 1969, p. 1 in the case of the Maritime Delimitation in the region between Greenland and Jan Mayen, the Court will have a more decided attitude: "Thus, for the delimitation of the continental shelf ... even if it were Article 6 of the 1958 Convention, but the customary law of the continental shelf as developed in the jurisprudence ...", Maritime delimitation case in the area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway), judgment of 14 June 1993, ICJ 1993, 38, paragraph 51; There is a perception that conventional law was thus thrown out of the law of maritime delimitation.

13. Indeed, the delimitation has generated more cases than any other subject of international law, whether at The Hague Court, the Arbitral Courts or the UN CLOS Annex VII tribunals

UNCLOS gives a major role to individual actors formally subject of international law¹⁴ as in the prompt release procedures or the activities in the area. Although the Convention is at the core of the normative mechanism, one must reckon that the instruments at disposal are numerous in regards to the law of the sea, given the dozens of texts¹⁵.

That is to say, the sources of the law of the sea are prolific¹⁶. First, we have international treaties within the meaning of the 1969 Vienna Convention. Since the conclusion of the four Geneva Conventions, the law of the sea has been marked multilateral treaties among which is the UNCLOS, which encompass both codification and progressive aspects¹⁷

14. The International Tribunal for the Law of the Sea has experienced nine cases of prompt release under article Z92 of UNCLOS. These are: Case No. 2 "Saiga" (No. 2); Case No. S "Camouco"; Case N) 6 "Monteconfurco"; Case No. 8 "Grand Prince"; Case No. 11 "Volga"; Case No. 13 "Juno Trader"; Case No. 14 "Hoshinmaru"; Case IS "Tomimaru" and Case No. 19 "Virginia G"; See the Tribunal's website www.itlos.org. Similarly, the Seabed Disputes Chamber has received a request for an advisory opinion, Case No. 17 "Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities in the framework of activities in the Area".

15. See A.V. Lowe and S.A.G. Talmon, *Basic documents on the Law of the Sea*, The Hart Publishing, Oxford and Portland, 2009, 1012 p., The authors explain in that: "One of the most striking characteristics of the Law of the Sea is the richness of its documentary sources. Its framework treaty, the monumental 1982 UN Convention on the Law of the Sea, is truly a framework (and one with many significant gaps) which holds together an extensive network of treaties, standards and other measures. Fertile mulch of state practice and case-law. By no means all of this material is readily available ... "Editor's Preface, p. XIII.

16. On historical aspects, see L. del Castillo (ed.), *Op. Cit.* [Note 9], p. 9-106; B. Zuleta *op. Cit.* [Note 4], p. XX; Donald R. Rotherwell and Tim Stephens, *International Law of the Sea*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010, pp. 1-29. G. Gidel, *The International Public Law of the Sea*, Chateauroux, Mellotée, 1932, Tome 1.

17. In his closing address to the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Ambassador Tommy Koh's Chairman, Ambassador Tommy Koh, explained: "The third topic.....The argument that, except for Part XI, the Convention is unacceptable and legally insupportable. The regime of transit through the straits used for international navigation and the regime of archipelagic sea lanes are two examples of the many new concepts in the Convention. Even in the case of article 76 on the continental shelf, the article contains new law in which it has expanded the concept of continental shelf to include the continental slope and the continental rise. (...)", T.Koh, *op. cit.* (Note 2), p. xxxv. ; The fact remains that UNCLOS is a Codification Convention on Conventional Questions of the Law of the Sea, in which it incorporates the Geneva Conventions. Indeed, UNCLOS "n'efface pas nombre de règles coutumières classiques dont elle précise les modalités d'application, et qui subsistent parallèlement", I. Savadogo, « Les navires battent pavillon d'une organisation internationale », L. Savadogo, "Ships flying the flag of an international organization" AFDI, 2007, p. 646

The Convention is a series of multilateral treaties which sometimes fill in its gaps and implement them in specific. Specialized or regional areas. We have what we call "the Judgements relating to the implementation of the UNCLOS" whose headings are enough to understand the purpose. Convention on Conventional Questions of the Law of the Sea, in which it incorporates the Geneva Conventions. Indeed, UNCLOS, on the one hand the 'Agreement on the application of Part XI of the United Nations convention on the Law of the Sea of 10 December 1982, adopted on 28 July 1994 "and the" United Nations Convention of 10 December 1982 on the conservation and management of fish stocks moving both within and beyond exclusive economic zone;(straddling stocks) and highly migratory fish stocks, adopted on 4 August 1995 ", on the other hand. The 1994 agreement amends UNCLOS to which it becomes an integral part and provides that:

"The provisions of this Agreement and of Part XI shall be interpreted and applied together as a single instrument. In the event of any inconsistency between this Agreement and Part XI, the provisions of this Agreement shall prevail¹⁸. "

With the other mandate of the Fish Stock Agreement (FSA) was to supplement UNCLOS¹⁹ in order to ensure the conservation and management of these stocks under better conditions and to avoid their over-exploitation; UNCLOS on stocks have proved to be incomplete and have failed to ensure their sustainable use. They, rather, represent a general framework²⁰. They impose the States "with respect to their nationals measures for the conservation of the living resources of the high seas²¹" and the obligation to cooperate in the conservation and management of such resources²² these obligations appear rather soft and recall obligations of behaviour²³.

18. Agreement relating to the application of Part XI of the U NCLOS of 10 December 1982, Article 2 (1).

19. See Article 2 of the Agreement on straddling stocks of 4 August 1995.

20See document of DOALOS of the United Nations A.Conf.164 / I NF5. 2.1)

21. Article 117 of UNCLOS

22. Article 118 of UNCLOS

23. See, R. CasadoRaigon, "implementation of the provisions on high seas fisheries of the United Nations Conservation on the Law of the Sea", Maritime Spaces and Resources (ERM), 1994, No. 8, P.214.;

Therefore, when assessing the status of UNCLOS and its impact in the contemporary law of the sea, account should be taken of those agreements and the practice of States in the implementation of the Convention²⁴. In addition to these instruments, there are other specialized multilateral conventions dealing with various maritime activities within the framework of the International Maritime Organization (IMO)²⁵, fisheries (FAO) or underwater resources (UNESCO). Moreover, other agreement deals with the most diverse matter of the law of the sea. One can mention:

The United Nations Convention on the Conditions of Registration on of Ships of 7 February 1986²⁶; The Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against Maritime Navigation of 10 March 1988; The United Nations on the Arrest of Ships of 12 February 1999; The Abidjan Convention on Environmental Protection of 23 March 1981; the Oslo Operations Convention of February 1992 and the Barcelona Convention on the Protection of the Maritime Mediterranean Agreement of 10 June 1995²⁷.

Alongside these multilateral conventions, we have numerous bilateral conventions giving effect to the provisions of the Convention, in particular in the field of maritime delimitation.

Mr. Savini, "the regulation of fishing on the high seas by the General Assembly of the United Nations. About Resolution 44/225 on Large Drift Gillnets ", AFDI 1990, p.777. 24. In particular national legislation giving effect to the provisions of UN CLOS as well as acts enacted by international and regional organizations

25. Among the important conventions adopted within the framework of IMO are the SOLAS Convention and its amending protocols; The MARPOL Convention {1973/1978}; The IMMARSAT Convention (1976) and the SAR Convention of 1979. See, G. Librando, "The IMO and the Law of the Sea", in D.J. Attard {General Editor}, the IMLI Manual on International Maritime Law, Vol. 1: The Law of the Sea, Oxford University Press, 2014, pp.577-605. For UNESCO, the Convention on the Underwater Cultural Heritage of 2001, see T. Scovazzi, "Protection of underwater cultural heritage: the UNCLOS and 2001 UNESCO Convention", IMLI Manual op. cit. Pp.443-461.; As for FAO, let us recall the 1993 Compliance Agreement and the 2009 Port State Measures. See Basic Documents op cit. [Note 15] Nos. 54 and 65.

26. This Convention is not yet in force.

27. See Basic Documents cited above [Note 15] for these various Conventions

By and large, many maritime boundaries in the world are not delimited. The total number of potential maritime boundaries is 420²⁸ and there are about 200 delimitation agreements to day²⁹. That is to say, that to law of maritime future.

Subsequently, the second important source is international customary law. By "asserting that matters not regulated by the Convention will continue to be governed by the rules and of international law³⁰", the Convention acknowledges the important role of law; born from its use and practice. It was intended to secure international navigation and gave rise to important notions that nowadays compose the legal system: internal waters; territorial sea; high seas, freedom of the seas; exclusive jurisdiction of the flag State; Historic bay, universal jurisdiction in the fight against piracy. This customary law was practiced until the middle of the twentieth century, when the codification of the law of the sea begun, which proved to be a creation work. Its importance is renewed:

"especially with respect to those areas of convention law which are not clearly articulated in the existing treaties or in areas where State practice may have extended the application of some of the treaty provisions³¹ in the treaties or in areas. The ICJ has recognize this phenomenon in many of these decisions³² and in particular those relating to maritime delimitation³³"

28. See, US Dept of State, Bureau of Oceans and International Environment and Scientific Affairs, Limits in the Seas, No. 108, 1st revision, Maritime Boundaries of the World, 1990, 2.

29. See the five volumes of JL Charney and LM Alexander, International Maritime Boundaries, The American Society of International Law, Nijhoff Publishers, 1993, 1998, 2002, 2007 and the three DOALOS volumes on "Maritime Delimitation Agreements», As well as volume 5 of Maritime Boundaries: World Boundaries, edited by Gerald H. Blake, Routledge, 2002.

30. Preamble of U N CLOS dated 10 December 1982.

31. Ibid

32. See, for example, the delimitation of the maritime boundary in the Gulf of Maine region (Canada / United States), Rec ICJ 1984, p. 246, §§ 79-96; Case concerning the Continental Shelf Libya / Malta, Rec. ICJ. 1985, p. 13, §§ 26-34.

33See Tafsir Malick Ndiaye, "The J udge, maritime delimitation and the Grey areas" op. Cit [Note 9]. See also, Continental Shelf Affairs in the North Sea, (FRG / Danmark) and (FRG / Netherlands), Rec ICJ 1969, p. See also, Dispute concerning the delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Gulf of Bengal (Bangladesh / Myanmar) before the international Tribunal for the Law of the Sea, Judgment of 14 March 2012, and paragraph 183

The importance of international customary law and its relationship with UNCLOS are recalled in the most diverse legal instruments³⁴ and this synchronous relationship of the two sources, in a rapidly changing law such as the law of the sea, is of prime importance. Then, we have the jurisprudence and the doctrine as other important sources of the law of the sea³⁵.

As E. Jouannet states

« Comment ne pas souligner...l'apport de la CIJ dans la consolidation des règles coutumières sur le droit de la mer, de même qu'inversement dans le rejet de certains principes du domaine de la coutume ? L'ensemble de ses arrêts consacrés à ces questions en est une parfaite illustration³⁶».

It appears that the fundamental role in the formulation of the legal rules and principles governing the law of maritime delimitation lies with international Courts and Tribunals- which define and specify them - rather than the States practice. With regard to the doctrine. Its role although sometimes discussed has never been undermined in the field of the law of the sea.

With maritime delimitation, international law has been enriched with a new chapter that has developed rapidly in proportion with the related challenges and expectations. The delimitation of maritime areas between neighbours is of vital importance in that it provides for stable and long-lasting relations.

34. See, for example, the UNESCO Convention on the Underwater Cultural Heritage of 2001 (Article 3); The 1993 FAO Agreement on Compliance (Preamble); The FAO Code of Conduct for Responsible Fisheries of 1995 (Article 3.1), the International Plan of Action for 2001 IUU fishing (Article 10), or the FAO Port State against IUU fishing (Preamble).

35. See Tafsir Malick Ndiaye, "The Judge, maritime delimitation ..." op. Cit [Note 10], p. 2.

36. E. Jouannet, *Droit non écrit*, Denis Alland (dir.) *Droit International public*, Paris, PUF, 2000, Coll. *Droit fondamental*, p. 289

Many maritime boundaries in the world are, however, not delimited. The total number of potential maritime boundaries is 420³⁷, yet there are only about 200 boundary agreements to date. This implies that disputes relating to maritime delimitation have many days ahead of them. To settle such disputes, States shall have to negotiate among themselves or use available dispute resolution mechanisms. Customary law, developed progressively through conferences on codification and bilateral boundary agreements, and appears a priori as an important source for maritime boundary delimitation law. Proceedings of the UN International Law Commission led to the 1958 Geneva Conventions on the delimitation of the territorial sea and the continental shelf. The third United Nations Conference on the Law of the Sea gave rise to the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) of 10 December 1982. The latter provides for the delimitation of the territorial sea, the continental shelf and the economic exclusive zone. However³⁸, a review of maritime delimitation disputes reveals that these provisions hardly occupy the central place they are expected to. Moreover, bilateral boundary agreements have not produced adequate practice of the law to be able to impose itself as customary law. The fundamental role in the formulation of legal rules and principles that should govern the law on maritime delimitation therefore appears to be the responsibility of the International Court of Justice (ICJ) and arbitrary tribunals. The tribunals apply the delimitation rules as indicated by the Court while occasionally introducing some innovations, which are later adopted by the ICJ in a spirit of mutual benefit. It is worth noting at this point that the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) was first seized of a maritime delimitation case with the presentation of the case on the dispute regarding

37. The US Dept of State, Bureau of Oceans and International Environment and Scientific Affairs, *Limits in the Seas*, No: 108, 1st Rev (Maritime Boundaries of the World, 1990).

38. It may be recalled that in the *North Sea Continental Shelf (Germany v Denmark)* Merits, Judgment [1969] ICJ Rep 3, the ICJ refused to apply the provisions of Article 6 of the 1958 Geneva Convention on the continental shelf as a rule of customary law. It hence focused on defining the legal principles that should govern the delimitation of the continental shelf between the two States. It nonetheless had a more marked attitude in the maritime delimitation case in the region located between Greenland and Jan Mayen (*Denmark v Norway*) [1993] ICJ Rep 61 [51]: 'For the delimitation of the continental shelf ... even if customary law on the continental shelf was to be applied instead of Article 6 of the 1958 Convention as developed in the jurisprudence'. There is the impression that customary law was hence ousted in favour of maritime delimitation law.

the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal on 14 December 2009³⁹.

The review commences with the presentation of the overall geographical setting; in other words, the maritime area within which delimitation should be determined; this area can be illustrated on a map⁴⁰. The judge may then recall the origin and evolution of the dispute, as indicated on the documents presented by the parties⁴¹, prior to addressing the applicable law.

It is developed out of international custom and treaties, for instance, the Conventions on the law of the sea concluded in Geneva (Geneva Conventions) on 29 April 1958 and the UNCLOS on 10 December 1982.

Articles 15, 74 and 83 of the UNCLOS relate, respectively, to the delimitation of the territorial sea, the EEZ and the continental shelf⁴²

39. Proceedings instituted in the dispute concerning the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal, 1TLOS /Press 140 (16 December 2009).

40. See, for example, Maritime delimitation in the Black Sea (Romania v Ukraine) Judgment [2009] ICJ Rep 69.

41. See, Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea and Guinea-Bissau, 19 RIAA 149196 (14 February 1985) [18, 24].

42. Article 15 of the Convention stipulates: Where the coasts of two States are opposite or adjacent to each other, neither of the two States is entitled, failing agreement between them to the contrary, to extend its territorial sea beyond the median line every point of which is equidistant from the nearest points on the baselines from which the breadth of the territorial seas of each of the two States is measured. The above provision does not apply, however, where it is necessary by reason of historic title or other special circumstances to delimit the territorial seas of the two States in a way which is at variance therewith. Articles 74 and 83 of the Convention are similarly worded and provide that: (1) The delimitation of the exclusive economic zone [continental shelf] between States with opposite or adjacent coasts shall be effected by agreement on the basis of international law, as referred to in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, in order to achieve an equitable solution. (2) If no agreement can be reached within a reasonable period of time, the States concerned shall resort to the procedures provided for in Part XV. (3) Pending agreement as provided for in paragraph 1, the States concerned, in a spirit of understanding and cooperation, shall make every effort to enter into provisional arrangements of a practical nature and, during this transitional period, not to jeopardize or hamper the reaching of the final agreement. Such arrangements shall be without prejudice to the final delimitation. (4) Where there is an agreement in force between the States concerned, questions relating to the delimitation of the exclusive economic zone [continental shelf] shall be determined in accordance with the provisions of that agreement. The UNCLOS, 1833 UNTS 3 (1982).

The review of the jurisdiction clause, regardless of whether it is an arbitration clause or the application itself, allows the judge to determine the conditions of referral to the court and verifies if these were met at the time the documents instituting the proceedings were submitted, thereby authorizing the judge to be seized of the case.

Now we will deal with the principles (I) before contemplating the configurations (II).

PRINCIPLES OF DELIMITATION The Relevant Coasts Relevant coasts are crucial in the delimitation exercise. They are the basis of a State's entitlement to the areas to be delimited. As indicated by the ICJ, the title of a State to the continental shelf and to the EEZ is based on the principle that the land dominates the sea through the projection of the coasts or the coastal fronts⁴³. The land is the legal source of the power which a State may exercise over territorial extensions to seaward⁴⁴. Moreover, the coast of the territory of the State is the decisive factor for title to submarine areas adjacent to it⁴⁵. It is therefore important to determine the relevant coasts of each party to the case, which confer legal entitlement of the countries to the continental shelf and the EEZ, i.e., those whose projections overlap, because the purpose of delimitation is to resolve the issue of overlapping claims by drawing a line of separation

43. Maritime delimitation in the Black Sea, *supra* note 4, 89 [77].

44. North Sea Continental Shelf Case [1969] ICJ Rep 51 [96].

45. See the subject matter of delimitation disputes are indeed many: in the *Grisbadarna Case (Norway v Sweden)* [1909] 11 RAA 147 ff, the arbitral award of 14 March 1908 stipulates: 'Article 3: The Arbitral Tribunal shall decide whether the boundary line should be considered, either wholly or in part, as fixed by the Boundary Treaty of 1661 with the map annexed thereto, and in what manner the line thus established should be drawn; that in so far as the boundary line shall not be considered as fixed by that Treaty and map, the Tribunal shall determine the boundary line'; first, the outstanding dispute between the two Emirates of Dubai and Sharjah concerning the demarcation of the boundaries between them shall be referred to arbitration in the *Continental Shelf Case (Tunisia/Libya)* [1982] ICJ Rep 18 ff article one of the special agreement of 10 June 1977 stipulates: 'The Court is requested to render its judgement in the following matter: What principles and rules of international law may be applied for the delimitation of the area of the continental shelf appertaining to the Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya and to the area of the continental shelf appertaining to the Republic of Tunisia and the Court shall take its decision according to equitable principles and the relevant circumstances which characterize the area as well as the new accepted trends in the Third Conference on the Law of the Sea.'

between the maritime areas concerned.

As explained by the ICJ⁴⁶, the role of relevant coasts can have two different though closely related legal aspects in relation to the delimitation of the continental shelf and the EEZ. First, it is necessary to identify the relevant coasts in order to determine what constitutes in the specific context of a case the overlapping claims to these zones. Second, the relevant coasts need to be ascertained in order to check, in the third and final stage of the delimitation process, whether any disproportionality exists in the ratios of the coastal length of each State and the maritime areas falling either side of the delimitation line⁴⁷ Any part of the coast of one Party which, because of its geographic situation, cannot overlap with the extension of the coast of the other is to be excluded from further consideration by the Court⁴⁸. After ascertaining the relevant coasts of each party, the judge establishes the ratio between the lengths of the respective coasts of each State and then verifies if there is any disproportionality between the ratio of the lengths of the coasts of each party and that of maritime areas on either side of the delimitation line⁴⁹.

46. *Romania v Ukraine*, supra note 4, 89 [78]

47. *North Sea Continental Shelf Case*, supra note 8, 51 [96].

48. *Tunisia v Libya*, supra note 9, [1982] ICJ Rep 61 [75].

49. The ICJ has often faced difficulties to determine relevant coasts. In the *Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v Malta)* [1985] ICJ Rep [74] states: 'In the view of the Court, there is no reason of principle why the test of proportionality, more or less in the form in which it was used in the *Tunisia/ Libya* case, namely the identification of "relevant coasts", the identification of "relevant areas" of continental shelf, the calculation of the mathematical ratios of the lengths of the coasts and the areas of shelf attributed, and finally the comparison of such ratios, should not be employed to verify the equity of a delimitation between opposite coasts, just as well as between adjacent coasts. However, there may well in such a case be practical difficulties which render it inappropriate in that form. These difficulties are particularly evident in the present case where, in the first place, the geographical context is such that the identification of the relevant coasts and the relevant areas is so much at large that virtually any variant could be chosen, leading to widely different results, and in the second place the area to which the judgment will in fact apply is limited by reason of the existence of claims of third States, To apply the proportionality test simply to the areas within these limits would be unrealistic; However, the primacy of coastal geography in terms of delimitation is settled jurisprudence: 'It is ... necessary to examine closely the geographical configuration of the coastlines of the countries whose continental shelves are to be delimited' *North Sea Case*, supra note 1, [1969] ICJ Rep [96]; '...the method of delimitation which it adopts for the Atlantic region must be one that has relation to the coasts of the Parties actually abutting on the continental shelf of that region "The coast of each of the Parties s ... constitutes the starting line from which one has to set out in order to ascertain how far the submarine areas appertaining to each of them extend in a seaward direction,

The Relevant Maritime Zone Seaward projections of relevant coasts of the coastal State and the encroachment effect of these projections on those at sea of the other coastal State determine maritime delimitation. This means therefore that the delimitation exercise only takes into account coasts that generate overlapping titles. It is for this reason that the utility of the notion of relevant maritime zone is often challenged. The ICJ⁵⁰ sought to justify the use of this notion. It observed that the legal concept of the "relevant area" has to be taken into account as part of the methodology of maritime delimitation.

In the first place, depending on the configuration of the relevant coasts in the general geographical context and the methods for the construction of their seaward projections, the relevant area may include certain maritime spaces and exclude others which are not germane to the case in hand. Secondly, the relevant area is pertinent to checking disproportionality.

This will be done as the final phase of the methodology. The purpose of delimitation is not to apportion equal shares of the area or indeed proportional shares.

The Court further observes that⁵¹ for the purposes of this final exercise in the delimitation process the calculation of the relevant area does not purport to be precise and is approximate.

as well as in relation to neighbouring States situated either in an adjacent or opposite position,' Tunisia v. Libya, supra note 9, [1982] ICJ Rep [74]; 'The delimitation line to be drawn in a given area will depend upon the coastal configuration,' Gulf of Maine case. In the case concerning the Gulf of Maine area (Canada v United States of America) [1984] ICJ Rep 246 ff, the special agreement of 29 March 1979 stipulates in its article 2: The Chamber is requested to decide, in accordance with the principles and rules of international law applicable in the matter as between the Parties, the following question: What is the course of the single maritime boundary that divides the continental shelf and fisheries zones of Canada and the United States of America I.. .]. 2) The Chamber is requested to describe the course of the maritime boundary in terms of geodetic lines connecting geographic coordinates of points. The Chamber is also requested for illustrative purposes only to depict the course of the boundary on ... chart ... [1984] ICI Rep [205].

50. Romania v Ukraine, supra note 4, 99 [110].

51. Ibid [111].

The object of delimitation is to achieve a delimitation that is equitable, not an equal apportionment of maritime areas⁵².

The relevant maritime zone covers the entire area of coastal extensions of litigating States. These projections may overlap those of third-party States⁵³.

After establishing the relevant maritime zone, the judge will then proceed with the maritime delimitation requested by the litigating parties.

To this end, he shall make use of the applicable rules on delimitation that emerge from the jurisprudence in the absence of rules in the UNCLOS.

Delimitation of the Maritime Boundary It is outlined by the ICJ⁵⁴ in the Case Concerning the Continental shelf (Libya /Malta) in which it states: 'In applying the equitable principles thus elicited, within the limits defined above, and in the light of the relevant circumstances, the Court intends to proceed by stages; thus, it will first make a provisional delimitation by using a criterion and a method both of which are clearly des-

52.Germany v Denmark, supra note 2, 21-22 [18], the Court states: '[...].1 having regard both to the language of the Special Agreements and to more general considerations of law relating to the regime of the continental shelf, its task in the present proceedings relates essentially to the delimitation and not the apportionment of the areas concerned, or their division into converging sectors. Delimitation is a process which involves establishing the boundaries of an area already, in principle, appertaining to the coastal State and not the determination de novo of such an area. Delimitation in an equitable manner is one thing, but not the same thing as awarding a just and equitable share of a previously undelimited area, even though in a number of cases the results may be comparable, or even identical.' In the delimitation case (Greenland v Jan Mayen), supra note 2, [64], the Court states: '[...] Thus the law does not require a delimitation based upon an endeavour to share out an area of overlap on the basis of comparative figures for the length of the coastal fronts and the areas generated by them. The task of a tribunal is to define the boundary line between the areas under the maritime jurisdiction of two States; the sharing-out of the area is therefore the consequence of the delimitation, not vice versa.'

53. Romania v Ukraine, supra note 4, 100 [112], the Court notes that the delimitation will occur within the enclosed Black Sea, with Romania being both adjacent to, and opposite Ukraine, and with Bulgaria and Turkey lying to the south. It will stay north of any area where third-party interests could become involved.

54.Libya v Malta, supra note 13, 46 [60]

tined to play an important role in producing the final result; it will then examine this provisional solution in the light of the requirements derived from other criteria, which may call for a correction of this initial result.”

The provisional delimitation line is determined, using methods that are geometrically objective and also appropriate for the geography of the area in which the delimitation is to take place. So far as delimitation between adjacent coasts is concerned, an equidistance line will be drawn unless there are compelling reasons that make this unfeasible in the particular case⁵⁵. So far as opposite coasts are concerned, the provisional delimitation line will consist of a median line between the two coasts.

No legal consequences flow from the use of the terms "median line" and "equidistance line" since the method of delimitation is the same for both⁵⁶.

Equidistance and median lines are to be constructed from the most appropriate points on the coasts of the two States concerned, with particular attention being paid to those protuberant coastal points situated nearest to the area to be delimited.

The Court considers therefore the extent to which the Court may, when constructing a single-purpose delimitation line, deviate from the base points selected by the Parties for their territorial seas. When construction of a provisional equidistance line between adjacent States is called for, the Court will have in mind considerations relating to both Parties' coastlines when choosing its own base points for this purpose.

The line thus adopted is heavily dependent on the physical geography and the most seaward points of the two coasts. In keeping with its settled jurisprudence on maritime delimitation, the first stage of the Court's approach is to establish the provisional equidistance line. At this

⁵⁵Case Concerning the Territorial and Maritime Dispute in the Caribbean Sea (Nicaragua v Honduras), [2007] ICJ Rep 745 [281], it is stated: '... the Court finds itself within the exception provided for in Article 15 of UNCLOS, namely facing special circumstances in which it cannot apply the equidistance principle. At the same time equidistance remains the general rule.'

⁵⁶This is stated by the ICJ in the aforementioned Black Sea Case, *supra* note 4, 101[116]

stage, the judge pays no heed to any relevant circumstances, and the line is drawn in accordance with strictly geometric criteria on the basis of objective data⁵⁷. Based on the coastal configuration of litigating States, the provisional line may vary: an equidistance line between adjacent coasts and a median line between opposite coasts, for example. Given that the course of the final line should result in an equitable solution⁵⁸, the Court will at the second stage consider whether there are factors calling for the adjustment or shifting of the provisional equidistance line in order to achieve an equitable result⁵⁹. This is the second part of the delimitation exercise to which the Court will turn, having first established the provisional equidistance line.

In the third stage, the Court will verify that the line does not, as it stands, lead to an inequitable result by reason of any marked disproportion between the ratio of the respective coastal lengths and the ratio between the relevant maritime areas of each State by reference to the delimitation line. A final check for an equitable outcome entails a confirmation that no great disproportionality of maritime areas is evident by comparison to the ratio of coastal lengths⁶⁰.

57. *Ibid* 101 [118]

58. In compliance with the first paragraphs of Articles 74 and 83 of the UNCLOS.

59. *Case Concerning the Land and Maritime Boundary (Cameroon and Nigeria, Equatorial Guinea intervening)* [2002] ICJ Rep <<<http://www.icjci.org/docket/files/94/7453.pdf>>>. On 29 March 1994, the Government of Cameroon filed an application in the Registry of the ICJ in which it observed that 'delimitation [of the maritime boundary between the two States] has remained a partial one and, despite many attempts to complete it, the two parties have been unable to do so.' It consequently requested the court, 'In order to avoid further incidents between the two countries, [...] to determine the course of the maritime boundary between the two States beyond the line fixed in 1975.' In the *Case between Cameroon and Nigeria*, the ICJ states in [288]: 'The Court has on various occasions made it clear what the applicable criteria, principles and rules of delimitation are when a line covering several zones of coincident jurisdictions is to be determined. They are expressed in the so-called equitable principles/relevant circumstances method. This method, which is very similar to the equidistance/special circumstances method applicable in delimitation of the territorial sea, involves first drawing an equidistance line, then considering whether there are factors calling for the adjustment or shifting of that line in order to achieve an "equitable result."' See also the aforementioned case *Nicaragua v Honduras*, *supra* note 19, 741

60. *Romania v Ukraine*, *supra* note 4, 103 [122]: 'This is not to suggest that these respective areas should be proportionate to coastal lengths: as the Court has said "the sharing out of the area is therefore, the consequence of the delimitation, not vice versa". *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v Norway)*, Judgment, [1993] ICJ Rep 67 [64]

The Provisional Equidistance Line This includes two key stages: selection of base points and consequently the construction of the line itself. The geography of the area to be delimited plays an important role in the selection of base points. The judge will therefore always describe the general geographical context when called upon to carry out maritime delimitation.

In the case of the Black Sea delimitation, the Court had to indicate the conclusions drawn from the fact that the dispute related to both adjacent and opposite coasts. The Court will identify the appropriate points on the Parties' relevant coast or coasts which mark a significant change in the direction of the coast, in such a way that the geometrical figure formed by the line connecting all these points reflects the general direction of the coastlines. The points thus selected on each coast will have an effect on the provisional equidistance line that takes due account of the geography⁶¹.

According to the Court⁶²,²⁶ the geography shows that the capacity of the coasts to generate overlapping titles indicates the existence of two areas: in one case, the coasts are adjacent; in the other, they are opposite. In practice, the first conclusion which the Court draws from this is that, on the Romanian coast, the significant base points from which the equidistance line and the median line must be established are the same, since this coast is both adjacent and opposite to the Ukrainian coast. The second conclusion is that, as the Ukrainian coast consists of two portions one adjacent to the Romanian coast, the other opposite to it-the base points to take into account must be defined separately, according to whether the adjacent or opposite portion is concerned. The third conclusion

is the identification of a turning-point on the equidistance line where the effects of adjacency give way to those of the coasts on the opposite side, resulting in a change in the direction of the line. Lastly, the Court will need to consider the relevance or otherwise of Serpents' Island in terms of the choice of base points.

61. Ibid, 105 [127]

62. Ibid [128]

After describing the views of the parties on base points to be taken into consideration in order to draw the provisional equidistance line between adjacent coasts of the two parties, the Court examined the question of whether the base points to be used could be the same as those selected by each State to determine the outer limit of its territorial sea. In this respect, the Court observed⁶³ that the geometrical nature of the first stage of the delimitation exercise leads it to use as base points those which the geography of the coast identifies as a physical reality at the time of the delimitation. That geographical reality covers not only the physical elements produced by geodynamics and the movements of the sea, but also any other material factors that are present. The Court upholds the dual principle of baselines and base points.

It appears that the base points and baselines for the purpose of delimitation are independent of those that serve to measure the breadth of the territorial sea and other maritime jurisdictions. The Court⁶⁴ observes that the issue of determining the baseline for the purpose of measuring the breadth of the continental shelf and the EEZ and the issue of identifying base points for drawing an equidistance / median line for the purpose of delimiting the continental shelf and the EEZ between adjacent/opposite States are two different issues.

In the first case, the coastal State may determine the relevant base points in compliance with provisions of the UNCLOS⁶⁵. This is, however, an exercise that always has a point of international relevance⁶⁶.

In the second case relating to the delimitation of maritime zones between two States or more, the Court cannot rely on the selection of base points by one of the parties. When called upon to delimit the continental shelf and EEZ, the Court shall use base points in reference to the physical geography of relevant coasts.

⁶³Ibid [131].

⁶⁴Ibid [137].

⁶⁵These include articles 7, 9, 10, 12 and 15 of the UNCLOS.

⁶⁶Fisheries case (United Kingdom v Norway) [1952] ICJ Rep 116 [132].

After identifying the base points on the coastlines of the two parties, the Court will trace the provisional equidistance line based on those points, which will be identical to the provisional

median line. This line will be confronted with the relevant circumstances in order to achieve an equitable result.

The Relevant Circumstances

When the provisional equidistance line is drawn, the judge considers whether any factors calling for an adjustment or displacement of this line to achieve an equitable result⁶⁷.

These factors, considered as relevant circumstances⁶⁸, allow the judge to ensure that the provisional equidistance line that has been drawn based on the geometrical method from base points identified on the Parties' coastlines is not, in the light of the special circumstances, perceived as inequitable. If such was the case, the judge would adjust the line in order to reach an equitable solution⁶⁹.

Regarding applicable rules, the Court observes that the respective length of coasts can play no role in identifying the equidistance line which has been provisionally established. Delimitation is a function which is different from the apportionment of resources or areas⁷⁰. There is no principle of proportionality as such which bears on the initial establishment of the provisional equidistance line.

67. This principle was constructed over a long period from 1969 Case Concerning the North Sea Continental Shelf, Tunisia v Libya (1982), Case Concerning the Gulf of Maine (1984) and Libya v Malta (1985) with the (contd.) famous statement of principle of the Court: 'but in any event the baselines as determined by coastal States are not per se identical with the points chosen on a coast to make it possible to calculate the area of continental shelf appertaining to that State. In this case, the equitableness of an equidistance line depends on whether the precaution is taken of eliminating the disproportionate effect of certain "islets, rocks and minor coastal projections".' Libyan Arab Jamahiriya v Malta, supra note 13, 48 [64].

68. Cameroon v Nigeria, supra note 23, 441 [288]." North Sea Case, supra note 2, 53 [53]

69. As provided for in paragraph 1 of articles 74 and 83 of the UNCLOS

70North Sea Continental Shelf, supra note 2, 22 [18]

Where disparities in the lengths of coasts are particularly marked, the Court may choose to treat that fact of geography as a relevant circumstance that would require some adjustments to the provisional equidistance line to be made. The Court acknowledged that 'a substantial difference in the lengths of the parties' respective coastlines may be a factor to be taken into consideration in order to adjust or shift the provisional delimitation line⁷¹. The Court found that the disparity between the lengths of the coasts of Jan Mayen and Greenland (approximately 1:9) constituted a "special circumstance" requiring modification of the provisional median line, by moving it closer to the coast of Jan Mayen, to avoid inequitable results for both the continental shelf and the fisheries zone⁷².

In the Case Concerning the Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine area (Canada v. United States of America), the Court examining 'the equitable criteria that may be taken into consideration for an international maritime delimitation' stated:

The fact that to take into account the extent of the respective coasts of the Parties concerned does not in itself constitute either a criterion serving as a direct basis for a delimitation, or a method that can be used to implement such delimitation. The Chamber recognizes that this concept is put forward mainly as a means of checking whether a provisional delimitation established initially on the basis of other criteria,

71. Cameroon v Nigeria, supra note 23, 446 [301].

72. Maritime Delimitation (Greenland and Jan Mayen), supra note 16, the Court observed that 'it should however be made clear that taking account of the disparity of coastal lengths does not mean a direct and mathematical application of the relationship between the length of the coastal front of eastern Greenland and that of Jan Mayen,' [69]; In the Case between Libya and Malta, the Court observed: 'If such a use of proportionality were right, it is difficult indeed to see what room would be left for any other consideration; for it would be at once the principle of entitlement to continental shelf rights and also the method of putting that principle into operation. Its weakness as a basis of argument, however, is that the use of proportionality as a method in its own right is wanting of support in the practice of States, in the public expression of their views at (in particular) the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, or in the jurisprudence,' supra note 13, 45 [58]. In the same case, the Court considered that the difference between the lengths of the relevant coasts of Malta and Libya (1:8 ratio) was 'so great as to justify the adjustment of the median line' and that 'the degree of such adjustment does not depend upon a mathematical operation and remains to be examined'; *ibid.*, 50 [68].

and by the use of a method which has nothing to do with that concept, can or cannot be considered satisfactory in relation to certain geographical features of the specific case, and whether it is reasonable or otherwise to correct it accordingly. The Chamber's views on this subject may be summed up by observing that a maritime delimitation can certainly not be established by a direct division of the area in dispute proportional to the respective lengths of the coasts belonging to the parties in the relevant area, but it is equally certain that a substantial disproportion to the lengths of those coasts that resulted from a delimitation effected on a different basis would constitute a circumstance calling for an appropriate correction⁷³.

The question of special circumstances to be taken into consideration will be dealt with at a later stage by the Court. According to the Court⁷⁴, although there may be no legal limit to the considerations which States may take account of, this can hardly be true for a court applying equitable procedures. For a judge, although there is assuredly no exhaustive list of considerations, it is evident that only those that are pertinent to the institution of the continental shelf as it has developed within the law, and to the application of equitable principles to its delimitation, will qualify for inclusion. Otherwise, the legal concept of continental shelf could itself be fundamentally changed by the introduction of considerations strange to its nature.

In fact, the judge will only focus on circumstances relating to the legal title of the State on disputed maritime areas and which will allow him to draw a delimitation line that is acceptable and equitable for parties.

After taking into consideration, or not, one or more relevant circumstances likely to result in the adjustment or shifting of the provisional delimitation line, the judge will determine and draw what will become the final delimitation line. All that remains is to verify the absence of disproportionality for the judge to fully accomplish his task.

73. Case Concerning the Gulf of Maine, *supra* note 13, 323 [185]

74. Libya v Malta, *supra* note 13, [48].

Verification of the absence of Disproportionality

The judge will now turn to check that the result thus far arrived at, so far as the envisaged delimitation line is concerned, should not lead to any significant disproportionality by reference to the respective coastal lengths and the apportionment of areas that ensue. The ICJ⁷⁵ recommends the attitude to be adopted. Views contained in the judgment in the case concerning the delimitation of continental shelf between the United Kingdom and the French Republic are decisive⁷⁶. In examining the concepts of "proportionality" and "reasonable evaluation of natural features," the Tribunal stated: Particular configurations of the coast or individual geographical features may, under certain conditions, distort the course of the boundary, and thus affect the attribution of continental shelf to each State, which would otherwise be indicated by the general configuration of their coasts. The concept of "proportionality" merely expresses the criterion or factor by which it may be determined whether such a distortion results in an inequitable delimitation of the continental shelf as between the coastal States concerned. It is disproportion rather than any general principle of proportionality which is the relevant criterion or factor ... there can never be a question of completely refashioning nature ... it is rather a question of remedying the disproportionality and inequitable effects produced by particular geographical configurations or features ... Proportionality, therefore is to be used as a criterion or factor relevant in evaluating the equities of certain geographical situations, not as a general principle providing an independent source of rights to areas of continental shelf ... proportionality is not in itself a source of title [...], but is rather a criterion for evaluating the equities of certain geographical situations ... The element of proportionality ..., its role being rather that of a criterion to assess the distorting effects of particular geographical features and the extent of the resulting inequity⁷⁷.

75. North Sea Continental Shelf, *supra* note 2, [98]: "...to be taken account of [...] the element of a reasonable degree of proportionality which a delimitation effected according to equitable principles ought to bring about between the extent of the continental shelf appertaining to the States concerned and the lengths of their respective coastlines.

76. Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic, XVIII RIAA 189 and ff., [100, 101, 246, 250]; see also *Guinea v. Guinea-Bissau*, XIX RIAA 183-184 [94-95].

77. Black Sea Delimitation, *supra* note 4, 129 [212].

Checking the absence of disproportionality can only be approximate. Diverse techniques have in the past been used for assessing coastal lengths, with no clear requirements of international law having been shown as to whether the real coastline should be followed, or baselines used, or whether or not coasts relating to internal waters should be excluded⁷⁸; each maritime delimitation case is a "unicum"⁷⁹. After half a century, maritime delimitation has reached maturity with its three stages. The first stage, which is the starting point, consists of drawing a provisional equidistance line. The second stage consists of ensuring that this line produces an equitable result in which case the provisional line becomes final⁸⁰.⁴⁴ However, if the provisional equidistance line does not produce an equitable result, the judge shall adjust or shift this line based on the relevant circumstances of the case; this is the third and final stage. This three-stage paradigm will render great service to the judge in his search for a solution to the maritime delimitation dispute by offering stability and predictability. We shall now discuss what is referred to as

78. *Ibid.*, [213]

79. (1984) ICJ Rep 290(81)

80. In the Reply of the United States of America in the Case Concerning the Gulf of Maine, Mr. Colson explained: 'The final preliminary issue of geographical significance with which we will deal and then set aside is the matter of the so-called grey area. [...] Let us turn now to the four reasons we would give to suggest that the grey area is not a matter that should concern the Chamber in this case. First, the grey area issue has been known for some time and to our knowledge it has never deterred States from applying a method or methods other than the equidistance method when it was equitable to do so. Second, the three United Nations Law of the Sea Conferences have paid no heed to the grey area issue. Third, State practice has not been concerned with this issue. And, fourth, the Parties have provided a means for dealing with the issue in the Special Agreement. [...] Figure 109 of our presentation shows two charts—one of the Chile-Peru maritime boundary and the other of the Peru-Ecuador maritime boundary. [...] In the case of the boundary between Chile and Peru, the grey area created by the boundary measure approximately 7,800 square nautical miles. In the case of the boundary between Peru and Ecuador, it is smaller, measuring about 400 square nautical miles [...]. We would also point out that areas of various sizes exist worldwide, including such negotiated delimitations as those between Kenya-Tanzania, Colombia-Ecuador, The Gambia-Senegal, Guinea-Bissau-Senegal, the northern boundary between Portugal and Spain, and Brazil-Uruguay. Accordingly, the fact that a grey area would exist were the United States line or others through the Northeast Channel to prevail, is not an unusual circumstance such as to warrant the Chamber's concern. The grey area in this case, which would be created by the United States line, is approximately 5700 square nautical miles,' ICJ Oral Proceedings, Gulf of Maine Case (Canada/ United States of America), vol. VII, 217-220. Judgment was delivered on 12 October 1984 by the Chamber formed pursuant to the Court order of 20 January 1982. (Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, [1984] ICJ Rep 246)

the "Grey area", the "Alta mar" or the "Outer triangle".

THE CONFIGURATIONS

The Convention shared the oceans all the States of the world and allocating maritime spaces among the various categories of countries.

However, in implementation reveals that the rough edges are stubborn. The fundamental task for States to undertake, under the Convention is therefore to complete and finalise the process of delimitation of maritime areas in such a way as to have an effective of the method of allocation adopted by the Convention - the so-called zonal approach, which seeks to reconcile the demands of some with the interests of others - and to enable good governance of the seas and oceans. This zonal approach determines for each zone its spatial limits and the to it, that is to say the rights and obligations of the different of State. The areas in question are: the territorial sea; The Contiguous Zone; Archipelagic Waters; The Exclusive Economic Zone; The Continental Shelf; The High Seas; The International Seabed Area; Internal Waters; The Archaeological Zone and The Historic Bays. We have three different challenges here, first, tasks to be undertaken on the ground of the prescriptions of the UNCLOS. Second, outstanding tasks are made of problems which were not apparent when the Convention was negotiated. And Third, problems relating of fundamental changes of circumstances. This process relates to delimitation of maritime spaces between with adjacent coasts and the determination of the outer limit of the continental shelf beyond 200 nautical miles. This generates four forms of delimitation: unilateral delimitation (1), conventional delimitation (2), jurisdictional delimitation (3) and the determination of the outer limit of the continental shelf beyond 200 nautical miles or delineation (4).

The Unilateral Delimitation

The unilateral delimitation concerns the separation of the national territory from an international space. It applies to areas under the jurisdiction of the coastal State: international, territorial sea, continental shelf

and exclusive economic zone the delimitation of such areas is the exclusive competence of the coastal State. However, it still has an international aspect⁸¹the question of internal waters, which is absent from treaty law, deserves to be clarified. The same applies to criterion relating to the single dividing line⁸². In the maritime delimitation, coastline, baselines, islands, shoals and other geographic or geodetic factors play an important role⁸³.

These various factual data make it possible for the State to determine the spatial basis for the exercise of its jurisdiction over maritime areas⁸⁴.

81. As the ICJ states, "while it is true that the act of delimitation is necessarily a unilateral act because the riparian State alone has the capacity to do so, on the other hand, the validity of the delimitation with regard to States Thirds is a matter of international law ", Anglo-Norwegian Fisheries Affairs, Judgment of 18 December 1951, Rec.1951, p.132. This recalls the regime applicable to nationality. "It does not depend either on the law or on the decisions of a State to determine whether that State has the right to exercise its protection in the case in question", ICJ, *Nottebohm* second phase, 1955, p. 20, "because international law leaves it to each State to regulate the attribution of its own nationality". I bid. P.23, On the other hand, the internal validity of nationality is the first condition of its international validity. indeed, insofar as international law recognizes the exclusive competence of States in the determination of nationality, it subordinates to its own requirements its effectiveness in the international order. That is why the challenge by a State of an act of nationality does not invalidate it but makes it unenforceable. As Brownlie remarks, "Nationality is a problem, inter alia, of attribution, and regarded in this way resembles the law relating to territorial sovereignty. National law prescribes the extent of the territory of a state, but this prescription does not preclude a forum which is international law from deciding questions of title in its own way, using criteria of international law ", I. Brownlie, "The Relations of Nationality in Public International Law, BYBIL, 1963, p. 290-291.

82. Like the Comment Y. Tanaka referring to the 1958 and 1982 Conventions on the Law of the Sea, "These treaties contain no provision with regard to the delimitation of internal waters, Case of a bay with several riparians. In addition to this, the single maritime boundary, which would delimit the continental shelf and the EEZ / fishery zone (FZ) by one line, is at issue. Considering that the factors to be taken into account may be different for the seabed and superjacent waters, it seems possible that the delimitation line of a continental and an EEZ / FZ would differ as well". Y. Tanaka, *International Law of the Sea*, Second Edition, Cambridge University Press, 2015, p.198.

83. T.M. Ndiaye, "The Judge and the Maritime Delimitation: Instructions for Use", *Governing Ocean Resources, New Challenges and Emerging Regimes*, a tribute to judge Choon-Ho park, MartinusNijhoff Publishers, 2013, p. 139-161; Spec. P.145-147.

84. The ICJ states in the *North Sea Continental Shelf* case, para, 96: "... the principle that land dominates the sea is applied; It is therefore necessary to look closely at the geographical configuration of the coasts of the countries whose boundaries the Continental Shelf should be delimited.

Which means:” the legal link between the territorial of the State and its certain adjacent maritime areas is established through its coasts? The notion of adjacency as a function of distance rests entirely on that of the littoral and not on that of the land and mass⁸⁵ .

It appears that the determination of the relevant coast and its configuration (presence of islands, and other geographical factors) constitute a circumstance of particular importance in maritime delimitation. The entitlement of a State is based upon the areas to be delimited.

As indicated by the ICJ, the title of a State on the Continental and exclusive economic zone is based on the principle that land dominates the sea because of the projection of coastal facades⁸⁶.

Land is the legal source of the power that a State can exercise in maritime extensions⁸⁷. Besides, it is the coast of the territory of the State that determines the entitlement on the submarine areas bordering this coast⁸⁸. The role of the relevant coasts may have two distinct but related legal aspects in the context of the delimitation of the continental shelf and the exclusive economic zone. First, it is necessary to identify the relevant coast in order to determine, in the specific context of a case, the overlapping claims in those areas since the object of each delimitation is to resolve the problem of overlapping claims by drawing a divisive line of separation between the maritime spaces concerned.

Secondly, the relevant coasts should be identified for verification of any disproportion between the ratios of the coast lengths of each State

85. ICJ, *Libya v Malta*, judgment of 3 June 1985, paragraph 119 states: "The rights which a State may claim to have over the sea relate not to the extent of its territory behind its coasts, but with these coasts and with the way they border this territory. A State with a small area of land can claim to maritime territories much larger than a large State. It all depends on their respective sea frontages and how they present themselves".

86. See, case concerning the maritime delimitation in the Black Sea, (*Romania v, Ukraine*), Judgment of 3 February 2009, Rec, ICJ, 2009 para, 77, (S3)

87. ICJ, case concerning the Continental Shelf in the North Sea, rec. 1969, judgment of 20 February 1969, paragraph 51. (S4)

88. ICJ, *Continental Shelf case (Tunisia C Libya)* Judgment of 24 February 1982, paragraph 73, (55)

to that of the maritime spaces located on either side of the delimitation line⁸⁹. Proportionality is the criterion for verifying the fairness of delimitation. It looks at the length of the relevant coast or the composing elements of the area of the maritime zones to be allocated to each State⁹⁰.

As to the baselines, they are established in the Convention and make it possible to measure the breadth of the areas under national jurisdiction: territorial sea, contiguous zone, exclusive economic zone and continental shelf. Their route method and the "straight baselines" method.

According to article 5 of the Convention: "Unless otherwise provided for in the convention the normal base line from which the breadth of the territorial sea is measured, is the low water mark along the coast, as shown on the large-scale charts officially recognized by the coastal State⁹¹ " In the case of straight baselines⁹² their use implies the existence

89. See the case concerning delimitation in the Black Sea, op.dt [Note 50], paragraph 78, also T.M. NDIAYE op.cit [Note 49], p 149 (S6).

90. The International Court of Justice has sometimes found it difficult to determine the relevant coasts. In the case of *Libya v, Malta* states: «. in the opinion of the court, no principled reason precludes the use of the proportionality test in much the same way as in the case *Tunisia / Libya*, which consists of determining the "relevantcoasts", calculating the arithmetic ratios between the lengths of coast and the allocated areas and finally comparing these ratios in order to ensure the fairness of a delimitation between coasts Facing each other as well as between adjacent ribs. But in this case, some practical difficulties may well make the test inappropriate in this form, Thesedifficulties are particularly evident in the present case where, to begin with the geographical context, the margin of determination of relevant coasts and relevant areas is so wide that virtually any variant could be adopted, Then the area to which the judgment will in fact apply is limited by the existence of the claims of third States. It would be illusory to apply proportionality only to the areas within those limits; (...) ", Case of the Continental Shelf *Libya / Malta*, op. cit. (See footnote S above), para. 74. On the other hand, the primacy of coastal geography in terms of delimitation is a constant jurisprudence: "it is necessary to take a close look at the geographical configuration of the coasts of the countries whose continental shelf must be delimited", *Affi. Of the Continental Shelf in the North Sea*, op.cit. Paragraph 96; "The method of delimitation to be adopted must be in relation to the coasts of the parties actually bordering the continental shelf", Case of the Delimitation of the Continental Shelf {*United Kingdom, C. France*) 1977, RSA, Vol, XVIII, 130, 240; "A line of delimitation to be drawn in a given area is a function of the configuration of the coasts", a case concerning the delimitation of the maritime boundary in the Gulf of Maine region (*Canada C. United States of America*) 1984, Rec. ICJ 1984, p.246, para. 205.

of a indented and cut away coast or the presence of a string of Islands along the coast or in the immediate vicinity of the coast, The course of the lines must not deviate appreciably from the general direction of the coast, and the breadth of the sea below the straight lines must be sufficiently connected with terrestrial domain to be subjected to the regime of internal waters.

These straight baselines may not be drawn to or from low-tide elevations unless lighthouses or similar facilities have been constructed or the alignment of such straight baselines has gained International recognition.

Moreover, these lines cannot be drawn in such a 'Nay that the territorial sea of another State is cut off from the high seas or from an exclusive economic zone. Under Article 14 of the Convention the coastal State may, depending on the situation, establish baselines in accordance with one or more of the methods provided for in the preceding articles. It should also be noted that there is a need for advertising measures, in particular for straight baselines, their legal status and regime.

The challenge facing States is the impact of sealevel rise on the baselines, given that between 2000 and 2009 this level rose more than the previous, 5000 years⁹³.

91. Articles 5, 7, 9-11, 13-14 and 16 lay down the rules for the drawing of baselines for measuring the breadth of the territorial sea. Nevertheless, the lines specified in these provisions also make it possible to measure the width of the other spaces under the jurisdiction of the coastal State. The contrary provision referred to in Article 5 concerns: reefs, straight baselines, mouths of rivers, bays, harbours and shallow shoals.; See, Robin Churchill, "Coastal Waters," The IMLI Manual on International Maritime Law, Vol.1; The Law of the Sea, General Editor David J. Atard, Oxford University Press, 2014, pp. 1-25.

92. Article 7 of the Conventio

93. See J Attenhoffer, "Baselines and Base Points: How the Case Law Withstands Rising Sea Levels and Melting Ice" (2010) "Http://www.asil.org/losreports" (2014); D. Freestone and J. Pethick, "Sea Level Rise and Maritime Boundaries" in G.H. Blake (ed.), *Maritime Boundaries*, Routledge (1994), 73; In the case, "The Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between the People's Republic of Bangladesh and the Republic of India, award of 7 July 2014", the Tribunal said, paragraph 399: "The Tribunal will first address the instability of the coast Of the Raimangal and Haribhanga estuary It notes that the coast of Bangladesh is unstable. In coming to this conclusion, the Court is guided by the documented changes in the form and form of some formations in the Raimangal estuary South Talpatty / New Moore Island is one example. The Tribunal does not consider it necessary, however, to go into any detail on this issue since it

Conventional Delimitation: Bilateral Agreements

The delimitation of maritime spaces between neighbours is of great importance in that it confers stability and permanence in their mutual relations. It happens that many maritime borders in our world are not delimited. The total number of maritime borders is 420⁹⁴ and there are only about 200 delimitation agreements to day, most of which have come into force⁹⁵. This also means that the process has not been completed, especially since the existing delimitation agreements cover scarcely all maritime space. They relate mostly to the continental shelves and leave indeterminate the other spaces; hence the recent tendency to establish single divisive lines embracing areas under national jurisdiction. This is a major challenge in the years to come. The conventional delimitation derives from a prescription of the Convention, which provides that any delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf must be effected by agreement. Articles 15, 74 and 83 of UNCLOS deal respectively with the delimitation of the territorial sea, the exclusive economic zone and the delimitation of the continental shelf. Article 15 of UNCLOS provides: "When the coasts of two States are adjacent each other, neither of them shall be entitled, unless otherwise between them, to extend its territorial sea beyond the median line, all points of which are equidistant from the points nearest to the baseline from which the

does not consider this instability to be a circumstance that would justify the adjustment of the provisional equidistance line in the delimitation of the exclusive economic zone and continental Shelf. This Decision of the International Court of Justice in the Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (*Nicaragua v. Honduras*), Judgment, ICJ Reports 2007, p. 745, para. 281). That judgment considered the instability of a coast with respect to whether the establishment of base points was feasible. Moreover, as this Tribunal has emphasized in respect of the territorial sea (see paragraphs 214-219, 248 above), only the present geophysical conditions are of relevance. Natural evolution, uncertainty and lack of predictability as to the impact of climate change on the marine environment, especially the coastal front of States, make all predictions concerning the amount of coastal erosion or accretion unpredictable. Future changes of the coast, including the consequences of climate change, cannot be taken into account in adjusting a provisional equidistance line»

94. See, US Dept. of State, Bureau of Oceans and International Environment and Scientific Affairs, *Limits in the Seas*, No. 108; 1st revision, *Maritime Boundaries of the World*, 1990, 2.

95. The five volumes by J.L. Charney and L.M. Alexander, *International Maritime Boundaries*, The American Society of International Law, Nijhoff Publishers, 1993, 1998, 2002, 2007; And the four volumes published by DOALOS on "Maritime Delimitation Agreements", as well as volume S of *Maritime Boundaries: World Boundaries*, edited by Gerald H. Blake, Routledge, 2002. These books provide an insight into the state of interstate practice.

breadth of the territorial sea of each of the two States is measured ".

However, this provision shall not apply where, to the existence of historical titles or other special circumstances, it is necessary to delimit the territorial sea of the two State', otherwise. Articles 74 and 83 of UNCLOS have identical wording and provide:

- The delimitation of the economic zone the continental between State:

- Whose coasts are adjacent or facing each other shall be effected agreement in accordance with international law as referred to in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice in order to achieve at an equitable solution.

- If they do not reach an agreement within a reasonable time, the States concerned shall have recourse to the provided for in Part XV.

- Pending the conclusion of the agreement referred to in paragraph 1, the interested States, in a spirit of understanding and cooperation, shall endeavour to conclude provisional arrangement of a practical nature and not to jeopardize or obstruct during this transitional period, the conclusion of the final agreement. The provisional arrangements shall be without prejudice to the final delimitation.

- Where an agreement is in force between the interested States, questions relating to the delimitation of the economic zone (of the continental shelf) shall be settled in accordance with that agreement⁹⁶States practice relating to the delimitation of the EEZ and the continental shelf

⁹⁶With regard to the delimitation of the exclusive economic zone compared with that of the continental shelf, see: International Court of Justice: Continental Shelf case (Tunisia / Libya), Judgment of 24 February 1982; The case of maritime delimitation in the area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)), Judgment of 14 June 1993; Case concerning delimitation and territorial questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain) Judgment of 16 March 2001; Case concerning the land and sea boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria) Judgment of 10 October 2002; Dispute concerning the delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Gulf of Bengal (Bangladesh / Myanmar International Tribunal for the Law of the Sea, Case No. 16, Judgment of 14 March 2012

is disparate. The delimitation agreements provide very little information on the principles and methods States in their negotiation to establish the delimitation line adopted⁹⁷. This practice could not be imposed on the customary basis. Indeed, the examination of the disputes over maritime delimitations shows that conventional requirements hardly occupy the central place that one was entitled to expect from them. As one author notes: "In the drafting of these provisions, there was disagreement between the supporters of equidistance >> and the supporters of equitable principles.

The confrontation between the two groups was also linked to another difficult issue concerning peaceful settlement of disputes. Whilst the supporters of "equidistance" were, as part of the package, in favour of establishing a compulsory, system for the settlement of delimitation disputes, the supporters of "equitable principles" generally rejected the idea of compulsory judicial procedures"⁹⁸. It was on this basis that Articles 74 and 83 were designed as an escape route that can never aspire to be completeness. These provisions do not refer to a method of delimitation but merely states that delimitation must result in a fair result⁹⁹, and the evocation of the status of the ICJ is not a source of clarity. It is none the less true that the delimitation agreements are objective in nature, that is to say they are opposable erga omnes and in the case of succession of State, they are binding to the successor at the time territorial transfer.

97. See V. Leanza and M.C. Caracciolo, "The Exclusive Economic Zone" in the I MLI Manual op. Cit. [Note 11] pp.177-216; "Many of the international bilateral agreements do not deal specifically with the delimitation of this area, but they do delimit the seabed and subsoil marine and the water column. These agreements can be divided into three groups depending on their approach to the issue of delimitation: the first group, certainly the most numerous, uses the delimitation method of the median or equidistance; [...] the second group merely provides that the delimitation should be made in accordance with international law [...] another group establishes directly the geographical coordinates, without indicating which method was used in the delimitation, or resorts to methods other than that of the median Or equidistance "p. 205.

98. V. Tanaka op. Cit. [Note 48], p. 200-201; See also, Virginia Commentaries, Vol li, Dordrecht, Nijhoff. 1993, p. 796 - 819. See also, M.D. Evans "Maritime Boundary Delimitation" Oxford Handbook of the Law of the Sea, Oxford University Press, 2015, p. 2S4-279.

99. According to the International Court of Justice "... delimiting with concern for achieving an equitable result, as required by international law in force, does not amount to delimiting inequity [which] is not a method Delimitation but only an objective which should be borne in mind when carrying out that purpose". Case concerning land and sea boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria) Judgment of 10 October 2002, paragraph 294

Thus the principle of uti possidetis has been the Latin American states as soon as their independence was proclaimed in the 19th century. This principle has been received in Africa as the "intangibility of frontiers"¹⁰⁰.

It appears, however, that the fundamental role in the formulation of the legal principles governing the law of maritime delimitation lies with the International Court and the arbitral tribunals. The latter apply the rules indicated by the Court, while at the same time bringing some innovations which are taken up by the Court, enabling a mutual enrichment. International Courts and Tribunals have thus made it possible to develop the law of maritime delimitation.

Delimitation by International

Courts and Tribunals UNCLOS provides that if they fail to reach an agreement within a reasonable time, the interested States shall resort to the procedures provided for in Part. Jurisdictional delimitation most often results from the failure of negotiations in the determination of the maritime boundary between two States.

Moreover, the existence of exclusive economic zones and of technologies for the exploration and exploitation of mineral resources has made the delimitation of maritime areas a major problem of modern times. In particular:

"The recourse to ICJ in matters of maritime delimitation is an element of the general requirement for authoritative settlement of maritime boundaries, whether agreement, arbitration or judicial award; and this is my turn is a function of the increased possibilities of extraction of the mineral resources of the seabed¹⁰¹". One should note the tendency of States to prefer the bilateral approach to delimitation issues even if they are in a geographical situation with several States. Most of the delimitation

100. See the Cairo Declaration of 21 July 1964, see also ICJ, case of the border dispute between Burkina Faso and Mali, ICJ 1986, p. 566, para. 23.

101. H. Thirlway "recent trends and challenges of the ICJ Jurisprudence", Japanese Yearbook of International Law vol. 55, 2012, p. 4-30, spec. P.8.

*tation agreements are bilateral agreements and most of the proceedings are instituted by the notification of a special agreement even in circumstances where the judge or the arbitrator must take due account of the right of third parties, like in the case of non-intervention*¹⁰².”

The delimitation presupposes knowledge of the entitlements of the two Parties in the interested area. Thus, the first issue to be considered by the judge is whether the parties have competing entitlements on the space to be delimited¹⁰³. The problem of the dividing line in overlapping maritime areas has been the subject of a voluminous dispute with regard to the EEZ.

Moreover, the continental shelf beyond 200 nautical miles has grown and has increased the interest of States with submissions made to the Commission on the limits of the continental shelf and the shift in jurisprudence observed over the last few decades.

Maritime delimitation has in fact produced more cases than any other subject of international law, whether at The Hague Court, before the arbitral tribunals and today before the International Tribunal for the Law of the Sea and The Tribunals, annex VII of UNCLOS. In this way, it appears that the fundamental role in the formulation of rules and principles governing the law of maritime delimitation lies with International Courts and Tribunals rather than with interstate practice¹⁰⁴.

The relationship between the Continental Shelf and the Exclusive Economic Zone on the resources of the seabed and subsoil. Rights on

102. Ibid. P.9 in the case of intervention in the matter, rather an opposition of one or both parties was observed. This confirms the bilateral approach chosen by the States.

103. In the case of the territorial and maritime dispute (Nicaragua v. Colombia), judgment of 19 November 2012, Rec. ICJ, 2012, p.624, para. 141, the Court said: "The Court will therefore begin by defining the relevant coasts of the parties, namely those overlapping projections, the delimitation of resolving the question of overlapping claims by tracing A line of separation between the maritime spaces ". It will point out in the case of the Continental Shelf Tunisia / Libya, Rec.1982, p.61, paragraph 73: "It is the coast of the territory of the State which is decisive for creating the title over the sub- Seas along this coast ".

104. T.M. Ndiaye op. Cit. [Note 49], p.140.

the continental shelf are inherent, due to the legal regime while the EEZ must be claimed and its creation proclaimed by the State¹⁰⁵.

As Y Tanaka Remarks

« Considering that the factors to be taken into account may be different for the seabed and superjacent waters, it seems possible that the delimitation line of a continental shelf and an EEZ/FZ would differ as well. A divergence of factors relevant to the seabed and superjacent waters may entail the risk of creating two competing lines dividing coincident areas and create a situation in which part of the EEZ belonging to one state may overlap part of another state's continental shelf. Such a situation would give rise to complex problems relating to jurisdiction¹⁰⁶>>

Another difficult problem relates to the title to the continental shelf comprising, according to the UNCLOS, the seabed and its subsoil beyond its territorial sea, throughout the natural prolongation of the land territory of that State to the outer edge of the Continental limit, or up to 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured, when the outer edge of the continental margin is at a lower distance. In other words, the title to the continental shelf is based both on the criterion of the distance and on that of the natural prolongation. This, especially since UNCLOS allows the coastal State to fix the outer limit of its continental shelf when it extends beyond 200 nautical miles¹⁰⁷.

On the basis of the previous considerations, the judge determines the method of delimitation and constructs the provisional equidistance

104. T.M. Ndiaye op. Cit. [Note 49], p.140.

105. See D. Attard, *The Exclusive Economic Zone in International Law*, Oxford University Press, Oxford 1987; F. OrregoVincuna, *The Exclusive Economic Zone*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

106. See D. Attard, *The Exclusive Economic Zone in International Law*, Oxford University Press, Oxford 1987; F. OrregoVincuna, *The Exclusive Economic Zone*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

107. UNCLOS, s. 76 paras. 2-7, see *Nicaragua v. Colombia* op. Cit. [Note 24] para. 121.

line. He examines, if necessary, the relevant circumstances before verifying the absence of disproportion in accordance with the three-step paradigm that now appears as the solution to the maritime delimitation dispute. In fact, since the Continental Shelf case in the North Sea, some twenty delimitation cases have been submitted to international jurisdictions and most of the judgments or sentences have been rendered. At the beginning, the jurisprudence concerned delimitations of continental shelves. Nowadays, jurisdictions are called upon to determine maritime boundaries with a single line dealing with all maritime spaces. Indeed, the very difficult legal issue that arises is whether or not the line of the continental shelf should be granted to the water column. This is the challenge faced by International Courts and Tribunals. In the case of maritime delimitation in the Black Sea, the ICJ stated that:

"Paragraphs 4 of articles 74 and 83 of the UNCLOS are relevant to assess Romania's position that the instruments of the year 1949 have established, around the Snake Island a boundary delimiting the exclusive economic zones and the continental shelf beyond of point 1. (...) it is clear from the practice of States that a new agreement is necessary for a chosen line to be used to delimit another. This is usually the case when States agree to use the line delimiting their continental shelf to mark the boundaries of their respective exclusive economic zones¹⁰⁸ "

It should also be noted that maritime delimitation proceedings have been introduced on the basis of compulsory jurisdiction, i.e. on the basis of compulsory procedures resulting in mandatory decisions, in accordance with Part XV of UNCLOS. Therefore, four cases have been submitted to the arbitral tribunals of Annex VII: *Arbitral Tribunals: Barbados v. Trinity and Tobago; French Guiana v. Suriname; Bangladesh v. India and Philippines v. China.*

The Delineation

The purpose here is to determine the outer limit of continental

108. Case concerning the maritime delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine) Judgment, ICJ Reports 2009, p. 61, para. 69.

shelves extending beyond 200 nautical miles¹⁰⁹, also called delineation.

Under the UNCLOS 77, Continental shelf of a coastal State includes the seabed and its subsoil beyond its territorial sea, over the whole extent of the natural prolongation of the land territory of that State to the outer edge of the continental margin, or up to 200 nautical miles of the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured, when the outer edge of the continental margin is at a lower distance.

There are three important elements in these provisions. First, the distance of 200 nautical miles of the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured. Then, the concept of the natural prolongation of the territory of the coastal State, and finally the outer edge of the Continental margin. Where the outer edge of the continental margin extends beyond 200 nautical miles, the outer limit of the continental shelf shall be determined on the basis of the Paragraph 4 of Article 76, which resorts to geomorphological criterion. On the basis of geological data and the shape and contour of the undersea topography, geomorphological criterion arises logically from the notion of natural prolongation of the territory of the coastal State¹¹⁰. The geomorphological criterion gave rise to the Irish amendment which combines two methods, allowing the coastal State to have criteria for determining the edge of its continental margin: this is on one hand, the Gardiner formula and the Hedberg Formula, on the other. In this way, article 76 of the UNCLOS uses geomorphological concepts - Gardiner and Hedberg formulas – to determine the outer edge of the Continental shelf beyond 200 nautical miles.

The Gardiner formula refers to the thickness of sedimentary rocks.

109. See V. Marotta Rangel, *the Continental Shelf in the 1982 Convention on the Law of the Sea*, RCADI, 1985 - V, volume 194, pp. 342-364; L. Lucchini, "Article 76 of the United Nations Convention of 10 December 1982 on the Law of the Sea" in *The Continental Shelf extended under the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982. Optimization of demand*, INDEMER, Paris, Pedone, 2004, pp.9-29; R. Churchill and V. Lowe, *The Law of the Sea*, 3rd ed. Manchester University Press, 1999; D. R. Rothwell and T. Stephens, *The International Law of the Sea*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010, p. 98-119.

110. See V. Marotta Range! op. Cit. [Note 76] p.348; H. Hedberg, "Relation of Political Boundaries on the Ocean Floor", *Virginia Journal of international law*, 1976, pp.S7-75.

It is stated in article 76, Paragraph 4 (a) (i) which provides:

- "(...) the coastal State defines the outer edge of the continental margin when it extends beyond 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured, by:

- A line drawn in accordance with paragraph 7 with reference to the extreme fixed points where the thickness of the sedimentary rocks is at least onehundredth of the distance between the point and the foot of the continental slope "

- This formula has an intimate connection with the criterion used to assess the presence or absence of hydrocarbon resources¹¹¹.

- The Hedberg formula relates to the 60 nautical miles at the foot of the continental slope. For the purposes of the Convention, "The State shall define the outer edge of the continental margin when it extends beyond 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured, by (ii) a line drawn in accordance with paragraph 7 with reference to fixed points not more than 60 nautical miles from the foot of the continental slope^{112>>}.

- In the absence of evidence to the contrary, the foot of the continental slope coincides with the most marked break at the base of the slope¹¹³.

- Moreover, the coastal State determines the outer limit of its continental shelf by linking a length of lines, not exceeding 60 nautical miles from the fixed points defined by longitude and latitude coordinates.¹¹⁴It may choose between the Irish and Hedberg formulas, the one which appears to him the most favourable. However, "The fixed points that define the marked lines on seabed's, the outer limit of the continental shelf,

111. See Tanaka, op. Cit. [Note 48] p.135.

112. Article 76, paragraph 4 (a) (ii) of U N CLOS

113. Article 76, paragraph 4 (b) of U N CLOS

114. Article 76, paragraph 7 of U N CLOS

drawn according to paragraph 4 (a) (i) and (ii), shall be located at a distance not exceeding 350 nautical miles of the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured, or at a distance not exceeding 100 nautical miles from the 2,500 meter isobath which is the line connecting the points of 2500 meters of depth¹¹⁵"

On an underwater ridge, paragraph 6 of Article 76 provides that the outer limit of the continental shelf shall not exceed a line drawn 350 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured. This paragraph does not apply to shoals that are natural features of the continental margin, such as plateaux, Thresholds, ridges, benches or spurs.

The UNCLOS has established the Commission on the Limits of the Continental Shelf, a scientific and technical body prescribed by article 76, paragraph 8, and annex II of the Convention¹¹⁶. Its task is to formulate recommendations on States' claims for the continental shelf beyond 200 nautical miles. The coastal State has sole competence to determine the outer limits of its continental shelf beyond 200 nautical miles. However, it must do so on the basis of the recommendations issued by the Commission. The Commission comprises 21 members, expert in geology, geophysics or hydrograph, elected by the States Parties from among their nationals¹¹⁷. The members of the Commission are elected for a term of five years.

They are eligible for re-election. They shall not be instructed by any government or any authority external to the Commission and shall refrain from any action likely to adversely affect their image as a member

115. Article 76, paragraph 5 of UNCLOS

116. A. de Marfly-Mantuano, "The Work of the Continental Shelf Limits Commission" in *The Extended Continental Shelf*, op.cit. [Note 76] pp.3144; O. Roughton and C. Trehearne, "The Continental Shelf" in the *IMLI Manual on International Maritime Law*, Vol. 1, the Law of the Sea op.cit. pp.137-175, spec.pp.154-174. Paragraph 8 in fine of Article 76 states: "The Commission shall make recommendations to the coastal States on questions concerning the fixing of the outer limits of their continental shelf. The limits fixed by a coastal State on the basis of these recommendations shall be final and binding".

117. UNCLOS, Annex II, Article 2, paragraph

of the Commission¹¹⁸.

The Commission has two essential functions. On the one hand, to examine the data and other information submitted by the coastal States with regard to the outer limit of the continental shelf when that shelf extends beyond 200 nautical miles and submit recommendations in accordance with article 76, and the Memorandum of Understanding adopted on 29 August 1980 by the Third United Nations Conference on the Law of the Sea. On the other hand, at the request of the coastal interested States to issue scientific and technical advice for the establishment of the data's¹¹⁹.

The Commission functions through subcommittees composed of seven members appointed in a balanced manner taking into account the specific elements of each request submitted by the coastal State. Members of the Commission who are nationals of the coastal State that has submitted an application may not be members of the sub-committee examining the application¹²⁰. The subcommittee shall submit its recommendations to the committee, which shall approve them by a two-thirds majority of the members present and voting. These recommendations of the Commission are submitted to the coastal State which submitted the request and to the Secretary-General of the United Nations¹²¹.

Due to the technical complexity of determining the outer edge of the continental margin and the limit of the continental shelf, the Commission adopted its Scientific and Technical Guidelines on 13 May 1999, which present themselves as an authorized exegesis of Article 76 of the UNCLOS.

As of 26 April 2016, seventy-seven applications were submitted to the Commission. It presented 24 recommendations to the coastal States

118. Rules of Procedure of the Commission dated 17 April 2008, CLS / 40 / Rev. Rule 11 (CLCS Rules of Procedure).

119. UNCLOS, Annex II, Article 3 (1).

120. UNCLOS, Annex II, Article 5. The same shall apply to a member of the Commission who has assisted the coastal State by providing scientific and technical advice on the route. I bid.

121. UNCLOS, Annex II, Article 6.

concerned. It should be noted that when considering the applications submitted to it, the Commission decides on the validity of the outer limit of the continental shelf beyond 200 nautical miles; and it does so on a scientific and technical level. It shall refrain from interfering with pending maritime delimitation disputes. In that case:

"The Commission shall not consider the request made by the State party to the dispute and shall not take a decision on the request, except with the prior agreement of all States Parties to the dispute. Dispute ...¹²²".

The problem, therefore, is whether the international courts are equipped to deal with a delimitation of a continental shelf beyond 200 nautical miles.

Although the determination of the outer limit of the continental shelf and the delimitation of the Maritime boundary are two different concepts, they have an intimate connection and most of the applications submitted to the Commission are related to a maritime boundary¹²³.

122. See document CLCS / 11 (CLCS Scientific and Technical Guidelines) adopted by the Committee on 13 May 1999 at its fifth session. The deadline for submission of applications is 10 years from the entry into force of the Convention for the State concerned. This time limit was extended on 29 May 2001 (see SPLOS / 72) and the possibility of submitting preliminary information on the outer limit of the continental shelf beyond 200 nautical miles was offered to coastal States [SPLOS / 183]. 20 June 2008. Concerning the interpretation and application of UNCLOS in the examination of applications - the Commission lacking legal experts - consideration was given to the possibility of establishing a mechanism for requesting an advisory opinion on Questions of interpretation of provisions other than Article 76 and Annex II of the Convention. However, the proposal was withdrawn and the Commission decided to consider this matter. See document CLCS / 74 of 30 April 2012 on the state of play of the work of the Commission [Address by its President]. See also A. G. Oude Elferink "The Establishment of Outer Limits of the Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles by the Coastal State: The Possibilities of Other States to Impact on the Process", 2009, 241JMCL, p.535.

123. B. Kwiatkowska, "Submission to the UN Commission on the limits of the Continental Shelf: The Practice of Developing States in cases of Disputed and unresolved maritime boundary delimitation or land disputes maritime --other gold, part one" (2013) 28 IJ MCL 219, 230; see also B. M. Magnusson "Is there a Relationship between the temporal and the Delineation Delimitation of the continental shelf beyond 200 Nautical Miles" (2013) IJ MCL 28, 465; Bjorn Kunoy "Delimitation of the year Indicative Overlapping area of Entitlement to the outer Continental Shelf" BYBIL, 2012, OUP, p. 61-81.

As noted by the ICJ, the procedure before the Commission aims at the delimitation of the outer limit of the continental shelf and, consequently, the determination of the extent of the seabed which is a matter for national legislation. It is distinct from the delimitation of the Continental Shelf, governed by Article 83 of the UNCLOS, which shall be effected by agreement between the interested States or through recourse to dispute settlement procedures¹²⁴. The Convention makes a clear distinction between the delimitation of the continental shelf and the delimitation of its outer limit beyond 200 nautical miles. The fact that the outer limit of the Continental Shelf beyond 200 nautical miles has not been established has not prevented the Tribunal from determining the existence of title to the Continental Shelf between the interested States.

However, the Tribunal did not determine the outer limit of the Continental Shelf beyond 200 nautical miles. Rather, it extended the dividing line on this side. In this regard, the International Tribunal for the Law of the Sea established a precedent by recognizing itself as competent to delineate - not to draw the outer limit - the Continental Shelf between two States beyond 200 nautical miles in the case of Bangladesh / Myanmar in the Gulf of Bengal. It states:

« décide qu'au-delà de cette limite de 200 milles marins, la frontière maritime se poursuit le long de la ligne géodésique, visée au paragraphe 5, qui commence au point 11 en suivant un azimut de 215° ; jusqu'à ce qu'elle atteigne la zone ou les droits des Etats tiers peuvent être affectés¹²⁵ » .

¹²⁴Question of the continental shelf delimitation between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the coast of Nicaragua (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, judgment of 17 March 2016, p.37, paragraph 112.

¹²⁵. Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh / Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012, p.4, paragraph 6; See also A. G. Oude Elferink, "ITLOS approach to the delimitation of the continental shelf beyond 200 Nautical Miles in the Bangladesh / Myanmar Case: Theoretical and Practical Difficulties "in contemporary Developments in International Law, Essays in Honour of Budislav VUKAS, BrillNijhoff 2015, pp. 230-249; The author explains p.240 "The Court's starting points to the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles - that Article 83 of UNCLOS Does not make a distinction entre areas Within and beyond That distance - might at first sight to be beyond scem Reproach The wording of the article is neutral in this respect. HOWEVER, Article 83 is silent on the content of the substantive rules to be Applied, aim only Refers to the result May require Applying different principles and rules within and beyond 200 nautical miles

The outer limit of the continental shelf beyond 200 nautical miles is attracting increasing interest due to the advancement of technology in the exploration and exploitation of mineral resources. It should be noted that the distinction between the delimitation of the continental shelf and its delineation, that is to say, the delimitation of its outer limit beyond 200 nautical miles, may open the way to the creation of what is known as the "Grey Area", the "Alta Mar" or the "Outer Triangle"¹²⁶

CONCLUSION

With the climate change and the sea level rise, the maritime delimitation may be impacted seriously. In particular, one must think of the breadth of the territorial sea; the Outer Limit of the Territorial Sea; Normal Baseline; Reefs, Straight Baselines; Internal Waters; Mouths of Rivers; Bays, Roadstead's; Low-Tide elevations; Combination of methods for determining baselines; Lists of geographical coordinates and the delimitation of the territorial sea between states with opposite or adjacent coasts. It could be a matter of international concern and of new challenges for the international community as a whole.

Article 83 in so far not to provide the same delimitation methodology within and beyond 200 nautical miles "; See, in addition, B. KUNOY, "the admissibility of a plea to an international adjudicative forum to delimit the Outer Continental shelf prior to the adoption of final recommendations by the Commission on the Limits of the Continental Shelf" (2010) IJMCL, 237; R.R. Churchill, "The Bangladesh / Myanmar Case: Continuity and Novelty in the Law of Maritime Boundary Delimitation", (2012) 1 CJICL, 137; B. Magnusson op. Cit. [Note 93] P.465. 126. See TafsirMalickNdiaye, "The Judge, Maritime Delimitation and the Grey Areas", Indian Journal of International Law, 2016, Vol.56, [DOI: 10-1007 / s40901-016-0027-2].

Urgent Proceedings before the International Courts and Tribunals

Abstract The urgent proceedings of the International Tribunal for the Law of the Sea reflect the Tribunal multi-faceted jurisdiction contained in the Rules. These proceedings are expeditious and cost-effective. They last about two months instead of thirty months as in the procedure on the merits. These proceedings help States to face emergency issues at hand. It appeared determinant after the two cases, i.e. case N°26 concerning the Detention of three Ukrainian naval vessels in its order of 25 May 2019 and case N°27, The M/T “San Padre Pio” in its order of 6 July 2019, to make plain and clarify the legal regime of urgent proceedings specially with new challenges for the international community as a whole, such as the climate change, the Sea level rise and the Biodiversity Beyond National Jurisdiction (BBNJ).

Keywords Proceedings, Incidental Proceedings, Provisional Measures, Preliminary Proceedings, Preliminary Objections, Counter Claim, Intervention, Discontinuance, Prompt Release Proceedings.

1. Introduction

For permanent international courts such as the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), the law applicable to procedure follows the same principle as that governing the merits of a case. Although, to a great extent, the law is already set down, the Tribunal plays an important role in its establishment. The basis on which contentious proceedings are conducted before the Tribunal is essentially the Statute and Rules of the Tribunal (NDIAYE, 2009).

The Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea were adopted on 28 October 1997 after months of deliberations from October 1996. ITLOS had to take into account the UNCLOS provisions, especially Annex VI thereto, which is the Tribunal's Statute that empowers the body to adopt Rules of procedure, i.e., in broad lines, the organisation of the Tribunal and the procedure to be followed in cases submitted to it.

The Statute of the Tribunal develops a certain number of principles set out in Section 2 of Part XV of the United Nations Convention on the Law of the Sea (hereinafter the Convention). It is an integral part of the Convention and forms Annex VI thereto. It can be amended only by the same procedure as amendment of the Convention¹ and, since the Convention and the Statute are in existence, potential litigant parties have no further role to play in the establishment of rules governing their case.

However, these rules are still too general to cover every question that might arise as a case proceeds, and it is for that reason that judges

1. Article 41 of the Statute provides: "1. Amendments to this Annex, other than amendments to section 4, may be adopted only in accordance with Article 313 (of the Convention) or by consensus at a conference convened in accordance with this Convention. - 2. Amendments to section 4 may be adopted only in accordance with Article 314. - 3. The Tribunal may propose such amendments to this Statute as it may consider necessary, by written communications to the States Parties for their consideration in conformity with paragraphs I and 2."

require rules of application. Thus the Statute² of the Tribunal recognises the latter's power to establish a set of rules of procedure, the object of which is right to supplement the general rules laid down in the Convention and the Statute and to specify in detail the measures to be taken in order to give effect to the rules imposed thereon. Therefore, the Rules may not contain provisions that are contrary to or contravene those set out in the Statute. The Tribunal cannot grant itself prerogatives not conferred by the Statute. In other words, owing to the different status of their authors, the Statute and the Rules do not have the same juridical value.

Indeed, although the Tribunal is bound by the Statute, which forms an integral part of the Convention, it may amend or modify the Rules, which the Tribunal itself established³. However, despite the difference between these two texts, the common objective of their authors is to ensure that parties to proceedings are treated equally.

The aim thereof is to enable the proceedings to reach their conclusion as a result of rules being properly applied and parties systematically presenting their claims and counter-claims so that the legal truth can be established.

2. Article 16 of the Statute provides: "The Tribunal shall frame rules for carrying out its functions. In particular, it shall lay down rules of procedure." Thus, the international Tribunal for the Law of the Sea drew up Rules and adopted them on 28 October 1997.

3. On many occasions, the International Court of Justice has had to recall the intangible nature of the Statute. Indeed, following Albania's failure to attend in the third stage of the Corfu Channel Case in which the Court was to determine the amount of the compensation to be paid to the United Kingdom, Albania maintaining that the special agreement of 25 March 1948 did not confer jurisdiction on the Court to fix the amount of the compensation, the Court had to throw out the argument, recalling its judgment of 25 March 1948, by means of which competence was conferred on the Court, and stating "in accordance with the Statute (Article 60), which, for the settlement of the present dispute, is binding upon the Albanian Government"; see I.C.J. Reports 1949, p. 248. The Court also stated, in the Haya de la Torre Case, that it should not depart from the principle set out in Article 43, paragraph 1, of its Statute, whereby the procedure was divided into a written and an oral phase, in response to the parties which had suggested that the oral phase of the proceedings be dispensed with. It should be noted that, if this case had been dealt with by the International Tribunal for the Law of the Sea, the latter would have been able to follow the suggestion made by Colombia and Peru insofar as it is the Rules of the Tribunal (Article 44, paragraph 1) which set down the principle of two procedural phases. On the other hand, the court or tribunal may take whichever decisions it sees fit for the conduct of proceedings, provided they are compatible with the provisions of the Statute.

The proceedings are supposed to be conducted without unnecessary delay or expense. This affects the time-limits and other devices to meet the need for making the procedure expeditious. Transparency is also a basic principle followed by the Rules, as regard to the appearance before the Tribunal and the access for the public to the written pleadings of a case.

To that end, the Tribunal applies the provisions of the Statute and of the Rules. Alongside these two texts, which set down in detail the modalities according to which a case should be conducted, procedure is governed by the Convention, the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal, and by the Guidelines concerning the Preparation and Presentation of Cases before the Tribunal⁴.

It is by applying this principle of equality between parties that the President of the Tribunal should, pursuant to Article 45 of the Rules, ascertain the views of the parties with regard to questions of procedure. It is this same principle which should predicate all decisions taken or to be taken with respect to the order in which pleadings should be submitted—the burden of proof, the hearing of the parties and their right to respond, the allotment of time for preparing files, and the time accorded to speakers. It is worth noting that generally when a case is brought by means of compulsory jurisdiction through a unilateral application, the competence of said jurisdiction and the admissibility of the request are often challenged. The subject of application or claims that may lead to non-appearance are often highly political matters, relating to sovereignty, independence, or simply national prestige, which explains the defiant attitude of governments towards International Courts and Tribunals (NDIAYE, 2013) (Alexandrov, 1995) (Bowett, 1983) (FITZMAURICE, 1980). As concerns the sanctioning of rules of procedure, the nature of the sources has an effect on the form which that sanction takes. No well-established practice appears to exist. Although there is a tendency for the failure to recognise procedural rules having their origin in an agreement between the parties being sanctioned with inadmissibility, on the

4. These texts can be accessed via the Tribunal's website. See also the Guide to Proceedings before the Tribunal at <http://www.itlos.org/>.

other hand, the applicability of this same sanction when the author of the rule of procedure is the Tribunal is shrouded in uncertainty. It must be stated that the litigant parties are sovereign States, which consent to appear before International Courts. In the *Juno Trader* Case before the Tribunal, it will be recalled that Guinea-Bissau did not produce its statement in response, contrary to the request of Saint Vincent and the Grenadines. However, it did indeed attend the entire oral proceedings.

Should the provisions of the Rules⁵ be amended in order to deal with such a case of failure to observe due process?

Finally, in order to expedite cases, the Tribunal annually creates a chamber which is composed of five of its elected members and is called upon to hear and determine disputes by summary procedure. Two alternative members are also selected⁶.

Any judgment rendered by one of these Chambers is considered to have been rendered by the Tribunal. Procedure before the Chambers is regulated in accordance with the provisions concerning proceedings before the Tribunal, subject to any particular provisions, which the latter may adopt.

We will study the incidental proceedings (I) before examining the prompt release proceedings (II).

5. See Article 111, paragraph 4 of the Rules; see also *Juno Trader* case (St Vincent and the Grenadines V. Guinea-Bissau) prompt release, judgment of 18 December 2004.

6. Article 15, paragraph 3 of the Statutes.

2. Incidental Proceedings⁷ .

These proceedings do not initiate a new proceeding but do affect its ordinary course. They can be a means found to have the proceedings declared inadmissible and to have its course suspended or terminated.

Incidental proceedings could be considered either as incidents relating to the modification of elements of the legal links of the proceedings, or as incidents of proceedings. They lead to an interlocutory judgment that will allow the Tribunal to render an order, which, although having an immediate effect, shall not be definitive. It could also result in a definitive judgment benefiting both parties, whether the Tribunal has no jurisdiction or whether it adjudicates on the merits. We will examine the provisional measures (I.1), the preliminary proceedings (I.2), the preliminary objections (I.3), the counter-claims (I.4), the intervention (I.5) and the discontinuance (I.6).

2.1. Provisional Measures

Provisional measures, which parties to a dispute may request the Tribunal are «prescribed» and not «indicated» and the parties shall comply with any provisional measures prescribed. Thus, the measures are

7. As stated by the International Court of Justice: “ Incidental proceedings by definition must be those , which are incidental to a case , which is already before the Court or Chamber . An incidental proceeding cannot be one , which transforms that case into a different case with different parties ”. Case concerning the land, island and maritime frontier dispute, (El Salvador v. Honduras), Judgment of 13 September 1990, Request for Intervention by Nicaragua, ICJ Reports 1990, p 134, paragraph 98. Speaking of the intervention, the Court (97) explains that the purpose of an intervention based on Article 62 of the Statute is to protect an “interest of a legal nature, of a State likely to be affected by a decision, in a pending case between other States, namely the parties to this case. Its purpose is not to put the intervening State in a position to graft a new case on the preceding, to become a new party and have the Court pronounce on its pretensions. An affair with a new party and new applications to be decided would be a new affair. The difference between the intervention, under section 62, and the constitution of a new party to a case is not only a difference of degree; it’s a difference of nature. As the Court pointed out in 1984;” Nothing in Article 62 indicates that this text was as another mean to bring an additional dispute before the Court—a matter falling under Article 40 of the Statute—or as a mean to assert the rights of a State not party to the case (Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malt) Request to intervene, ICJ Reports 1984, page 23, paragraph 37).

meant to be binding. The binding nature of the measures is echoed in the Tribunal Rules. Article 95 provides:

“ Each party shall inform the Tribunal as soon as possible as to its compliance with any provisional measures the Tribunal has prescribed . In particular , each party shall submit an initial report upon the steps it has taken or proposes to take in order to ensure prompt compliance with the measures prescribed . The Tribunal may request further information from the parties on any matter connected with the implementation of any provisional measures it has prescribed . ”

The Court or Tribunal may prescribe any provisional measures in any of these two cases:

“ When a dispute has been duly submitted to a court or tribunal under Article 290 paragraph 1 of the Convention; and pending the constitution of an arbitral tribunal under Article 290, paragraph 5 of the Convention ”.

2.1.1. Prior Referral to the Tribunal If a dispute has been duly submitted to a court or tribunal which considers that prima facie it has jurisdiction under this Part or Part XI, Section 5, the court or tribunal may prescribe any provisional measures which it considers appropriate under the circumstances to preserve the respective rights of the parties to the dispute or to prevent serious harm to the marine environment, pending the final decision⁸.

A party may submit a request for the prescription of provisional measures any time during the course of the proceedings in a dispute submitted to the Tribunal⁹. The request must be in writing and must specify the measures requested, the reasons therefore, and the possible consequences, if it is not granted, for the preservation of the respective rights of the parties or for the prevention of serious harm to the marine environment¹⁰.

8. Article 290, paragraph 1 of the Convention.

9. Article 89, paragraph 1 of the Rules.

10. Article 89, paragraph 3 of the Rules.

The Tribunal may also prescribe provisional measures to prevent damage to fish stocks in accordance with article 31, paragraph 2, 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 (United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982).

In the *Saïga* case, Saint Vincent and the Grenadines submitted a request for the prescription of provisional measures. Following the exchange of letters of 20 February 1998, constituting an agreement between Guinea and Saint Vincent and the Grenadines to institute proceedings before the Tribunal concerning the *Saïga* vessel, the Tribunal had to give an order, which will consider the request for prescription of provisional measures as duly presented before the Tribunal, in accordance with article 290, paragraph 1 of the Convention (*The Saïga case, St. Vincent and the Grenadines vs. Guinea, 1998*). It must be noted that after the introduction of an application by Saint Vincent and the Grenadines for a prompt release of the *Saïga* and its crew, in accordance with article 292 of the Convention, the Tribunal gave its judgment on 4 December 1997. The pending procedure between the two states was related to the merits of the dispute, at that time (*Saint Vincent and the Grenadines Vs Guinea, 1999*). Provisional measures may also be prescribed when a dispute on the merits is submitted pending the constitution of an arbitral tribunal.

2.1.2. Pending the Constitution of an Arbitral Tribunal

Prescription of measures

Pending the constitution of an arbitral tribunal to which a dispute is being submitted under this section, any court or tribunal agreed upon by the parties or, failing such agreement within two weeks from the date of the request for provisional measures, the International Tribunal for the Law of the Sea or, with respect to activities in the Area, the Seabed Disputes Chamber, may prescribe, modify or revoke provisional measures

in accordance with this article if it considers that prima facie the tribunal which is to be constituted would have jurisdiction and that the urgency of the situation so requires. Once constituted, the tribunal to which the dispute has been submitted may modify, revoke or confirm those provisional measures, acting in conformity with paragraphs 1 to 4¹¹.

Provisional measures may be prescribed, only at the request of a party to the dispute and after the parties have been given an opportunity to be heard¹².

A request may be submitted at any time after two weeks from the notification to the other party of a request for provisional measures if the parties have not agreed that such measures may be prescribed by another court or tribunal¹³.

If the Tribunal is not in session or a sufficient number of members is not available to constitute a quorum, the provisional measures shall be prescribed by the chamber of summary procedure formed under article 15, paragraph 3, of the Statute. Notwithstanding article 15, paragraph 4, of the Statute, such provisional measures may be adopted at the request of any party to the dispute. They shall be subject to review and revision by the Tribunal. The Tribunal shall review or revise provisional measures at the written request of a party within 15 days of the prescription of the measures. The Tribunal may also at any time decide *pr oprio motu* to review or revise the measures¹⁴. This is an exception to the rule that the judicial body can only adjudicate within the limits of the Parties' request. Provisional measures may be prescribed even if the Court or Tribunal is denied jurisdiction. This occurred in the «Southern Bluefin Tuna»¹⁵ case. New Zealand and Australia requested the Tribunal to prescribe provisional measures while Japan contested the jurisdiction of the

11. Article 290, paragraph 5 of the Convention.

12. Article 290, paragraph 3 of the Convention.

13. Article 89, paragraph 2 of the Rules.

14. Article 25, paragraph 2 of the Statute. Article 15, paragraph 5 of the statute provides: "A judgment given by any of the chambers provided for in this article and in article 14 of this Annex shall be considered as rendered by the Tribunal".

15. Article 91, paragraph 2 of the Rules.

judicial body. According to Japan:

Australia and New Zealand must satisfy two conditions before a tribunal constituted pursuant to Annex VII would have jurisdiction over this dispute such that this Tribunal may entertain a request for provisional measures pursuant to Article 290 (5) of UNCLOS pending constitution of such an Annex VII tribunal .

First , the Annex VII tribunal must have prima facie jurisdiction . This means among other things that the dispute must concern the interpretation or application of UNCLOS and not some other international agreement . Second , Australia and New Zealand must have attempted in good faith to reach a settlement in accordance with the provisions of UNCLOS Part X Section 1. Since Australia and New Zealand have satisfied neither condition , an Annex VII tribunal would not have prima facie jurisdiction and accordingly this Tribunal is without authority to prescribe any provisional measures (The Southern Bluefin Tuna case , 1999).

Considering that Australia and New Zealand have invoked as the basis of jurisdiction of the arbitral tribunal article 288, paragraph 1, of the Convention which reads as follows: “ *A court or tribunal referred to in article 287 shall have jurisdiction over any dispute concerning the interpretation or application of this Convention , which is submitted , to it in accordance with this Part* ”¹⁶.

In the view of the Tribunal, the provisions of the Convention on the Law of the Sea invoked by Australia and New Zealand appear to afford a basis on which the jurisdiction of the arbitral tribunal might be founded¹⁷;

Considering that the conservation of the living resources of the sea is an element in the protection and preservation of the marine environment; Considering that there is no disagreement between the parties that

16. Ibid . pp. 289-290.

17. Ibid . p 293, paragraph 40; see also paragraphs 41-44.

the stock of Southern Bluefin Tuna is severely depleted and is at its historically lowest levels and that this is a cause for serious biological concern¹⁸; based on these grounds, the Tribunal found the provisional measures appropriate, in this regard .

Provisional measures have also been prescribed in the Land reclamation case¹⁹ by the Tribunal, even if its jurisdiction and the admissibility of the application have been disputed.

In this case, “Singapore believes that, on the merits, Malaysia’s request for provisional measures should be dismissed, but I hope to show that ITLOS should not reach that question but should, instead, reject at the very threshold of the dispute Malaysia’s request for provisional measures on the grounds of lack of jurisdiction and inadmissibility as well as because of exploitation and violation by Malaysia of fundamental prescribed procedures (Land Reclamation, 2003). Singapore contends that Malaysia’s Request (for the prescription of provisional measures) is inadmissible because it does not specify ... the possible consequences ... for the preservation of the respective rights of the parties or for the prevention of serious harm to the marine environment’, as required by Article 89 (3) of the ITLOS Rules; and further that the Request does not identify the urgency of the situation’ as required by Article 89 (4) of the ITLOS Rules”²⁰;

The Tribunal concluded, considering that, given the possible implications of land reclamation on the marine environment, prudence and caution require that Malaysia and Singapore establish mechanisms for exchanging information and assessing the risks or effects of land reclamation works and devising ways to deal with them in the areas concerned²¹.

2.1.3. The Application

18. Ibid . p 294, paragraph 52.

19. Ibid . p 295, paragraph 40; see also paragraphs 70-71.

20. Pleadings of PR REISMAN, hearings of 26/09/2003 (am), ITLOS/PV 03/03 of 26 September 2003, p. 24.

21. See the above-mentioned Order (note 96), paragraph 60.

Pending the constitution of an arbitral tribunal, the submission of a request for the prescription of provisional measures must be made in two phases. First, an arbitral proceeding is initiated by a written notification addressed to the other party. The notification must be accompanied by a statement of claim and the grounds upon which it is based. Second, the request must be notified to the other party. It can be jointly presented with the notice of arbitration.

The application may be submitted to the Tribunal after two weeks from the notification of the request²².

The request shall be in writing and specify the measures requested, the reasons therefor and the possible consequences, if it is not granted, for the preservation of the respective rights of the parties or for the prevention of serious harm to the marine environment. It shall also indicate the legal grounds upon which the arbitral tribunal which is to be constituted would have jurisdiction and the urgency of the situation²³. A certified copy of the notification or of any other document instituting the proceedings before the arbitral tribunal shall be annexed to the request²⁴.

Upon receiving the request, the Registrar shall transmit a certified copy to the respondent all steps on behalf of the parties after proceedings have been instituted shall be taken by agents. Agents shall have an address for service at the seat of the Tribunal or in the capital of the country where the seat is located, to which all communications concerning the case are to be sent²⁵. The respondent, upon receipt of the certified copy of the application, or as soon as possible thereafter, shall inform the Tribunal of the name of its agent²⁶. The President is informed of proceeding questions before giving the appropriate orders.

The Tribunal, or the President if the Tribunal is not sitting, shall fix the earliest possible date for a hearing. The Tribunal shall take into ac-

22. Ibid . paragraph 99.

23. Article 89, paragraph 2 of the Rules.

24Article 89, paragraphs 3and 4 of the Rules.

25. Article 63, paragraph 1 of the Rules.

26. Article 56, paragraph 1 of the Rules.

count any observations that may be presented to it by a party before the closure of the hearing²⁷. In general, the respondents present their conclusions to the Tribunal before the opening of hearing.

The oral proceedings shall consist of the hearing by the Tribunal of agents, counsel, advocates, witnesses and experts²⁸. The hearing shall be public, unless the Tribunal decides otherwise or unless the parties demand that the public be not admitted²⁹. A request for the prescription of provisional measures has priority over all other proceedings before the Tribunal³⁰. For these urgent proceedings, the hearings shall commence 2 or 3 weeks after submission of the request to the Tribunal. These will generally last 2 or 3 days by case. Each party can have its experts and witnesses heard.

They shall communicate to the Registrar a list of the surnames, first names, nationalities, descriptions and places of residence of the witnesses and experts whom the party intends to call, with indications of the point or points to which their evidence will be directed. A certified copy of the communication shall also be furnished for transmission to the other party³¹.

2.1.4. The Order and Its Effects In the Tribunal's practice developed so far, there is approximately one month between the submission of the request for provisional measures and the rendering of the order. The order shall be read in a public hearing of the Tribunal. The court or tribunal shall forthwith give notice to the parties to the dispute, and to such other States Parties if it considers it appropriate³².

When a request for provisional measures has been made, the Tribunal may prescribe measures different in whole or in part from those re-

27. Article 90, paragraphs 2 and 3 of the Rules.

28. Article 44, paragraph 3 of the Rules

29. Article 26, paragraph 2 of the Statute.

30. Article 90, paragraph 1 of the Rules; without prejudice to Article 112, paragraph 1 of the Rules regarding the application for prompt release of vessel and crew.

31. Article 72 of the Rules.

32. Article 290, paragraph 4 of the Convention.

quested and indicate the parties which are to take or to comply with each measure³³. As indeed in the judgments, judges that do not vote with the majority of their colleagues may submit their dissident opinions or their individual opinions. They may also make declarations.

Each party to the dispute shall comply promptly with any provisional measures prescribed under article 290 of the Convention³⁴. The compulsory nature conferred to the orders by the convention makes its application without delay compulsory for parties to the dispute. Article 290 of the Convention provides that the Tribunal may prescribe ... provisional measures ...”.

The form of the prescription of provisional measures had cast doubts on the binding nature of these measures, due to the practice of the ICJ, which indicates these measures under article 41 of its Statute³⁵, which has been the subject of controversy.

It must be recalled that the decisions relating to the provisional measures are interlocutory judgments that allows the Tribunal to give an order, although having immediate effect that is not definitive. The binding nature stems, not only from the form but also its content. Moreover, the preparatory works to the convention clearly settle the question. The State-Parties, by choosing the expression-prescription of provisional measures intended to confer these legal decisions a binding character.

The Tribunal recalled in the Southern Bluefin Tuna case-the binding character of the prescribed measures and the provision set in article 290, paragraph 6 of the convention that one has to comply with these measures without delay³⁶. That is why, each party must inform the Tribunal, as soon as possible, of the measures taken to implement the provisional measures prescribed by the Tribunal.

In particular, each party shall submit an initial report on the provi-

33. Article 89, paragraph 5 of the Rules.

34. Article 290, paragraph 4 of the Convention.

35. In its judgment on the merits of 27 June 2001 in the “LaGrand” case, the ICJ did not hesitate to assert the binding nature of its orders.

sions taken or that it proposes to take to immediately comply with the prescribed measures³⁷. Furthermore, the Tribunal can ask for further information concerning questions relating to the implementation of the prescribed measures³⁸.

Therefore, on one hand, as far as the provisional measures are concerned if a dispute has been duly submitted to a Court or a Tribunal which considers that *prima facie* it has jurisdiction, the Court or a Tribunal may prescribe any provisional measures which it considers appropriate under the circumstances to preserve respective rights of the parties or to prevent serious harm to the marine environment, pending the final decision.

On the other hand, pending the constitution of an Annex VII arbitral Tribunal, any court or Tribunal agreed upon by the parties or, failing such agreement within two weeks, ITLOS, or the Seabed dispute chamber may prescribe, modify, or revoke provisional measures if it considers that *prima facie* the Tribunal would have jurisdiction.

3. Preliminary Proceedings

This incidental proceeding is aimed at implementing Article 294 of the LOSC. This provision is linked to the compromise concerning the limitations to compulsory jurisdiction set out in Article 297 of the Convention.

A Court or Tribunal provided for in article 287 to which an application is made in respect of a dispute referred to in article 297 shall determine at the request of a party, or may determine whether the claim constitutes an abuse of legal process or whether *prima facie* it is well founded. If the court or tribunal determines that the claim constitutes an abuse of legal process or is *prima facie* unfounded, it shall take no further action in the case.

37. Article 95, paragraph 1 of the Rules.

38. Article 95, paragraph 2 of the Rules.

Upon receipt of the application, the court or tribunal shall immediately notify the other party or parties of the application, and shall fix a reasonable time-limit within which they may request it to make a determination.

The Tribunal may also decide, within two months from the date of an application, to exercise proprio motu its power under article 294, paragraph 1, of the Convention³⁹.

The request by the respondent for a determination under article 294 of the Convention shall be in writing and shall indicate the grounds for a determination by the Tribunal that the application is made in respect of a dispute referred to in article 297 of the Convention; and the claim constitutes an abuse of legal process or is prima facie unfounded⁴⁰.

Upon receipt of such a request or proprio motu, the Tribunal, or the President if the Tribunal is not sitting, shall fix a time-limit not exceeding 60 days within which the parties may present their written observations and submissions. The proceedings on the merits shall be suspended⁴¹. Unless the Tribunal decides otherwise, the further proceedings shall be oral⁴².

The written observations and submissions and the statements and evidence presented at the hearings shall be confined to those matters which are relevant to the determination of whether the claim constitutes an abuse of legal process or is prima facie unfounded, and of whether the application is made in respect of a dispute referred to in article 297 of the Convention. The Tribunal may, however, request the parties to argue all questions of law and fact, and to adduce all evidence, bearing on the issue⁴³. The Tribunal shall make its determination in the form of a judgment⁴⁴.

39. Article 96, paragraph 3 of the Rules.

40. Article 96, paragraph 4 of the Rules.

41. Article 96, paragraph 5 of the Rules.

42. Article 96, paragraph 6 of the Rules.

43. Article 96, paragraph 7 of the Rules.

44. Article 96, paragraph 8 of the Rules.

We shall stress the rare cases of preliminary procedures. However, the question had been raised in the CAMUCO case between Panama and France (The Camouco case, 2000) concerning the admissibility of the request. France representative, M. Dobelle stated that:

“ I should now like to look into questions concerning the admissibility of the application . First , the admissibility of the application , at least in part , might first be invoked on the grounds that it is similar to an abuse of legal process . I stress abuse of legal process and not an abuse of right as was alleged this morning . France is , of course , not aware that the preliminary proceedings laid down in article 294 of the Convention are not applicable in principle . Moreover , they would be difficult to apply in practice in the context of their case relating to a question of prompt release as covered by article 292.

However , the notion of the abuse of process to which the procedures laid down in article 294 are intended to serve as a response is not entirely alien to the present case.

In alleging that France has violated the provisions of article 58 of the Convention , the Panamanian application purely and simply alleged that the coastal state has acted in contravention of the provisions of the Convention with respect to the freedoms and rights of navigation as laid down in article 297⁴⁵.

However , even though it has been shown that this allegation does not fall within the jurisdiction of the Tribunal in the proceedings forming the object of the present case , the fact nevertheless remains that Panama appears to be submitting an application in respect of a dispute referred to in article 297 according to the terms of article 294. This would entitle France to regard the application making such a request as an abuse of process . I shall limit myself to raising this question as it is up to the Tribunal to judge .

The Tribunal did not follow this argument, in this regard.

45. Ibid , Hearings of the 27 January 2000, (pm).

3.1. The Preliminary Objections

The Tribunal was inspired by the need for expeditious proceedings when it adopted the provisions concerning preliminary objections. To that end, the time-limits is shortened to 90 days.

Preliminary objections are a “mean invoked during the first phase of the proceedings, so that the Tribunal may rule on a preliminary question before going into the merits of the case”⁴⁶.

The rules of the Tribunal characterise the preliminary objections by the effect of its invocation during the course of proceedings. When a mean has the effect to terminate proceedings on the merits, it is a preliminary objection of inadmissibility. When, in contrary, it has the effect to suspend the proceedings on the merits until some conditions are met, it is an admissibility objection of the request, as for instance, in the case of exhaustion of domestic remedies.

In each case, the Tribunal has to rule because “in any objection to the jurisdiction of the Tribunal, the Tribunal has to decide”⁴⁷.

The procedure to follow is defined in article 97 of the Rules of the Tribunal. Any objection to the jurisdiction of the Tribunal or to the admissibility of the application, or other objection the decision upon which is requested before any further proceedings on the merits, shall be made in writing within 90 days from the institution of proceedings⁴⁸.

The preliminary objection shall set out the facts and the law on which the objection is based, as well as the submissions⁴⁹.

Upon receipt by the Registry of a preliminary objection, the proceedings on the merits shall be suspended and the Tribunal, or the President

46. J. BASDEVANT, *Dictionnaire de la Terminologie du Droit International*.

47. Article 288, paragraph 4 of the Convention. See also Article 58 of the Rules.

48. Article 97, paragraph 1 of the Rules.

49. Article 97, paragraph 2 of the Rules.

if the Tribunal is not sitting, shall fix a time-limit not exceeding 60 days within which the other party may present its written observations and submissions. It shall fix a further time-limit not exceeding 60 days from the receipt of such observations and submissions within which the objecting party may present its written observations and submissions in reply. Copies of documents in support shall be annexed to such statements and evidence, which it is proposed to produce, shall be mentioned⁵⁰. Unless the Tribunal decides otherwise, the further proceedings shall be oral⁵¹.

The written observations and submissions referred to in paragraph 3, and the statements and evidence presented at the hearings contemplated by paragraph 4, shall be confined to those matters which are relevant to the objection. Whenever necessary, however, the Tribunal may request the parties to argue all questions of law and fact and to adduce all evidence bearing on the issue⁵². After that, starts the deliberation phase.

The Tribunal shall give its decision in the form of a judgment, by which it shall uphold the objection or reject it or declare that the objection does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character. If the Tribunal rejects the objection or declares that it does not possess an exclusively preliminary character, it shall fix time-limits for the further proceedings⁵³.

Finally, The Tribunal shall give effect to any agreement between the parties that an objection submitted under paragraph 1 be heard and determined within the framework of the merits⁵⁴.

The Joinder of preliminary objection to the merits has been applied by the Tribunal in the Saïga case (N°2) on the basis of the 20 February 1998 Agreement between Guinea and Saint Vincent. Article 2 provides:

50. Article 97, paragraph 3 of the Rules.

51. Article 97, paragraph 4 of the Rules.

52. Article 97, paragraph 5 of the Rules.

53. Article 97, paragraph 6 of the Rules.

54. Article 97, paragraph 7 of the Rules.

*“ The written and oral proceedings before the International Tribunal for the Law of the Sea shall comprise a single phase dealing with all aspects of the merits (including damages and costs) and the objection as to jurisdiction raised in the Government of Guinea’s , Statement of Response dated 30 January 1998 ”*⁵⁵.

Preliminary objections are often raised by the respondent when proceedings are instituted by mean of an application. This was indeed the case before this tribunal, particularly in matters it exercises a compulsory jurisdiction.

3.2. Counter Claims

A counter claim is an incidental claim through which a party to the proceedings seek to obtain, on top of the dismissal of the request initiated against it, the satisfaction by the adverse party of a claim having connection with the subject matter of the request of that party⁵⁶.

Under article 98 of ITLOS Rules, three conditions have to be met, for a counter-claim to be admissible.

First, a party may present a counter-claim provided that it is directly connected with the subject-matter of the claim of the other party.

Then, the counter claim shall come within the jurisdiction of the Tribunal.

And finally, it shall be made in the counter-memorial of the party presenting it and shall appear as part of the submissions of that party⁵⁷.

This latter condition shows that the proceedings must be introduced by a mean of an application, putting the parties in a defendant/respondent relationship .

55. The —Saïga case, op. cit. (Note 85), page 15.

56. Dictionnaire de Droit International Public, (J. SALMON) p. 316.

57. Article 98, paragraph 1 and 2 of the Rules.

It remains very difficult to formulate a counter-claim during the course of a procedure initiated by a special agreement, where there is neither defender, nor respondent and where the presentation of pleadings can be simultaneous⁵⁸.

In the event of doubt as to the connection between the question presented by way of counter-claim and the subject-matter of the claim of the other party the Tribunal shall, after hearing the parties, decide whether or not the question thus presented shall be joined to the original proceedings⁵⁹.

Given that a counter-claim is an incidental claim, the Tribunal may adjudicate in the same terms as the original one. Thus, the fate of the two types of claim appears to be connected.

In the Southern Bluefin Tuna case, Japan presented a counter claim⁶⁰ but the Tribunal did not decide on this plea.

3.3. Intervention

A modification of the constituent of the legal links of the procedure characterised by the respective claims of the Parties, determining the subject-matter of the dispute, established by the legal act initiating the proceedings and the conclusions, may occur.

The intrusion of a third party in the course of a proceeding is called an intervention⁶¹. Two types of intervention are envisaged in the ITLOS Statute. The so-called optional intervention triggered by a request upon which it shall be for the Tribunal to decide and the intervention-as of right to which a State is entitled when the construction of a Convention to which it is a party, is in question. If a request to intervene is granted, the decision of the Tribunal in respect of the dispute shall be binding upon the intervening State-Party.

58. Article 61, paragraph 3 of the Rules.

59. Article 98, paragraph 3 of the Rules.

60. The Southern Bluefin Tuna case, *op. cit.* (note 86).

61. Article 31 of the Statute.

There must be a distinction between the request to intervene⁶² and the right to intervene regarding interpretation or application issues⁶³.

In the first case, should a State Party consider that it has an interest of a legal nature, which may be affected by the decision in any dispute; it may submit a request to the Tribunal to be permitted to intervene. It shall be for the Tribunal to decide upon this request. If a request to intervene is granted, the decision of the Tribunal in respect of the dispute shall be binding upon the intervening State .

Party in so far as it relates to matters in respect of which that State Party intervened. The intervening party must show evidence it has interest to intervene. In the second case, whenever the interpretation or application of this Convention is in question, the Registrar shall notify all States Parties forthwith.

Whenever pursuant to article 31 or 32 of LOSC Annex VI⁶⁴ the interpretation or application of an international agreement is in question, the Registrar shall notify all the parties to the agreement.

Every party has the right to intervene in the proceedings; if it uses this right, the interpretation given by the judgment will be equally binding upon it.

The request to intervene and the right to intervene procedures are defined in the Rules of Tribunal.

An application for permission to intervene under the terms of article 31 of the Statute shall be filed not later than 30 days after the counter-memorial becomes available under article 67, paragraph 1, of these Rules. In exceptional circumstances, an application submitted at a later stage may however be admitted .

62. Article 32 of the Statute.

63. The article 20 of the Statute is related to access to the tribunal, whereas Article 21 deals with its jurisdiction.

64. Article 99 of the Rules.

The application shall be signed, and state the name and address of an agent. It shall specify the case to which it relates and shall set out: a) the interest of a legal nature which the State Party applying to intervene considers may be affected by the decision in that case; b) the precise object of the intervention.

Permission to intervene under the terms of article 31 of the Statute may be granted irrespective of the choice made by the applicant under article 287 of the Convention. The application shall contain a list of the documents in support, copies of which documents shall be annexed⁶⁵.

A State Party or an entity other than a State Party referred to in article 32, of the Statute which desires to avail itself of the right of intervention shall file a declaration to that effect. The declaration shall be filed not later than 30 days after the counter-memorial becomes available under article 67, paragraph 1, of these Rules. In exceptional circumstances, a declaration submitted at a later stage may, however, be admitted.

The declaration shall be signed by the agent and state his name and address. It shall specify the case to which it relates and shall: a) identify the particular provisions of the Convention or of the international agreement the interpretation or application of which the declaring party considers to be in question; b) set out the interpretation or application of those provisions for which it contends; c) list the documents in support, copies of which documents shall be annexed⁶⁶.

Certified copies of the application for permission to intervene under article 31 of the Statute, or of the declaration of intervention under article 32 of the Statute, shall be communicated forthwith to the parties to the case, which shall be invited to furnish their written observations within a time-limit to be fixed by the Tribunal or by the President if the Tribunal is not sitting.

65. Article 100 of the Rules.

66. Article 101 of the Rules.

The Registrar shall also transmit copies to States Parties; any other parties which have to be notified under article 32, paragraph 2, of the Statute; the Secretary-General of the United Nations; the Secretary-General of the Authority when the proceedings are before the Seabed Disputes Chamber⁶⁷.

The Tribunal shall decide whether an application for permission to intervene under article 31 of the Statute should be granted or whether an intervention under article 32 of the Statute is admissible as a matter of priority unless in view of the circumstances of the case the Tribunal determines otherwise.

If, within the time-limit fixed under article 101, an objection is filed to an application for permission to intervene, or to the admissibility of a declaration of intervention, the Tribunal shall hear the State Party or entity other than a State Party seeking to intervene and the parties before deciding⁶⁸.

If an application for permission to intervene under article 31 of the Statute is granted, the intervening State Party shall be supplied with copies of the pleadings and documents annexed and shall be entitled to submit a written statement within a time-limit to be fixed by the Tribunal. A further time-limit shall be fixed within which the parties may, if they so desire, furnish their written observations on that statement prior to the oral proceedings. If the Tribunal is not sitting, these time-limits shall be fixed by the President.

The time-limits shall, so far as possible, coincide with those already fixed for the pleadings in the case. The intervening State Party shall be entitled, in the course of the oral proceedings, to submit its observations with respect to the subject-matter of the intervention.

The intervening State Party shall not be entitled to choose a judge ad hoc or to object to an agreement to discontinue the proceedings⁶⁹.

67. Article 102 of the Rules.

68. Article 105, paragraph 2 of the Rules.

69. Article 105, paragraph 3 of the Rules.

Regarding the right to intervene, the procedure set by article 104 of the Rules of the tribunal is the same. It is to be noted that the Tribunal has not yet examined an intervention case.

3.4. Discontinuance

If at any time before the final judgment on the merits has been delivered the parties, either jointly or separately, notify the Tribunal in writing that they have agreed to discontinue the proceedings, the Tribunal shall make an order recording the discontinuance and directing the Registrar to remove the case from the List of cases or docket.

If the parties have agreed to discontinue the proceedings in consequence of having reached a settlement of the dispute and if they so desire, the Tribunal shall record this fact in the order for the removal of the case from the List, or indicate in, or annex to, the order the terms of the settlement.

If the Tribunal is not sitting, any order under this article may be made by the President⁷⁰.

These provisions have been applied by the Tribunal in the CHAISIRI REEFER 2 case between Panama and Yemen. The Tribunal said:

“Whereas the Agent of Panama addressed to the Acting Registrar of the Tribunal a letter dated 12 July 2001 which reads as follows: I have the honour to inform you that:

In accordance with article 105 para 2 of the Rules of the Tribunal:

- . The parties have agreed to discontinue the proceedings
- . In consequence of having reached a settlement of the dispute

70. Article 105, paragraph 3 of the Rules.

concerning the arrest of “CH AISIRI REEFER 2” as follows:

“ Places on record the discontinuance , by agreement of the Parties , of the proceedings initiated on 3 July 2001 on behalf of Panama against Yemen; and Orders that the case be removed from the List of cases ”⁷¹

If, in the course of proceedings instituted by means of an application, the applicant informs the Tribunal in writing that it is not going on with the proceedings, and if, at the date on which this communication is received by the Registry, the respondent has not yet taken any step in the proceedings, the Tribunal shall make an order officially recording the discontinuance of the proceedings and directing the removal of the case from the List of cases. A copy of this order shall be sent by the Registrar to the respondent.

If, at the time when the notice of discontinuance is received, the respondent has already taken some step in the proceedings, the Tribunal shall fix a time-limit within which the respondent may state whether it opposes the discontinuance of the proceedings. If no objection is made to the discontinuance before the expiration of the time-limit, acquiescence will be presumed and the Tribunal shall make an order recording the discontinuance of the proceedings and directing the Registrar to remove the case from the List of cases. If objection is made, the proceedings shall continue⁷². If the Tribunal is not sitting, its powers under this article may be exercised by the President.

4. Prompt Release of Vessels and Crews

This is another urgent procedure—with the provisional measures—set out in Article 292 of the LOSC. Certain conditions must be satisfied for the Tribunal to have jurisdiction: The detaining State has not complied with provisions of the Convention for the prompt release upon the

71. The Chaisiri Reefer 2 (Panama vs. Yemen), Order of 13 July 2001, ITLOS, Recueil, 2001, p. 82.

72. Article 106 of the Rules.

posting of a reasonable bond and once the bond or financial security have been posted, the authorities of the detaining State shall comply promptly with the decision of the Tribunal concerning the release of the vessel or its crew.

An application for the release of a vessel or its crew from detention may be made under the conditions set by the Convention. First, where the authorities of a State Party have detained a vessel flying the flag of another State Party.

Then, it is alleged that the detaining State has not complied with the provisions of this Convention for the prompt release of the vessel or its crew upon the posting of a reasonable bond or other financial security, Finally, when the parties fail to reach an agreement within 10 days from the time of detention of the vessel or crew, to bring the issue of detention or arrest before an international Tribunal⁷³.

In this special procedure, the Tribunal exercises a residual jurisdiction. It: “ *Shall deal without delay with the application for release and shall deal only with the question of release , without prejudice to the merits of any case before the appropriate domestic forum against the vessel , its owner or its crew . The a uthorities of the detaining State remain competent to release the vessel or its crew at any time* ”⁷⁴

In this particular procedure, the Tribunal exercises a compulsory jurisdiction. We will examine the conditions of filing a request, the procedure and the judgment

4.1. Conditions for the Filing of a Request

a. Initiation of proceedings

The procedure relating to the prompt release of the detention of a

73. Article 292, paragraph 1 of the Convention.

74. Article 292, paragraph 3 of the Convention.

vessel or the liberation of its crew is introduced by a request addressed to the Registrar⁷⁵.

The application for release may be made only by or on behalf⁷⁶ of the flag State of the vessel. In this case, State Party may at any time notify the State authorities of the flag State⁷⁷ competent to authorize persons, as well as by documents stating that the person submitting the application is the person named in the authorization. The application shall contain a succinct statement of the facts and legal grounds upon which the application is based and supporting documents shall be annexed to the application⁷⁸.

Under article 111, paragraph 2 of the Rules, the statement of facts shall specify the time and place of detention of the vessel and the present location of the vessel and crew, if known.

It shall also contain relevant information concerning the vessel and crew including, where appropriate, the name, flag and the port or place of registration of the vessel and its tonnage, cargo capacity and data relevant to the determination of its value, the name and address of the vessel owner and operator and particulars regarding its crew.

It shall specify the amount, nature and terms of the bond or other financial security that may have been imposed by the detaining State and the extent to which such requirements have been complied with;

And finally, the statement of facts shall contain any further infor-

75. Article 24, paragraph 1 of the Statute, Article 292, paragraph 1 of the Convention, Article 110, paragraph 1 of the Rules.

76. Article 292, paragraph 2 of the Convention, Article 110, paragraph 1 of the Rules.

77. Article 110, paragraph 2 of the Rules stipulates that: A State Party may at any time notify the Tribunal of: a) the State authorities competent to authorize persons to make applications on its behalf under article 292 of the Convention; b) the name and address of any person who is authorized to make an application on its behalf; c) the office designated to receive notice of an application for the release of a vessel or its crew and the most expeditious means for delivery of documents to that office; d) any clarification, modification or withdrawal of such notification.

78. Article 111, paragraphs 1 and 3 of the Rules.

mation the applicant considers relevant to the determination of the amount of a reasonable bond or other financial security and to any other issue in the proceedings.

A certified copy of the application shall forthwith be transmitted by the respondent and the President of the Tribunal shall consult the parties regarding procedure questions.

4.1.1. Statement in Response

A certified copy of the application shall forthwith be transmitted by the Registrar to the detaining State, which may submit a statement in response with supporting documents annexed, to be filed as soon as possible but not later than 96 hours before the hearing⁷⁹. The Tribunal may, at any time, require further information to be provided in a supplementary statement. The further proceedings relating to the application shall be oral.

4.1.2. Oral Proceedings

The prompt release procedure is an urgent procedure as the one relating to the prescription of provisional measures. The Tribunal shall give priority to applications for release of vessels or crews over all other proceedings before the Tribunal.

However, if the Tribunal is seized of an application for release of a vessel or its crew and of a request for the prescription of provisional measures, it shall take the necessary measures to ensure that both the application and the request⁸⁰ are dealt with without delay. The Tribunal, or the President if the Tribunal is not sitting, shall fix the earliest possible date, within a period of 15 days commencing with the first working day following the date on which the application is received, for a hearing at which each of the parties shall be accorded, unless otherwise decided, one day to present its evidence and arguments⁸¹.

79. Article 111, paragraph 4 of the Rules.

80. Article 112, paragraph 1 of the Rules.

81. Article 112, paragraph 3 of the Rules.

4.1.3. The Judgment

The jurisdiction of the Tribunal in this procedure is restricted. It only examines issues of prompt release. Also, The Tribunal shall in its judgment determine in each case whether or not the allegation made by the applicant that the detaining State has not complied with a provision of the Convention for the prompt release of the vessel or the crew upon the posting of a reasonable bond or other financial security is well-founded⁸².

In other words, the admissibility of an application, under article 292 of the convention, is subjected to evidence that the detaining state did not comply with the provisions of the convention dealing with the prompt release of vessel and crew. The provisions of the Convention regarding the prompt release are set by article 73, paragraph 2 of the Convention relating to the implementation of the rules of the coastal State.

It reads:

“ Up on posting of a bond or financial security , it shall proceed without delay to the release of the vessel or the crew ”.

Article 113, paragraph 2 of the Rules of the Tribunal provides that If the Tribunal decides that the allegation is well-founded, it shall determine the amount, nature and form of the bond or financial security to be posted for the release of the vessel or the crew.

The Tribunal shall determine whether the bond or other financial security shall be posted with the Registrar or with the detaining State, If the bond or other financial security has been posted with the Registrar, the detaining State shall be promptly notified there of⁸³.

The decision of the Tribunal shall be in the form of a judgment. The

82. Article 113, paragraph 1 of the Rules.

83. Article 113, paragraph 3 and Article 114 paragraph 1 of the Rules.

judgment shall be adopted as soon as possible and shall be read at a public sitting of the Tribunal to be held not later than 14 days after the closure of the hearing. The parties shall be notified of the date of the sitting. There shall be no more than 4 weeks between the date on which the application is received and the judgment.

Upon the posting of the bond or other financial security determined by the court or tribunal, the authorities of the detaining State shall comply promptly with the decision of the court or tribunal concerning the release of the vessel or its crew⁸⁴.

To this day the Tribunal has entertained nine prompt release of vessels and crew cases (The Saïga case, 1997) (The Camuco case, 2000) (the Monte Confurco case, 2000) (the Grand Prince case, 2001) (The Chasiri Reefer 2 case, 2001) (The Volga case, 2002) (The Juno Trader case, 2004) (The Hoshinmaru case, 2007) (The Tomimaru case, 2007).

5. Case Law

5.1. Saïga Case

The M/V SAIGA is an oil tanker flying the flag of Saint-Vincent-and-the Grenadines. Its character at the relevant time was Lemanía Shipping Group Limited, registered in Geneva, Switzerland. At the time of the incident with respect to which the proceedings were instituted, the M/V SAIGA served as a bunkering vessel supplying fuel oil to fishing vessels and other vessels operating off the coast of Guinea. In the early morning of 27 October 1997, the M/V SAIGA having crossed the maritime boundary between Guinea and Guinea Bissau, entered the exclusive economic zone of Guinea approximately 32 nautical miles from the Guinean island of Alcatraz. The same day, it supplied gas oil to three fishing vessels, the Guiseppo Primo, the Kriti and the Eleni S. On 28 October 1997, the M/V SAIGA was arrested by Guinean Customs Patrol Boats. In the course of action, at least two crew members were injured. On the same day the vessel was brought to Conakry, Guinea, where the vessel

84. Article 292, paragraph 4 of the Convention.

and its crew were detained. Subsequently, two injured crew members were allowed to leave and the cargo was discharged in Conakry upon the orders of local authorities. Saint-Vincent-and-the-Grenadines instituted the proceedings under article 292 of the Law of the Sea Convention. In the SAIGA case, Guinea places the responsibility for any damage resulting from the use of force on the Master and crew of the ship (The MV “SAIGA” Case, 1999).

Examining the use of force of Guinea during the arrest of the SAIGA, ITLOS must take into account the circumstances of the arrest in light of the applicable rules of international law. Although the Convention does not contain any specific provision regarding the use of force, the applicable international law in article 293 of the Convention requires that the use of force must be avoided as far as possible and, where force is inevitable, it must not go beyond what is reasonable and necessary in the circumstances. In the view of the Tribunal, considerations of humanity must apply in the law of the sea, as they do in other areas of international law. In the same vein, the UN Fish Stocks Agreement concludes Article 22 (1) (f)⁸⁵ by recalling the use of force principle during ship arrests at sea⁸⁶.

5.2. Camuco Case

The CAMOUCO is a fishing vessel flying the flag of Panama. Its owner is “Merco-Pesca” (SA) a company registered in Panama. On 16 September 1999, the CAMOUCO left the port of Walvis Bay (Namibia) to engage in longline fishing in the Southern seas. Its master was a Spanish national. On 28 September, the CAMOUCO was boarded by the French surveillance frigate Floréal in the economic exclusive zone of the Crozet Islands (French Colony), 160 nautical miles from the northern

85. See article 22 of the UN Fish Stocks Agreement dealing with the basic procedures for boarding and inspection pursuant to article 21. It establishes the rights and duties of the Inspecting State, the Flag State and actions to be taken in conflicting circumstances concerning the master of a vessel as well as international regulations.

86. Article 22 (f) the UN Fish Stocks Agreement states that inspecting States shall “avoid the use of force except when and to the degree necessary to ensure the safety of the inspectors and where the inspectors are obstructed in the execution of their duties. The degree of force used shall not exceed that reasonably required in the circumstances”.

boundary of the zone. The procès-verbal of violation stated that six tonnes of frozen tooth fish were found in the holds of the CAMOUCO and that the Master was in breach of law on account of: Unlawful fishing in the EEZ of the Crozet Islands, under the French jurisdiction; attempted flight to avoid verification by maritime authority; etc. In the CAMOUCO CASE, the vessel being in detention was not disputed. However, the parties were in disagreement whether the Master of the vessel was also in detention. It is admitted that the Master was under “Court supervision”, that his passport has also been taken away from him by the French authorities, and that, consequently, he is not in a position to leave Réunion; the so-called “Controle judiciaire” in the French system. The Tribunal considers that, in the circumstances of this case, it is appropriate to order the release of the Master in accordance with article 292, paragraph 1, of the Convention⁸⁷.

5.3. Monte Confurco Case

In the MONTE CONFURCO case as well, the parties did not agree as to whether the Master was under arrest, because placed under “court supervision” by the French authorities, and his passport was taken away from him, according to article 292 of the convention. In the view of the Tribunal, being under “court supervision” is simply another form of detention (the MONTE CONFURCO case, 2000) (CAMOUCO case, 2000).

The issue of the detention of the Master and its crew also arose in the JUNO TRADER case (ST Vincent and the Grenadines V. Guinea) and the HOSHINMARU case (Japan v. Russian Federation), respectively (the JUNO TRADER case, 2004) (the HOSHINMARU case, 2007).

87. Article 292, paragraph 1, of the Convention states: “Where the authorities of a State Party have detained a vessel flying the flag of another State Party and it is alleged that the detaining State has not complied with the provisions of this Convention for the prompt release of the vessel or its crew upon the posting of a reasonable bond or other financial security, the question of release from detention may be submitted to any court or tribunal agreed upon by the parties or, failing such agreement within 10 days from the time of detention, to a court or tribunal accepted by the detaining State under article 287 or to the International Tribunal for the Law of the Sea, unless the parties otherwise agree”.

5.4. Juno Trader Case

In the JUNO TRADER case (the JUNO TRADER case, 2004) the parties were in disagreement whether the crew was detained. According to the Applicant, while some passports have been returned, as of 7 December 2004 the passports of six crew members have not been returned. The Respondent contended that Guinea-Bissau did not detain any crew members of the JUNO TRADER and returned passports on request. In a letter dated 15 December 2004, received during the Tribunal's deliberations, the Respondent informed the Tribunal that "the Guinea-Bissau authorities (FISCAP) have already delivered the remaining passports and all members of the crew can freely leave Guinea-Bissau". The letter added that "the remaining passports have already been delivered without any formal conditions (such as posting of a bond) and are free to leave Guinea Bissau". On 16 December 2004, the Applicant, whilst confirming the information regarding delivery of passports, did not withdraw its request for an order from the Tribunal concerning the release of the members of the crew.

In this respect, the Tribunal notes that the members of the crew are still in Guinea-Bissau and subject to its jurisdiction. The Tribunal places on record the undertaking given by the Respondent in its letter dated 15 December 2004 and 26 declares that all members of the crew should be free to leave Guinea-Bissau without any conditions.

5.5. Hoshinmaru Case

In the HOSHINMARU case (the HOSHINMARU case, 2007). The Tribunal notes the statement by the Respondent that the restrictions on the free movement of the Master were lifted on 16 July 2007. The Tribunal further notes that the Master and the crew still remain in the Russian Federation. For these reasons and in view of the circumstances of the case, the Tribunal finds that the Respondent has not complied with article 73, paragraph 2, of the Convention, that the Application is well-founded, and that, consequently, the Russian Federation must release promptly the HOSHINMARU, including the catch on board and its crew

in accordance with paragraph 102⁸⁸.

The Tribunal decided that the Russian Federation must proceed into a prompt release of the HOSHINMARU, the master and the crew without further delay upon the posting of a reasonable bond or other security determined by the tribunal.

5.6. Tominmaru Case

In the TOMINMARU case (The Tomimaru case, 2007) (Japan vs. Russian Federation, 2007), it must be recalled the observations of the Tribunal relating to the confiscation and the international standards of due process.

As already declared by the tribunal in MONTE CONFURCO case judgment (the MONTE CONFURCO case, 2000), article 73 identifies two interests, the interest of the coastal State to take appropriate measures as may be necessary to ensure compliance with the laws and regulations adopted by it on the one hand and the interest of the flag State in securing prompt release of its vessels and their crews from detention on the other. It strikes a fair balance between the two interests. It provides for release of the vessel and its crew upon the posting of a bond or other security, thus protecting the interests of the flag State and of other persons affected by the detention of the vessel and its crew. The release from detention can be subject only to a “reasonable” bond. The Tribunal stress that a judgment under article 292 of the Convention must be without prejudice to the merits of any case before the appropriate domestic forum against the vessel, its owner or its crew. And this is to be taken into account to establish a fair balance between the interests of a coastal State and those of a flag State. It is the view of the Tribunal that confiscation of a fishing vessel must not be used in such a manner as to upset the balance of the interests of the flag State and of the coastal State as established in the Convention. A decision to confiscate eliminates the provisional character of the detention of the vessel rendering the proce-

88. Article 73, paragraph 2, of the Convention states that: “Arrested vessels and their crews shall be promptly released upon the posting of reasonable bond or other security.”

dures for its prompt release without object. Such a decision should not be taken in such a way as to prevent the ship owner from having recourse to available domestic judicial remedies, or as to prevent the flag State from resorting to the prompt release procedure set forth in the Convention; nor should it be taken through proceedings inconsistent with international standards of due process of law. A confiscation decided in unjustified haste would jeopardize the implementation of article 292 of the Convention. The Tribunal notes that the decision of the Supreme Court of the Russian Federation brings to an end the procedures before the domestic courts. This has not been contested by the Applicant. After being informed of that decision, the Applicant did not maintain its argument that the confiscation of the TOMIMARU is not final. The Tribunal notes also that no inconsistency with international standards of due process of law has been argued and that no allegation has been raised that the proceedings which resulted in the confiscation were such as to frustrate the possibility of recourse to national or international remedies.

5.7. Virginia G Case

In the VIRGINIA G (the M/V “Virginia G” case, 2014) case Panama argues that it “is bringing this action against Guinea Bissau within the framework of diplomatic protection” and that it “takes the cause of its national and the vessel VIRGINIA G with everything on board, and every person and entity involved or interested in her operations”.

To support its position, Panama refers to the SAIGA case (M/V “SAIGA”, 1999) where the Tribunal states that “the Convention considers a ship as a unit, as regards the obligations of the flag State”. Thus, the ship, everything on it, and every person involved or interested in its operations are treated as an entity linked to the flag State. The nationalities of these persons are not relevant. The judgment was rendered by the United Nations International Law Commission. We will remind that Panama refers also to article 18 of the draft articles on diplomatic protection adopted by the commission in 2006 regarding the protection of ships’ crews, who have on board dozens of nationalities. It States: “The right of the State of nationality of the members of the crew of a ship to

exercise diplomatic protection is not affected by the right of the State of nationality of a ship to seek redress on behalf of such crew members, irrespective of their nationality, when they have been injured in connection with an injury to the vessel resulting from an internationally wrongful act". On this basis, ITLOS concludes that the VIRGINIA G must be treated as an entity and that "each ship may have a crew of different nationalities". The similarities in prompt release system lie on the arrest of vessels. It is governed by the UNCLOS article 292 stating that were the authorities of a State-Party have detained a vessel flying the flag of another State-Party and it is alleged that the detaining State has not complied with the provisions of the Convention, the question may be submitted to the International Tribunal for the Law of the Sea. The differences reside in the nature of the vessels involved in the detention: Bunkering vessels, fishing vessels or any vessel performing an unlawful act in an EEZ.

5.8. Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels

On 16 April 2019, Ukraine filed with the Tribunal a Request for the prescription of provisional measures (hereinafter "the Request") under article 290, paragraph 5, of the Convention in the dispute between Ukraine and the Russian Federation

concerning the immunity of three Ukrainian naval vessels and the twenty-four servicemen on board. The case was entered in the List of Cases as Case No. 26 and named Case concerning the detention of three Ukrainian naval vessels.

In a note verbale dated 30 April 2019 and received in the Registry on the same date, the Embassy of the Russian Federation to the Federal Republic of Germany stated:

The Russian Federation is of the view that the arbitral tribunal to be constituted under Annex VII of UNCLOS will not have jurisdiction, including prima facie, to rule on Ukraine's claim, in light of the reser-

vations made by both the Russian Federation and Ukraine under Article 298 of UNCLOS stating , inter alia , that they do not accept the compulsory procedures provided for in Section 2 of Part XV thereof entailing binding decisions for the consideration of disputes concerning military activities . Furthermore , the Russian Federation expressly stated that the aforementioned procedures are not accepted with respect to disputes concerning military activities by government vessels and aircraft . For this obvious reason the Russian Federation is of the view that there is no basis for the International Tribunal for the Law of the Sea to rule on the issue of the provisional measures requested by Ukraine .

The Russian Federation has the honour to inform the International Tribunal for the Law of the Sea of its decision not to participate in the hearing on provisional measures in the case initiated by Ukraine , without prejudice to the question of its participation in the subsequent arbitration if , despite the obvious lack of jurisdiction of the Annex VII tribunal whose constitution Ukraine is requesting , the matter proceeds further .

However , in order to assist the International Tribunal for the Law of the Sea and in conformity with Article 90 (3) of the Rules , the Russian Federation intends to submit in due course more precise written observations regarding its position on the circumstances of the case .

The Tribunal notes that article 28 of the Statute reads:

When one of the parties does not appear before the Tribunal or fails to defend its case , the other party may request the Tribunal to continue the proceedings and make its decision . Absence of a party or failure of a party to defend its case shall not constitute a bar to the proceedings . Before making its decision , the Tribunal must satisfy itself not only that it has jurisdiction over the dispute , but also that the claim is well founded in fact and law ⁸⁹ .

89. Article 28 of the statute.

The Tribunal recalls that:

The absence of a party or failure of a party to defend its case does not constitute a bar to the proceedings and does not preclude the Tribunal from prescribing provisional measures, provided that the parties have been given an opportunity of presenting their observations on the subject (Arctic Sunrise, 2013) (Ndiaye, 2013) (Alexandrov, 1995) (Bowett, 1983) (FITZMAURICE, 1980).

In this regard, the Tribunal recalls that “ a State Party is not obliged to continue with an exchange of views when it concludes that the possibilities of reaching agreement have been exhausted ” (MOX Plant, 2001) (“ARA Libertad”, 2012) (Arctic Sunrise”, 2013).

For these reasons, THE TRIBUNAL, prescribes, pending a decision by the Annex VII arbitral tribunal, that The Russian Federation shall immediately release the Ukrainian naval vessels Berdyansk, Nikopol and Yani Kapu, and return them to the custody of Ukraine and release the 24 detained Ukrainian servicemen and allow them to return to Ukraine.

5.9. The M/T “San Padre Pio” Case

On 21 May 2019, Switzerland submitted to the Tribunal a Request for the prescription of provisional measures (hereinafter “the Request”) under article 290, paragraph 5, of the Convention in a dispute between Switzerland and Nigeria concerning the arrest and detention of the M/T “San Padre Pio”, its crew and cargo. The case was entered in the List of Cases as Case No. 27 and named The M/T “San Padre Pio” Case.

In paragraph 45 of the Statement of Claim, Switzerland requests the arbitral tribunal to be constituted under Annex VII to the Convention (hereinafter “the Annex VII arbitral tribunal”) to adjudge and declare that:

a) Nigeria has breached Switzerland’s rights under UNCLOS as follows:

1) By intercepting, arresting and detaining the “San Padre Pio” without the consent of Switzerland, Nigeria has breached its obligations to Switzerland regarding the freedom of navigation as provided for in article 58 read in conjunction with article 87 of UNCLOS

2) By intercepting the “San Padre Pio”, by arresting the vessel and her crew and by detaining the vessel, her crew and cargo without the consent of Switzerland, Nigeria has breached its obligations to Switzerland regarding the exercise of exclusive flag State jurisdiction as provided for in article 58 read in conjunction with article 92 of UNCLOS.

3) By arresting the “San Padre Pio” and her crew, by detaining the vessel, her crew and cargo without the consent of Switzerland and by initiating judicial proceedings against them, Nigeria has breached its obligations to Switzerland in its own right, in the exercise of its right to seek redress on behalf of crew members and all persons involved in the operation of the vessel, irrespective of their nationality, in regard to their rights under the ICCPR [International Covenant on Civil and Political Rights] and the MLC [Maritime Labour Convention], and under customary international law.

b) The aforementioned breaches of UNCLOS constitute internationally wrongful acts entailing Nigeria’s international responsibility.

c) These internationally wrongful acts entail legal consequences requiring Nigeria to:

1) cease, forthwith, the internationally wrongful acts continuing in time;

2) provide Switzerland with appropriate assurances and guarantees that all the internationally wrongful acts referred to in subparagraph (a) above will not be repeated;

3) provide Switzerland full reparation for the injuries caused by all the internationally wrongful acts referred to in subparagraph (a) above.

The factual background underlying the Request which has been submitted to the Tribunal can be summarized as follows. On 23 January 2018, the Nigerian navy intercepted and arrested the M/T “San Padre Pio”, a motor tanker flying the flag of Switzerland, while it was “engaged in one of several ship-to-ship (‘STS’) transfers of gasoil.” The gasoil “was intended to supply the Odudu Terminal”, an oil installation located within Nigeria’s exclusive economic zone and operated by the company Total. According to Switzerland, at the time of the arrest, the vessel “was approximately 32 nautical miles from the closest point of Nigeria’s coast” and within the exclusive economic zone of Nigeria. Switzerland adds that the ship-to-ship transfers took place “outside any safety zone that Nigeria could have established in accordance with UNCLOS... and well beyond the 200-metre area around installations to which Nigeria purports to extend its civil and criminal law.”

According to Nigeria, the Nigerian naval vessel NNS “Sagbama” “encountered the San Padre Pio at the Odudu Oil Field at approximately 20:00 on the night of 22 January 2018, where it was bunkering a vessel.” When the NNS “Sagbama” requested the M/T “San Padre Pio” to produce “regulatory approvals”, it was presented with the bill of lading and a navy certificate, but “other required permits—the DPR Permit and the NIMASA (Nigeria Maritime Administration and Safety Agency) Certificate—were not shown.” According to the report from the Nigerian navy, “the vessel had no proof of payment of the 3 per cent Import levy, sea protection and offshore oil reception facility levies at the point of arrest.” Nigeria states that “subsequent investigation revealed that the NIMASA Certificate was obtained on 24 January 2018, that is, after the San Padre Pio had been arrested.”

Switzerland and Nigeria are States Parties to the Convention, having ratified the Convention on 1 May 2009 and 14 August 1986, respectively. Upon ratification of the Convention, Switzerland made the following declaration pursuant to article 287, paragraph 1, of the Convention: “The Tribunal for the Law of the Sea has been designated as the only competent organ for disputes concerning law of the sea matters.” Nigeria has not made a declaration pursuant to article 287, paragraph 1, of the

Convention.

In this respect, Nigeria notes that “the Annex VII arbitral tribunal may have jurisdiction over Switzerland’s third claim only if, *inter alia*, the alleged dispute ‘concerns the interpretation or application of the Convention’” and states that.

The alleged dispute regarding Switzerland’s third claim does not concern the interpretation or application of UNCLOS but rather the interpretation and application of the ICCPR and the MLC. It thus falls outside of the jurisdiction of the Annex VII arbitral tribunal.

Nigeria adds that “article 56(2) does not grant Annex VII arbitral tribunals the jurisdiction to determine violations of instruments outside of UNCLOS.

In light of the above circumstances, the Tribunal finds that there is a real and imminent risk of irreparable prejudice to the rights of Switzerland pending the constitution and functioning of the Annex VII arbitral tribunal. The Tribunal accordingly finds that the urgency of the situation requires the prescription of provisional measures under article 290, paragraph 5, of the Convention.

The Tribunal is of the view that, under article 290 of the Convention, it may prescribe a bond or other financial security as a provisional measure for the release of the vessel and the persons detained⁹⁰.

The Tribunal notes in this regard that the release of a vessel upon the posting of bond is an option available under the “administrative procedure” in Nigeria, as stated by Counsel for Nigeria during the hearing in response to a question put by the Tribunal.

90. TM NDIAYE, *Non Appearance Before the International Tribunal for the Law of the Sea* op.cit. (Note 108).

6. Conclusion

The use or abuse towards Annex VII arbitral proceedings of ITLOS must be contemplated. Apparently, the Tribunal has reverted to the invocation of the posting of a bond for the second time in its case law after the ARTIC SUNRISE case, now we are facing in the case N°27 “The M/T San Padre Pio Case (Switzerland v. Nigeria)”, the same posture.

One must stress that prompt release proceedings and provisional measures proceedings are two different procedures governed respectively by UNCLOS articles 292 and 290. As Nigeria pointed out in case N°27:

“ it may be worse noting in passing that this is not a prompt release case and thus , not a case where the State has an obligation under the Convention to r elease the vessel an d allow the crew to depart ⁹¹”.

The prompt release proceedings have just been described and the Convention provides for the prompt release of vessel or crew upon the posting of a reasonable bond or other financial security.

It is mandatory procedure and in accordance with the Convention imprisonment or corporal punishment is prohibited as penalties for fishing offences (article 73, para. 3).

Therefore, the Tribunal must be cautious in dealing with the two different urgent proceedings.

Conflicts of Interest

The author declares no conflicts of interest regarding the publication of this paper.

(1997). *The Saïga Case (Saint Vincent and the Grenadi nes vs Gui-*

91. ITLOS/PV.19/C.27/2 P.32, lines 44-46. See also dissenting opinions of ITLOS judges j. KATEKA, A. LUCKY, B. BOUGUETAIA et Z. GAO.

nea), *Prompt Release, Judgment of 4 December 1997* .

(1998). *The Saïga Case, St. Vincent and the Grenadines vs. Guinea*. *Request for the Prescription of Provisional Measures, Order of 11 March 1998* .

(1999). *M/V “SAIGA” (No. 2, (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS Reports 1999) (pp. 10, 48, para. 106)*.

(1999). *Saint Vincent and the Grenadines vs Guinea, See Case of the “Saïga” Vessel (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines vs Guinea) (Merits) Judgment, ITLOS, Reports (p. 10)*.

(1999). *The MV “SAIGA” Case (St Vincent and the Grenadines V. Guinea) List of Case: N°1, Judgment of 1st July 1999* .

(1999). *The Southern Bluefin Tuna Case (New Zealand vs Japan; Australia Vs Japan) Provisionary Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS, Reports 1999 (p. 280)*.

(2000). *CAMOUCO Case (Panama v. France) Prompt Release, Case N°5, ITLOS, Reports 2000 (p. 10, paragraph 71)*. (2000). *The Camouco Case (Panama vs France), Prompt Release, ITLOS Memorials, Transcripts and Documents (Vol. 5, pp. 228-229)*.

(2000). *The Camuco Case (Panama vs France, Prompt Release, Judgment of 7 February 2000*

(2000). *The MONTE CONFURCO Case (Seychelles v. France) Prompt Release, Case N°6, Judgment, ITLOS Reports 2000 (p. 86, Paragraph 90)*.

(2000). *The MONTE CONFURCO Case (Seychelles v. France) Prompt Release, Case N°6, Judgment, ITLOS Reports 2000 (p. 208, paragraph 70)*.

(2000). *The Monte Confurco Case (Seychelles vs France)*, Prompt Release, Judgment of 18 December 2000 .

(2001). *MOX Plant (Ireland v. United Kingdom)*, Provisional Measures, Order of 3 December 2001, ITLOS Reports 2001 (pp. 95, 107, para. 60).

(2001). *The Chasiri Reefer 2 Case*, Prompt Release, Discontinued (Panama vs Yemen), Order of 13 July 2001 .

(2001). *The Grand Prince Case (Belize vs France)*, Prompt Release, Judgment of 20 April 2001.

(2002). *The Volga Case (Russian Federation vs Australia)* Prompt Release, Judgment of 23 December 2002 .

(2003). *Land Reclamation Case by Singapore in and around the Strait of Johor (Malaysia vs Singapore)*, Provisionary Measures, and Case N° 12, Order of 8 October 2003 .

(2004). *The JUNO TRADER Case (ST Vincent and the Grenadines V. Guinea)* Prompt Release, Judgment of 18 December 2004, Case N°13.

(2004). *The Juno Trader Case, (Saint Vincent and the Grenadines vs Bissau Guinea)*, Prompt Release, Judgment of 18 December 2004 .

(2007). *The Hoshinmaru Case (Japan v. Russian Federation)*, Prompt Release, Case N°14, Judgment of 6 August 2007 .

(2007). *The Hoshinmaru Case (Japan vs Russian Federation)*, Prompt Release, Judgment of 6 August 2007 .

(2007). *The Tomimaru Case (Japan vs Russian Federation)*, Prompt Release, Judgment of 6 August 2007

(2012).

“ARA Libertad” (Argentina v. Ghana), Provisional Measures, Order of 15 December 2012, ITLOS Reports 2012 (pp. 332, 345, para. 71).

(2013). “Arctic Sunrise” (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 22 November 2013, ITLOS Reports 2013 (pp. 230, 248, para. 76). (2013). Arctic Sunrise (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 22 November 2013, ITLOS Reports 2013 (pp. 230, 242, para. 48).

(2014). The M/V “Virginia G” Case (Panama v. Guinea), Case N°19, Judgment of 14 April 2014

Alexandrov (1995). Non Appearance before the ICJ, 11.

Columbia Journal of Transnational Law, 33, 41-72.

Bowett, D. W. (1983). Contemporary Development and Legal Techniques in the Settlement of Disputes. RCADI, 180, 169-235. <https://doi.org/10.1163/ej.9789024729623.169-235>

Fitzmaurice, S. G. (1980). The Problem of Non Appearing Defendant Government. *Bybil*, 51, 89-120. <https://doi.org/10.1093/bybil/51.1.89>

Ndiaye, T. M. (2009). Les procédures contentieuses devant le Tribunal International du Droit de la Mer. In B. Bruylant (Ed.), *L'évolution et l'état actuel du droit international de la mer, Mélanges de droit de la mer offerts à Daniel Vignes* (pp. 645-690). Bruxelles: Ed. BRUYLANT.

Ndiaye, T. M. (2013). Non Appearance before the International Tribunal for the Law of the Sea. *Indian Journal of International Law*, 53, 545-564.

Ndiaye, T. M. (2013). Non Appearance before the International Tribunal for the Law of the Sea. *Indian Journal of International Law*, 53, 545-564.

United Nations Convention on the Law of the Sea (1982). On the Conservation and Management of Fish Stocks Movements Both within and within beyond Exclusive Economic Zones (Straddling Fish Stocks) and Highly Migratory Fish Stocks, Adopted on 4 August 1995 . <http://www.tidm.org>