

International Court
of Justice
THE HAGUE

CR 93/9

Cour internationale
de Justice
La HAYE

YEAR 1993

Public sitting

held on Thursday 21 January 1993, at 10 a.m., at the Peace Palace,

President Sir Robert Jennings presiding

*in the case concerning Maritime Delimitation in the Area between
Greenland and Jan Mayen*

(Denmark v. Norway)

VERBATIM RECORD

ANNEE 1993

Audience publique

tenue le jeudi 21 janvier 1993, à 10 heures, au Palais de la Paix,

sous la présidence de sir Robert Jennings, Président

*en l'affaire de la Délimitation maritime dans la région
située entre le Groenland et Jan Mayen*

(Danemark c. Norvège)

COMPTE RENDU

i

President Sir Robert Jennings
Vice-President Oda

Judges Ago
Schwebel
Bedjaoui
Ni
Evensen
Tarassov
Guillaume
Shahabuddeen
Aguilar Mawdsley
Weeramantry
Ranjeva
Ajibola

Judge *ad hoc* Fischer

Registrar Valencia-Ospina

—

Présents:

Sir Robert Jennings, Président

M. Oda, Vice-Président

MM. Ago

Schwebel

Bedjaoui

Ni

Evensen

Tarassov

Guillaume

Shahabuddeen

Aguilar Mawdsley

Weeramantry

Ranjeva

Ajibola, juges

M. Fischer, juge *ad hoc*

M. Valencia-Ospina, Greffier

The Government of Denmark is represented by:

Mr. Tyge Lehmann, Ambassador, Legal Adviser, Ministry of Foreign Affairs,

Mr. John Bernhard, Ambassador, Ministry of Foreign Affairs,

as Agents;

Mr. Per Magid, Attorney,

as Agent and Advocate;

Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga, Professor of International Law, Law School, Catholic University of Uruguay

Mr. Derek W. Bowett, C.B.E, Q.C., F.B.A., Emeritus Whewell Professor of International Law in the University of Cambridge,

as Counsel and Advocates;

Mr. Finn Lynge, Expert-Consultant for Greenland Affairs, Ministry of Foreign Affairs,

Ms. Kirsten Trolle, Expert-Consultant, Greenland Home Rule Authority,

Mr. Milan Thamsborg, Hydrographic Expert,

as Counsel and Experts;

Mr. Jakob Høytrup, Head of Section, Ministry of Foreign Affairs,

Ms. Aase Adamsen, Head of Section, Ministry of Foreign Affairs,

Mr. Frede Madsen, State Geodesist, Danish National Survey and Cadastre,

Mr. Ditlev Schwanenflügel, Assistant Attorney,

Mr. Olaf Koktvedgaard, Assistant Attorney,

as Advisers, and

Ms. Jeanett Probst Osborn, Ministry of Foreign Affairs,

Ms. Birgit Skov, Ministry of Foreign Affairs,

as Secretaries.

The Government of Norway is represented by :

Mr. Bjørn Haug, Solicitor General,
Mr. Per Tresselt, Consul General, Berlin,
as Agents and Counsel;

Le Gouvernement du Danemark est représenté par :

M. Tyge Lehmann, ambassadeur, conseiller juridique, ministère des affaires étrangères,

M. John Bernhard, ambassadeur, ministère des affaires étrangères,

comme agents;

M. Per Magid, avocat,

comme agent et avocat;

M. Eduardo Jiménez de Aréchaga, professeur de droit international à la faculté de droit de l'Université catholique de l'Uruguay,

M. Derek W. Bowett, C.B.E., Q.C., F.B.A., professeur émérite de droit international à l'Université de Cambridge (chaire Whewell),

comme conseils et avocats;

M. Finn Lynge, consultant spécialisé pour les affaires du Groenland, ministère des affaires étrangères,

Mme Kirsten Trolle, consultant spécialisé, autorité territoriale du Groenland,

M. Milan Thamsborg, expert hydrographique,

comme conseils et experts;

M. Jakob Høyrup, chef de section, ministère des affaires étrangères,

Mme Aase Adamsen, chef de section, ministère des affaires étrangères,

M. Frede Madsen, expert en géodésie de l'Etat, service topographique et cadastral danois,

M. Ditlev Schwanenflügel, avocat auxiliaire,

M. Olaf Koktvedgaard, avocat auxiliaire,

comme conseillers, et

Mme Jeanett Probst Osborn, ministère des affaires étrangères,

Mme Birgit Skov, ministère des affaires étrangères,

comme secrétaires.

Le Gouvernement de la Norvège est représenté par :

M. Bjørn Haug, procureur général,

M. Per Tresselt, consul général, Berlin,

comme agents et conseils;

Mr. Ian Brownlie, Q.C., D.C.L., F.B.A., Chichele Professor of Public International Law, University of Oxford; Fellow of All Souls College, Oxford,

Mr. Keith Highet, Visiting Professor of International Law at The Fletcher School of Law and Diplomacy and Member of the Bars of New York and the District of Columbia,

Mr. Prosper Weil, Professor Emeritus at the Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris,

as Counsel and Advocates;

Mr. Morten Ruud, Director General, Polar Division, Ministry of Justice,

Mr. Peter Gullestad, Director General, Fisheries Directorate,

Commander P. B. Beazley, O.B.E., F.R.I.C.S., R.N. (Ret'd),

as Advisers;

Ms. Kristine Ryssdal, Assistant Solicitor General,

Mr. Rolf Einar Fife, First Secretary, Permanent Mission to the United Nations, New York,

as Counsellors;

Ms. Nina Lund, Junior Executive Officer, Ministry of Foreign Affairs

Ms. Juliette Bernard, Clerk, Ministry of Foreign Affairs,

Ms. Alicia Herrera, The Hague,

as Technical Staff.

M. Ian Brownlie, Q.C., D.C.L., F.B.A., professeur de droit international public à l'Université d'Oxford, titulaire de la chaire Chichele; *Fellow* de l'All Souls College d'Oxford,

M. Keith Highet, professeur invité de droit international à la Fletcher School of Law and Diplomacy et membre des barreaux de New York et du District de Columbia,

M. Prosper Weil, professeur émérite à l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris,

comme conseils et avocats;

M. Morten Ruud, directeur général de la division des questions polaires au ministère de la justice,

M. Peter Gullestad, directeur général de la direction des pêcheries,

Capitaine de frégate P. B. Beazley, O.B.E., F.R.I.C.S., R.N. (en retraite),

Mme Kristine Ryssdal, procureur général adjoint,

M. Rolf Einar Fife, premier secrétaire à la mission permanente de la Norvège auprès de l'Organisation des Nations Unies à New York,

comme conseillers;

Mme Nina Lund, fonctionnaire administratif au ministère des affaires étrangères,

Mme Juliette Bernard, agent administratif au ministère des affaires étrangères,

Mme Alicia Herrera, La Haye,

comme personnel technique.

The PRESIDENT : Could I say first of all that the Vice-President is not able to be with us today; he is in Warsaw representing the Court at the funeral of the late Judge Manfred Lachs.

I understand that the Norway team hopes to finish this morning. I should say that the Vice-President has some questions to ask of the Parties and he has left me a copy of his questions. So, if I may, I will read them out at the end of the proceedings this morning. It will not take more than a few minutes.

Now, we can proceed. Mr. Prosper Weil.

M. WEIL :

LES IMPLICATIONS JURIDIQUES DE LA DEMANDE DANOISE¹

Monsieur le Président, Messieurs les Juges,

J'ai analysé hier le premier élément du processus de délimitation proposé par le Danemark, à savoir l'inversion de la séquence normale : le droit venant corriger l'équité. Je voudrais à présent examiner de plus près la ligne de départ que le Danemark considère comme équitable, ceci bien entendu en me plaçant dans l'optique danoise d'une délimitation régie par le droit international général ou coutumier tel qu'il a été défini par la jurisprudence et qu'il a trouvé expression dans les articles 74 et 83 de la convention de Montego Bay.

¹Les renvois aux écrits des Parties seront faits de la manière suivante : MD (mémoire du Danemark); RD (réplique du Danemark); CMN (contre-mémoire de la Norvège); DN (duplique de la Norvège).

Note du Greffe : Les passages des pièces de procédure cités en français dans le présent CR peuvent ne pas correspondre à la traduction qui en a été établie par le Greffe.

b) *La ligne dite équitable de départ*

Selon le mémoire et la réplique du Danemark, la ligne équitable dont l'opération de délimitation doit partir est la "ligne de proportionnalité géographique" que le Danemark définit comme la ligne qui attribue à chaque Partie une superficie maritime correspondant approximativement au ratio de leurs longueurs côtières. Le caractère équitable de cette ligne AA'B, qui repose sur le soi-disant principe de proportionnalité, est confirmé, est-il ajouté, par les autres facteurs pertinents : dimension, population, etc.

C'est donc à ce double point de vue : le principe de proportionnalité qui lui sert de justification majeure, d'une part, les autres facteurs pertinents appelés à son renfort, d'autre part, que la ligne revendiquée par le Danemark appelle un examen critique.

Le soi-disant principe de proportionnalité

Mon ami et collègue le professeur Brownlie a déjà examiné le soi-disant principe de proportionnalité sur lequel repose la demande danoise. Je me contenterai pour ma part de quelques observations complémentaires.

Il est assez surprenant de voir le Danemark prendre dans ses écritures comme point de départ avoué - que dis-je ? hautement proclamé - un soi-disant principe de proportionnalité auquel la jurisprudence n'a cessé de refuser, arrêt après arrêt, le caractère d'un principe de délimitation. "[U]ne 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", déclarait la Chambre dans l'affaire du *Golfe du Maine* (C.I.J. Recueil 1984, p. 323, par. 185). Plus récemment, dans *Libye/Malte*, la Cour, après ce qu'elle a appelé un "examen approfondi" du problème (C.I.J. Recueil 1985, p. 43 et suiv., par. 55 et suiv.), confirmait son opposition radicale à l'emploi de la proportionnalité comme principe ou méthode de délimitation :

"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 ... et la méthode permettant de mettre ce principe en oeuvre. En tout état de cause la faiblesse de l'argument est que l'utilisation de la proportionnalité comme véritable méthode ne trouve aucun appui dans la pratique des Etats ou leurs prises de position publiques, en particulier à la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, non plus que dans la jurisprudence. La Cour ne saurait retenir une proposition à la fois si neuve et si radicale." (*Op. cit.*, p. 45-46, par. 58.)

C'est donc en contradiction flagrante et directe avec une jurisprudence fermement établie que le Danemark est venu affirmer dans ses écritures non seulement l'existence, mais la priorité et la primauté, d'un soi-disant principe de proportionnalité selon lequel une délimitation doit aboutir à attribuer aux Parties des superficies maritimes dans une proportion à peu près équivalente à celle de la longueur de leurs côtes.

Cette considération suffirait à elle seule à condamner la demande danoise.

Peut-être n'est-il pourtant pas inutile, Monsieur le Président, d'aller davantage au coeur des choses et de s'interroger sur le fondement et la raison d'être de la doctrine jurisprudentielle récusant le principe de proportionnalité. Car, après tout, l'idée de proportionnalité, comme la Cour l'a noté et comme le professeur Jiménez de Aréchaga l'a rappelé (CR 93/2, p. 80), est liée à l'idée d'équité, et toute disproportion fait intuitivement penser à une inéquité. Chercher à donner deux fois moins de superficie maritime à un Etat dont les côtes sont deux fois moins longues que celles d'un autre peut à première vue paraître raisonnable et équitable. Si, malgré cela, la Cour s'est montrée aussi radicalement opposée à ériger en principe équitable la recherche d'une proportionnalité entre longueurs côtières et superficies attribuées, c'est qu'elle avait des raisons décisives pour le faire.

Ce sont, en effet, me semble-t-il, des objections touchant au plus profond de la philosophie des juridictions maritimes qui condamnent le principe de proportionnalité. Le droit de la mer, tel que les Etats l'ont voulu et créé, fait dériver le titre sur les espaces maritimes de l'ouverture côtière. Sans doute ne saurait-il être question, comme le tribunal franco-britannique l'a déclaré (par. 101) et comme la Cour l'a rappelé, "d'égaliser la situation d'un Etat dont les côtes sont étendues à celle d'un Etat dont les côtes sont réduites" (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 44, par. 57). Nul ne contestera qu'une côte longue engendre normalement une plus grande étendue d'espaces maritimes qu'une côte courte, ainsi qu'un membre de la Cour l'a justement observé (op. diss. Schwebel, *Libye/Malte*, *C.I.J. Recueil 1985*, p. 182). Cette vérité n'a cependant pas d'expression mathématique.

Dans sa remarquable intervention, M. Thamsborg a montré, en des termes auxquels je souscris pleinement, que puisque en vertu du principe de distance tout point côtier se projette en mer dans toutes les directions - "*every single point on the coastline projects in all seaward directions*" -

les points saillants ont plus d'effet sur la limite extérieure des juridictions maritimes que les points rentrants (CR 93/1, p. 48). Certains points de base sur la côte contrôlent de longs segments côtiers, tandis que certains segments côtiers peuvent demeurer sans influence sur le tracé de la limite extérieure. C'est très exactement ce qui se passe pour les projections des côtes du Groenland et de Jan Mayen comme le montrent parfaitement la carte VI de la réplique norvégienne et la carte n° 12 présentée à la Cour par M. Thamsborg (et qui est reproduite également dans notre dossier). Dès lors qu'en raison de la configuration côtière des segments côtiers plus ou moins importants peuvent, dans la méthode moderne des enveloppes d'arcs de cercle, être en quelque sorte "perdus", il ne saurait être question de concevoir les zones maritimes des Etats en droit international contemporain comme ayant nécessairement une superficie proportionnelle à la longueur de l'ouverture côtière. Les juridictions maritimes ne s'établissent pas au kilomètre de littoral, pas plus qu'elles ne s'établissent, je l'ai rappelé hier, au kilomètre carré de territoire terrestre. Deux côtes de même longueur peuvent engendrer des superficies maritimes très différentes en raison d'autres composantes de la géographie côtière; et, inversement, deux côtes de longueur très différente peuvent engendrer des superficies maritimes comparables. Tout cela, je le répète, sur le plan du titre et des limites extérieures.

Cette constatation est particulièrement frappante lorsqu'il s'agit d'un territoire insulaire. M. Thamsborg a montré à l'aide d'un exemple que sur le plan du titre, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a aucun chevauchement entre la projection d'une île et celle d'une autre côte, *"an isolated island attracts a maritime area many times greater than a comparable length of coast on a straight coastline"* (CR 93/1, p. 52).

La cause me paraît donc entendue : sur le plan du titre il n'y a aucun rapport constant et nécessaire entre les longueurs côtières et les étendues maritimes qu'elles génèrent. Si un kilomètre de côte d'un Etat engendre une superficie donnée de juridiction maritime, cela ne signifie pas qu'un kilomètre de côte d'un autre Etat doit engendrer ou engendre la même superficie de juridiction maritime. Je suis pleinement d'accord avec ce qu'a déclaré M. Thamsborg: "une conséquence inévitable" - c'est le mot qu'il a employé - de la technique de l'enveloppe des arcs de cercle, aujourd'hui couramment employée dans la pratique des Etats pour tracer la limite extérieure des

juridictions maritimes, est que, comme il le dit,

"there is not the same relationship or proportion between the extent of the maritime zones and the lengths of the respective generating coasts" (CR 93/1, p. 52).

On peut faire ici une remarque analogue à celle que j'ai faite au sujet de la dimension de la masse terrestre. Il n'y aurait peut-être rien eu d'absurde à ce que le droit de la mer conçoive les juridictions maritimes des Etats côtiers comme devant avoir une superficie proportionnelle à la longueur de leurs ouvertures côtières, mais ce n'est pas ainsi que le droit de la mer s'est construit. La Cour n'a pas laissé le moindre doute à ce sujet : les Etats, a-t-elle rappelé dans *Libye/Malte*, n'ont pas adopté le principe d'une répartition des juridictions maritimes proportionnelle à la longueur de leurs côtes (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 43, par. 54) - pas plus qu'ils n'ont adopté le principe d'une répartition des juridictions maritimes proportionnelle à la taille de leur territoire. Comme sur le plan de la dimension de la masse terrestre, la volonté politique des Etats a trouvé expression dans le droit. C'est l'"adjacence mesurée par la distance" qui est à la base du titre. Or, comme la Norvège l'a noté dans sa duplique écrite, adjacence et distance se rapportent à des points de base et à des relations entre les côtes; les comparaisons de longueurs côtières n'ont pas de rapport logique avec ces concepts (DN, par. 624).

S'il en est ainsi sur le plan du titre - et sur ce point je pense que nos adversaires seront d'accord avec moi - on ne voit pas pour quelle raison il en irait autrement sur le plan de la *délimitation*. Certes, titre et délimitation sont des concepts distincts, j'y ai assez insisté pour ne pas y revenir. Mais s'ils sont distincts, ils sont aussi, nous l'avons vu, "complémentaires", en ce sens que, la Cour l'a décidé, la délimitation doit s'effectuer par référence aux considérations qui commandent le titre : "seules pourront intervenir" dans la délimitation, déclare la Cour, les considérations "qui se rapportent à l'institution" de la juridiction maritime "telle qu'elle s'est constituée en droit" (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 40, par. 48). C'est la raison pour laquelle la Cour a écarté comme désormais sans pertinence dans la délimitation du plateau continental toute considération relative à la configuration géophysique ou géologique du fond de la mer : "Quant à faire jouer un rôle comme circonstance pertinente", a-t-elle déclaré, "aux fins de la délimitation à un facteur qui n'en joue aucun pour la validité du titre juridique, on ne voit à cela aucune raison..."

(*op. cit.*, p. 35, par. 40).

Il est clair, en conséquence, que dès lors qu'il n'y a pas de rapport automatique et direct entre la longueur d'une côte et l'étendue du titre qu'elle engendre, il n'y a aucune raison d'exiger que le ratio des longueurs côtières soit pris en considération dans la délimitation en tant que circonstance pertinente déterminante, ou même en tant que circonstance pertinente tout court. Il n'y a aucune raison pour que l'"énorme avantage" - le mot est de M. Thamsborg (CR 93/1, p. 52) - accordé par le droit de la mer moderne aux petites îles sur le plan du titre s'inverse dans la délimitation au point de conduire à refuser à une petite île tout droit à une juridiction maritime qui porterait atteinte à l'intégralité du titre d'une côte plus longue, et cela pour la seule raison que la petite île aurait un littoral moins long que la côte avec laquelle elle doit être délimitée. Il n'y a aucune raison d'exiger que la délimitation ait pour objet d'allouer aux Parties des superficies maritimes en rapport direct avec la longueur de leurs façades côtières. Il n'y a aucune raison d'exiger que, parce que la côte groenlandaise pertinente est près de dix fois plus longue que la côte pertinente de Jan Mayen, la délimitation consiste, ou conduise, à attribuer au Danemark une superficie maritime à peu près dix fois plus étendue qu'à la Norvège. Les savants calculs présentés par le Danemark sont peut-être intéressants pour le géographe; ils n'ont aucune pertinence pour le juriste.

On m'objectera - on m'a déjà objecté par avance - que ce sont là des observations démenties en partie par la jurisprudence. Car la jurisprudence, même si elle dénie à la proportionnalité le caractère d'un principe ou d'une méthode directe de délimitation, accorde néanmoins aux considérations de longueurs côtières et de proportionnalité entre longueurs côtières et superficies maritimes une place qui est loin d'être négligeable, comme plusieurs conseils du Danemark n'ont pas manqué de le rappeler (CR 93/2, p. 77 et suiv.; CR 93/4, p. 16-17 et 45).

Cela est exact. Je sais fort bien que, dans ce même arrêt *Libye/Malte* auquel je me suis si souvent référé, la Cour a admis que la longueur comparée des côtes peut intervenir, en dehors de toute question de superficies attribuées, en tant que circonstance pertinente justifiant un ajustement de la ligne médiane initiale.

Selon la Cour, lorsqu'il existe une "très grande différence de longueurs des côtes pertinentes",

une "forte disparité", une différence qui, en quelque sorte, saute aux yeux et qu'il n'est donc pas besoin de "quantifier", il convient d'attribuer à ce facteur un certain "poids" en tant que circonstance pertinente (*op. cit.*, p. 49, par. 66-67).

Tout ceci, je ne l'ignore pas. Je n'ignore pas non plus la place faite par certains arrêts et sentences arbitrales au test de proportionnalité a posteriori destiné à vérifier que le tracé auquel on est parvenu par d'autres considérations n'aboutit pas à une disproportion déraisonnable entre superficies et longueurs côtières.

Ne faut-il pas admettre dès lors, me dira-t-on, que la forte disparité entre les côtes pertinentes du Groenland et de Jan Mayen doit à tout le moins intervenir en tant que circonstance pertinente et donc conduire à tout le moins à un ajustement de la ligne médiane, si ce n'est au rejet complet de la ligne médiane ? Ne faut-il pas admettre aussi un test de proportionnalité a posteriori destiné à écarter tout risque de disproportion génératrice d'inéquité ?

Il me faut à cet égard noter une évolution très remarquable dans la présentation de nos adversaires.

Dans la procédure écrite, le Danemark n'a pas hésité à se fonder expressément sur le principe de proportionnalité entendu comme dictant directement la délimitation. Le Danemark était d'une franchise absolue : la frontière maritime entre le Groenland et Jan Mayen doit être tracée, écrivait-il, en prenant pour base le principe de proportionnalité et en partant de ce qu'il appelait la "ligne de proportionnalité géographique".

La demande danoise, telle qu'elle figurait dans les écritures, allait donc bien au-delà de la place relativement modeste réservée par la jurisprudence aux considérations de longueurs côtières et de proportionnalité et accordait à ces considérations le rôle déterminant et direct que la jurisprudence a toujours refusé de leur reconnaître. Du "dernier élément" (final factor), relativement modeste, à prendre en considération selon l'arrêt de la Mer du Nord (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 52, par. 98), le Danemark faisait, dans ses écritures, l'élément premier et directement applicable.

Dans la procédure orale, nos amis danois ont rectifié le tir. Les orateurs qui ont pris la parole au nom du Danemark ont l'un après l'autre insisté sur la prise en considération des longueurs côtières

simplement en tant que circonstance pertinente parmi d'autres et simplement en tant que test de proportionnalité ex post. Du même coup, la Cour l'aura remarqué, on n'a plus entendu parler, dans la présentation orale, de la fameuse "ligne de proportionnalité géographique" de départ que viendraient renforcer et confirmer les circonstances pertinentes, mais plutôt d'une liste de facteurs pertinents dans laquelle les considérations de longueurs côtières et de proportionnalité figurent à côté d'autres facteurs, tels que la population, la conduite des Parties ou les facteurs socio-économiques, et parfois même très modestement en fin de liste. Bien mieux, M. Bernhard a déclaré que nous avons eu tort d'interpréter la thèse danoise comme faisant de la proportionnalité un principe direct de délimitation, que nous avons mal compris. Nous sommes d'accord avec vous, a dit M. Bernhard, au sujet de la proportionnalité :

"It is not a method per se; and certainly not a basis of title. We do not regard it as a principle that should directly dictate the delimitation constituting the ratio decidendi."
(CR 93/4, p. 46.)

J'ai relu le mémoire danois, je n'ai pu que constater que nous n'avions pas rêvé.

Nul doute que nos adversaires se sont rendu compte que, sous la forme brutale et directe d'une méthode de délimitation, tel que l'argument était présenté dans les écritures, leur thèse de la proportionnalité n'avait aucune chance de franchir l'obstacle d'une condamnation jurisprudentielle trop fermement établie pour pouvoir être modifiée et qu'il valait mieux, pour faire *bella figura*, camoufler la proportionnalité derrière la disparité des longueurs côtières comme simple circonstance pertinente parmi d'autres et parler de proportionnalité ex post plutôt que de proportionnalité ex ante, puisque après tout, le résultat serait le même. Faire de la proportionnalité sans le dire, voilà à quoi se ramène la nouvelle tactique danoise.

Car, la Cour l'aura constaté, le résultat est bien le même; et cela doit nous être une leçon, car cela illustre à merveille qu'entre la proportionnalité directe - condamnée par la jurisprudence - et la proportionnalité conçue comme circonstance pertinente et comme test a posteriori - admise par la jurisprudence - la différence est plus apparente que réelle. Conceptuellement, la distinction est incontestable, et les termes dans lesquels la Cour l'a énoncée sont d'une absolue netteté. Pratiquement, la distinction se brouille facilement : chassée par la grande porte, la proportionnalité

n'a pas de difficulté à revenir par les petites portes de la disparité des longueurs côtières et du test a posteriori. La présente affaire n'est à cet égard que le remake, si je puis dire, de certaines autres.

Que le glissement soit facile, tout d'abord, entre la prise en considération d'une forte disparité des longueurs côtières comme circonstance pertinente parmi d'autres et la proportionnalité comme moteur direct d'une délimitation, *Golfe du Maine (C.I.J. Recueil 1984, p. 336, par. 222)* et *Libye/Malte* l'illustrent assez bien. Pour m'en tenir à cette dernière affaire, lorsque la Cour déplace vers le nord la ligne médiane entre la Libye et Malte afin de tenir compte de la "disparité considérable des longueurs des côtes pertinentes des deux Parties" (*C.I.J. Recueil 1985, p. 52, par. 73*) - c'est-à-dire lorsqu'elle accorde à la Libye ce qu'un membre de la Cour a appelé un "bonus", une "prime", qui avantage la Libye par rapport à ce que les autres facteurs pertinents auraient exigé, pour la seule et simple raison que ses côtes sont plus longues que celles de Malte - on ne peut s'empêcher de s'interroger avec ce même juge : "si la proportionnalité n'est pas le motif qui amène la Cour à déplacer vers le nord la ligne de délimitation ... quel est ce motif ?" Ne s'agit-il pas pour la Cour, tout simplement, poursuit ce juge, d'"accorder une prime à la Libye parce que ses côtes sont tellement plus longues que celles de Malte ?" (*op. diss. Schwebel, op. cit., p. 183*). La ligne retenue par l'arrêt *Libye/Malte* est bel et bien, à certains égards, une ligne de proportionnalité. L'arrêt n'est d'ailleurs pas loin d'en faire l'aveu (*op. cit., p. 48, par. 64*). De la prise en considération d'une disparité des longueurs côtières comme circonstance pertinente parmi d'autres le glissement a été facile, et peut-être inévitable, vers la proportionnalité comme critère opératoire direct de la délimitation.

La pente n'est pas moins fatale qui entraîne vers la proportionnalité conçue comme "un principe général qui constituerait une source indépendante de droits" (*Arbitrage franco-britannique, par. 101*) le test ultime de proportionnalité destiné à "vérifier l'équité du résultat obtenu par d'autres moyens" (*Libye/Malte, C.I.J. Recueil 1985, p. 49, par. 66*). Pour se convaincre de la fragilité de cette seconde distinction aussi grande que celle de la première, il faut s'arrêter un instant sur la subtile évolution qu'a connue le test de proportionnalité au fil des affaires.

Dans l'arbitrage franco-britannique de 1977, auquel la Cour s'est longuement référé dans

Libye/Malte au sujet de la proportionnalité, le recours à ce que la sentence appelait le "critère ou facteur de proportionnalité" était étroitement lié à la théorie des caractéristiques géographiques particulières et à l'emploi de la méthode de l'équidistance, comme l'a très justement relevé M. Bernhard (CR 93/4, p. 42). Dans l'esprit du tribunal franco-britannique, il s'agissait de s'assurer que certaines configurations particulières, en elles-mêmes de faible importance - un saillant de la côte, un rocher, un îlot isolé devant la côte, une concavité -, ne provoquent pas une "déviation", une "distorsion" de la ligne d'équidistance telle que des côtes par ailleurs comparables se verraient attribuer des étendues de plateau continental disproportionnées par rapport à l'importance de l'accident géographique en cause, ce qui provoquerait, a dit le tribunal, une différence de traitement injustifiable entre des côtes qui, sans cela, seraient comparables. Telle était la signification précise de la référence à la proportionnalité dans l'arrêt sur le *Plateau continental de la mer du Nord* (C.I.J. Recueil 1969, p. 52, par. 98, et p. 54, par. 101 D 3). Telle était aussi, de manière plus développée, la conception de la sentence arbitrale de 1977, je viens de le rappeler, dont les termes sont dans tous les esprits (par. 100-101, 246 et 250). Dans cette conception, qui liait étroitement méthode de l'équidistance, caractéristiques géographiques particulières et proportionnalité entre longueurs côtières et superficies, une différence excessive des superficies attribuées par une ligne d'équidistance entre des côtes par ailleurs comparables constituait le signe, le révélateur, que l'effet accordé à une particularité géographique était excessif et devait être atténué ou même éliminé.

Même si la Cour n'a pas renié cette conception originaire et spécifique de 1969 et 1977 et un passage de *Libye/Malte* montre que cette conception garde une certaine actualité (*Libye/Malte*, C.I.J. Recueil 1985, p. 44, par. 56), il n'en reste pas moins que la fonction étroitement définie assignée par cette conception au facteur de proportionnalité a imperceptiblement subi un double élargissement. D'une part, ce n'est plus seulement l'équité d'une ligne d'équidistance qui est mise aujourd'hui à l'épreuve par le test de proportionnalité, mais celle de toute ligne, quelle que soit la méthode qui a permis de la tracer : il s'agit, déclare la Cour dans ce même arrêt *Libye/Malte*, d'un "moyen qui peut être utilisé pour s'assurer de l'équité d'une ligne quelconque, indépendamment de la méthode utilisée pour aboutir à cette ligne" (*op. cit.*, p. 49, par. 66). D'autre part, la vérification

a posteriori de la proportionnalité a tendance à s'effectuer aujourd'hui dans n'importe quelle situation géographique, et alors même qu'il n'existerait aucune caractéristique géographique particulière. Le lien qui amarrait la prise en considération des ratios de longueurs côtières et de superficies à la méthode de l'équidistance et au concept de configurations géographiques mineures susceptibles de provoquer des distorsions majeures s'est ainsi trouvé doublement rompu.

Ce double élargissement de la portée du test de proportionnalité a profondément altéré sa signification en ce sens que, sous le couvert d'une modeste vérification ex post à l'abri de tout soupçon, on glisse facilement à une délimitation directement inspirée par la préoccupation d'attribuer aux Parties des superficies maritimes en proportion de leurs longueurs côtières respectives.

Les Etats litigants ont été les premiers à tomber dans le piège. Dans la présente affaire, par exemple, seule une différence sémantique sépare le principe direct de proportionnalité, utilisé par les écritures danoises, et la vérification ex post du résultat, préconisée dans les plaidoiries orales.

Mais, j'ose à peine le dire - et je prie la Cour de me le pardonner - les tribunaux eux-mêmes n'ont pas toujours su éviter l'écueil. Qui pourrait jurer que, dans certaines affaires, les considérations et calculs de proportionnalité présentés à l'extrême fin de la décision judiciaire sous l'appellation de vérification ou de test de proportionnalité a posteriori n'ont pas joué un rôle déterminant dans le tracé de la ligne ? Du test de proportionnalité à posteriori à la proportionnalité comme principe directeur de la délimitation, le glissement était là encore peut-être inévitable.

Test de proportionnalité et proportionnalité directe font au demeurant appel aux mêmes techniques et se heurtent aux mêmes difficultés. Ce sont en fin de compte deux variantes d'une même approche, et seule une feuille de soie les sépare. Qu'il s'agisse de vérifier après coup si le résultat obtenu correspond à peu près à une proportion entre longueurs côtières et étendues attribuées, ou qu'il s'agisse d'allouer directement des étendues maritimes en fonction du ratio des longueurs côtières, dans les deux cas l'opération suppose une détermination et une mesure préalables des segments côtiers pertinents d'une part, et de la zone pertinente d'autre part. M. Thamsborg l'a dit à juste titre :

"the objective identification of the relevant area and the appurtenant coasts is a conditio sine qua non to a reliable and meaningful proportionality assessment" (CR 93/1, p. 45).

Ni l'une ni l'autre de ces tâches ne sont pourtant à l'abri de l'arbitraire.

En ce qui concerne les segments côtiers, le Danemark a admis que leur identification "*calls for a certain judgment, and is not mathematically self-justifying*" (CR 93/4, p. 16). Même si l'on peut admettre avec M. Thamsborg que dans la présente affaire les segments pertinents sont les segments côtiers dont les projections chevauchent les projections de l'autre côte, il reste la difficulté d'en mesurer la longueur d'une manière objective et indiscutable. Faut-il suivre le littoral dans toutes ses sinuosités, y compris les baies les plus rentrantes et les promontoires les plus allongés ? Faut-il au contraire ramener la côte à une direction générale nécessairement arbitraire et souvent discutable? L'expérience des affaires passées montre qu'à ces questions il n'est pas de réponse simple et à l'abri de la contestation.

Quant à la zone pertinente, M. Thamsborg a reconnu qu'il n'en existe aucune définition précise et qu'il ne s'agit guère plus que d'une expression commode pour décrire le cadre géographique dans lequel l'opération de délimitation doit être conduite (CR 93/1, p. 43-44). Pire encore, tout calcul de proportionnalité, qu'il intervienne ex ante ou même ex post, est parfois totalement impossible:

"there are cases" a admis M. Thamsborg "where the local geography precludes an objective determination - or any determination at all - of a relevant area or relevant coasts, and consequently excludes meaningful proportionality assessments" (CR 93/1, p. 46).

La Cour a elle-même reconnu que dans certains cas "la marge de détermination des côtes pertinentes et des zones pertinentes [est] si large que pratiquement n'importe quelle variante pourrait être retenue, ce qui donnerait des résultats extrêmement divers" (*Libye/Malte, C.I.J. Recueil 1985*, p. 53, par. 74). Tel est en particulier le cas, selon la Cour, lorsque "les délimitations futures avec des Etats tiers remettraient en cause non seulement les chiffres des surfaces ... prises comme base de calcul, mais aussi les rapports obtenus" (ibid). Le problème de la prise en considération des projections de l'Islande, avec l'effet incertain à accorder au rocher de Kolbeinsey, tel que l'a décrit M. Thamsborg, illustre cette difficulté.

En un mot, rien n'est plus faussement objectif qu'un calcul de proportionnalité, à quelque stade du processus qu'il intervienne, avant ou après. Sous des apparences de rigueur mathématique, les modèles de proportionnalité présentés par les Parties ne constituent guère plus que des arguments de

plaidoirie destinés à conférer la respectabilité d'une vérité pseudo-scientifique à des résultats préétablis. Comme je l'ai écrit ailleurs, il en va des calculs de proportionnalité comme de l'amour et des auberges espagnoles : chacun y trouve ce qu'il y apporte.

Même si la détermination et la mesure des côtes pertinentes et de la zone pertinente telles que le Danemark les propose dans la présente affaire peuvent paraître plausibles, il n'en reste pas moins que dans nombre d'autres situations il ne peut pas être question d'une détermination claire et objective de ces données. Or, me semble-t-il, qu'il s'agisse d'une proportionnalité *ex ante* ou d'une proportionnalité *ex post*, il serait dangereux d'ériger en règle de droit un rapport fondé sur des données qui, dans de très nombreuses affaires, sont d'une rigueur aussi réduite.

Sans doute la jurisprudence a-t-elle eu la sagesse de ne pas exiger, pour le test de proportionnalité, de "savants calculs", des "nice calculations", comme disait la sentence franco-britannique (par. 27 et 250) et certains arrêts se sont-ils contentés de "se faire une idée approximative de l'équité du résultat sans toutefois essayer de l'exprimer en chiffres" (*loc. cit.*).

Mais, si l'on peut se féliciter de voir les tribunaux minimiser parfois le test de proportionnalité et se refuser à jouer le rôle impossible d'un arpenteur des espaces maritimes et des segments côtiers, on ne peut s'empêcher de penser que l'on se trouve en présence d'un dilemme. Ou bien l'on considère qu'un calcul de proportionnalité est "approprié" (*op. cit.*, p. 49, par. 66), mais alors n'est-il pas regrettable, ainsi qu'un membre de la Cour en a fait l'observation, qu'il lui faille ensuite "abandonne[r] ... cette tâche, au motif qu'une telle opération s'avérerait impossible" (*op. diss. Oda, op. cit.*, p. 133, par. 15) ? Ou bien, au contraire, on estime qu'une approximation intuitive, une estimation à vue de nez, si j'ose familièrement m'exprimer ainsi, suffit, mais alors ne risque-t-on pas, dans un domaine hérissé de difficultés, de se contenter de l'à-peu-près d'une appréciation subjective ?

Que ce soit dans son avatar de test à *posteriori* ou dans sa fonction de principe et méthode de délimitation, la proportionnalité se révèle ainsi tout à la fois théoriquement non fondée et pratiquement difficile, parfois impossible, à mettre en oeuvre.

On m'objectera peut-être que la vérification *ex post* a au moins le mérite de fournir un signal d'alarme permettant au juge de détecter une déviation excessive de la ligne de délimitation qui aurait

pu être provoquée par un accident géographique mineur. Je répondrai qu'une telle disproportion peut être décelée aujourd'hui à l'aide d'un indicateur beaucoup plus simple et plus conforme au titre de l'Etat côtier sur les espaces adjacents à ses côtes : je veux parler, la Cour l'aura deviné, de la distance manifestement trop faible de la ligne par rapport à l'une de ces côtes. C'est, me semble-t-il, à ce concept central d'une distance raisonnable par rapport aux deux côtes, c'est-à-dire d'une distance permettant à chacune des Parties d'assurer sa sécurité au sens le plus large du terme et de sauvegarder ses intérêts économiques, que tend à se ramener le faisceau actuellement très diversifié des circonstances pertinentes. La sentence arbitrale Guinée/Guinée-Bissau a mis en lumière l'importance de ce concept pour le tracé de la ligne de délimitation :

"Pour faire reposer une délimitation sur une base équitable et objective, il faut autant que possible chercher à assurer à chaque Etat le contrôle des territoires maritimes situés en face de ses côtes et dans leur voisinage... [L']objectif premier [du tribunal] a été d'éviter que, pour une raison ou une autre, une des Parties voie s'exercer en face de ses côtes et dans leur voisinage immédiat des droits qui pourraient porter atteinte à son droit au développement ou compromettre sa sécurité." (Par. 92 et 124.)

Ainsi se trouve assurée la corrélation exigée si fermement par la Cour dans *Libye/Malte* entre les concepts qui fondent le titre et les considérations qui gouvernent la délimitation. De même que l'extension des juridictions maritimes vers le large, qui caractérise le droit moderne de la mer, a eu pour objectif politique d'assurer aux Etats côtiers le contrôle des espaces maritimes nécessaires à leur développement et à leur sécurité, de même la délimitation maritime doit assurer à chacune des Parties, de manière équilibrée et raisonnable, le contrôle des espaces maritimes nécessaires à son développement et à sa sécurité. C'est dans cette perspective que, sur le plan juridique, le titre est devenu d'essence spatiale et que son étendue est mesurée par la distance. C'est dans cette même perspective que le critère de l'équité tend lui aussi à devenir d'essence spatiale et à s'exprimer lui aussi dans la distance. Qu'il s'agisse de titre ou de délimitation, les juridictions maritimes tendent, à l'image de la souveraineté terrestre, à s'exprimer sous la forme d'un espace. Elles sont, selon la forte expression de la Cour, "une émanation de la souveraineté territoriale de l'Etat" (*Plateau continental de la mer Egée, C.I.J. Recueil 1978*, p. 36, par. 86). L'espace, qu'il soit maritime ou terrestre, c'est du pouvoir, et ce n'est pas un hasard si l'on parle parfois aujourd'hui de "territoire maritime" et, de plus en plus fréquemment, de "frontière maritime".

La délimitation maritime est une opération politique, au sens le plus large du terme. Même s'il n'y a pas de ressources connues ou exploitables au large de l'une de ses côtes, un Etat aura quand même toujours à coeur de s'assurer le contrôle de zones maritimes aussi vastes que le lui permet le droit. Jan Mayen est un territoire norvégien, et la Norvège est fondée à s'opposer à la tentative du Danemark de réduire à néant ses droits étatiques dans la délimitation. Que Jan Mayen soit située à plusieurs centaines de milles marins de la Norvège continentale et ne soit pas peuplée ne change rien à cela, et l'on comprend mal que nos adversaires s'acharnent à nier la pertinence des intérêts norvégiens dans les projections maritimes du territoire norvégien qu'est Jan Mayen.

Monsieur le Président, si la proportionnalité telle que l'entend le Danemark devait être acceptée par la Cour comme la règle de droit gouvernant la délimitation maritime, cela entraînerait des conséquences politiques et pratiques de grande envergure. Les Etats insulaires de petite dimension voisins d'Etats au littoral beaucoup plus long que le leur accepteraient-ils d'être pénalisés en plus des effets normaux d'un littoral court ? Les accords de délimitation conclus jusqu'ici par des géants tels les Etats-Unis ou l'ex-URSS avec des Etats voisins, au littoral moins long que le leur, ne reflètent pas une *opinio juris* favorable à la proportionnalité.

Dans *Libye/Malte* la Cour a entrepris une opération de remise en ordre du droit de la délimitation maritime. Elle a décidé que la délimitation ne saurait être gouvernée par des critères et des méthodes sans rapport avec la base du titre juridique (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 30, par. 27 et p. 34, par. 34). Elle a proclamé le "caractère normatif des principes équitables", dont elle requiert "la cohérence et une certaine prévisibilité", ainsi qu'une généralité dépassant le strict cas individuel (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 39, par. 45-46). Elle a discipliné - j'y reviendrai - le concept de circonstances pertinentes. La Cour me pardonnera-t-elle si j'exprime très respectueusement le souhait qu'elle dissipe aujourd'hui le malaise qui continue à régner au sujet de la proportionnalité ?

Le refus du Danemark d'accepter la ligne médiane dans la présente affaire, où sont en cause des côtes se faisant face, à peu près parallèles, sans aucune irrégularité ni configuration particulière, et sans que s'interpose entre elles le moindre accident géographique mineur ou majeur, repose essentiellement sur la différence des longueurs côtières. La Cour se trouve placée aujourd'hui, si

j'ose dire, en face d'une hypothèse d'école, où le problème de la comparaison des longueurs côtières et de la comparaison entre ratios de longueurs côtières et ratios de superficies se trouve posé à l'état pur, dépouillé en quelque sorte de tout élément qui viendrait le compliquer. Il reviendra à la Cour de dire si la ligne médiane, qui sans cela s'imposerait sans le moindre doute dans notre affaire, devient inéquitable simplement parce que la côte du Groenland est beaucoup plus longue que la côte de Jan Mayen.

La Cour acceptera-t-elle, dans le sillage de l'effort de clarification entrepris en 1985, de dire que les considérations de longueurs côtières, de superficies maritimes et de ratios comparatives ne peuvent servir de "règle juridique de délimitation" (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 37, par. 41), puisque, pas plus que la dimension de la masse terrestre ou les considérations géologiques ou géophysiques, elles ne jouent aucun rôle pour la validité du titre juridique ? Nombreux seraient ceux qui, en dehors même de la Norvège, se féliciteraient d'une telle décision qui, non seulement simplifierait le droit de la délimitation maritime et débarrasserait les futures procédures judiciaires et arbitrales de beaucoup de complications et d'excès, mais assurerait à l'ensemble de la matière une plus grande cohérence interne.

Quel que soit, cependant, le sens dans lequel la Cour se déterminera, qu'elle torde le cou définitivement à la proportionnalité ou qu'elle lui réserve au contraire définitivement une place au soleil, sa décision fera droit, et l'on saura désormais à quoi s'en tenir. Ambiguïtés et malentendus se trouveront dissipés.

Pour en revenir plus concrètement au présent litige, il est clair, je me dois d'y insister, que même si la Cour n'estimait pas utile de pousser l'élaboration de la matière au-delà de ses prononcés de *Libye/Malte*, même si elle souhaitait laisser sa jurisprudence exactement en l'état, l'opération de délimitation préconisée par le Danemark se trouverait quand même en tout état de cause condamnée par ces prononcés eux-mêmes, puisque ce que le Danemark demande - ouvertement dans ses écritures, de manière indirecte dans ses plaidoiries orales - c'est de faire de la proportionnalité le principe et la méthode de délimitation, ce que la jurisprudence dans son état actuel rejette radicalement.

La proportionnalité n'est toutefois pas la seule considération invoquée par le Danemark à l'appui de la ligne AA'B de la page 120 du mémoire danois. Cette ligne, soutient le Danemark, est confortée et confirmée par les autres circonstances pertinentes de l'affaire.

C'est donc vers celles-ci que je dois à présent me tourner.

Les autres circonstances pertinentes invoquées par le Danemark

Au sortir du premier tour des plaidoiries orales, le rôle assigné aux circonstances pertinentes par nos adversaires est affecté de la même incertitude que bien d'autres éléments de leur thèse.

Dans les écritures danoises les facteurs pertinents servaient à confirmer l'équité de la ligne proportionnelle de départ (MD, par. 373). Cela était en soi - je le note en passant - assez surprenant. Habituellement, les circonstances pertinentes permettent de tracer la ligne définitive (après correction de la ligne équidistante de départ pour les partisans de l'équité correctrice, directement pour les partisans de l'équité autonome). Dans la thèse des écritures danoises, au contraire, les circonstances pertinentes servaient à établir, conjointement avec le principe de proportionnalité, la ligne équitable AA'B de premier pas, et c'est la prise en considération d'un facteur juridique - l'impossibilité d'aller au-delà de 200 milles - qui conduisait à corriger cette ligne de départ et à tracer la ligne définitive.

Quoi qu'il en soit, dans la procédure orale la proportionnalité n'apparaît plus que sous la forme d'un des facteurs pertinents parmi d'autres. Lesquels ?

On a en effet quelque difficulté à identifier avec précision les circonstances pertinentes, nombreuses et hétéroclites, que le Danemark entend mobiliser en renfort de sa ligne de proportionnalité, car d'un passage à l'autre l'énumération subit d'assez importantes fluctuations. Sous des formes diverses sont invoqués : le facteur géographique, en particulier la situation de Jan Mayen du "mauvais côté" de la ligne médiane entre la Norvège continentale et le Groenland, et à une grande distance de la côte continentale de la Norvège; la dimension des deux territoires; la population et les facteurs socio-économiques; la conduite des Parties; le statut constitutionnel; la structure économique; le patrimoine culturel; la situation des glaces au large de la côte groenlandaise et j'en saute (MD, par. 294 et suiv., 373; RD, par. 3, 445, 459 et suiv., 465; cf. CR 93/1, p. 20).

On a souvent relevé la tendance des Etats litigants à invoquer pêle-mêle toutes les considérations, de quelque ordre qu'elles soient, qu'ils espèrent pouvoir mobiliser à l'appui de leur revendication et à soutenir que, comme par miracle, tous ces facteurs pointent très exactement dans la même direction. D'affaire en affaire on a assisté à une prolifération des circonstances dites pertinentes, prolifération encouragée, il faut le reconnaître, par le dictum de 1969 selon lequel "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" (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 50, par. 93).

On pardonnerait volontiers au Danemark cette accumulation de facteurs pertinents si en 1985, dans *Libye/Malte*, la Cour n'avait pas mis un cran d'arrêt à ce bourgeonnement et tenté d'imposer aux parties une certaine discipline. Le dictum de 1969 a été ramené par la Cour à sa portée réelle, c'est-à-dire aux délimitations négociées entre les parties, et le principe a été posé que les données de fait ne sont pas toutes juridiquement pertinentes. Seules le sont "celles qui se rapportent à l'institution [de la juridiction maritime considérée]... telle qu'elle s'est constituée en droit". "L'introduction de considérations étrangères à [l]a nature" de la zone maritime considérée est, au contraire, bannie (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 40, par. 48), et toute pertinence juridique est refusée "aux fins de la délimitation à un facteur qui n'en joue aucun pour la validité du titre juridique" (*op. cit.*, p. 35, par. 40).

En mettant en avant tous les facteurs, quels qu'ils soient, dont il aimerait croire qu'ils peuvent apporter quelque secours à sa revendication d'une ligne de proportionnalité géographique, le Danemark plaide comme si *Libye/Malte* n'était pas intervenu. Mais *Libye/Malte* est là, et nous fournit le fil d'Ariane qui nous permet de trouver notre voie dans le labyrinthe des circonstances pertinentes.

Dès lors que la base juridique du titre est aujourd'hui l'"adjacence mesurée par la distance", seules ont désormais un caractère juridiquement pertinent pour la délimitation les facteurs qui se rattachent à la distance. C'est dans cette perspective que se situe l'évolution qui conduit le juge à corriger une distorsion produite par un accident géographique de faible importance, mais qui rapprocherait la ligne de manière excessive de l'une des côtes. C'est dans cette perspective que

peuvent intervenir des considérations socio-économiques et politiques, puisqu'un minimum d'épaisseur de territoire maritime est indispensable pour assurer à chacune des Parties la sauvegarde de ses intérêts géopolitiques et économiques. Il ne faut pas oublier que l'extension de la juridiction des Etats côtiers au plateau continental et, plus récemment, à la zone des 200 milles a été motivée, négativement par le souci d'écartier l'exploitation des richesses de la mer par des tiers - et plus largement les risques politiques dus à la présence des tiers - trop près des côtes, et positivement par le souci d'assurer à l'Etat côtier l'exclusivité des ressources de la mer à proximité de son littoral. Si les préoccupations économiques ont été dominantes dans la reconnaissance aux Etats côtiers de droits sur le fond marin et sur les eaux surjacentes au-delà de la limite extérieure de leur mer territoriale, les préoccupations politiques, au sens le plus large du terme, n'ont jamais été absentes, ainsi qu'en fait foi la Proclamation Truman. On rejoint ainsi l'inspiration géopolitique qui se trouve derrière le *dictum* que j'ai cité de la sentence *Guinée/Guinée-Bissau*. On rejoint aussi le souci qui a animé, me semble-t-il, la Cour dans *Libye/Malte* de veiller à ce que "la limite qui résultera du présent arrêt ... ne [soit] pas proche de la côte de l'une ou l'autre Partie au point que les questions de sécurité entrent particulièrement en ligne de compte" (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 42, par. 51; cf. p. 52, par. 73).

Comment l'agent du Danemark peut-il prétendre, face à une jurisprudence aussi massive et unanime, que les considérations de cet ordre n'ont pas de portée au-delà des 12 milles de la mer territoriale ou des 24 milles de la zone contiguë (CR 93/1, p. 28) ?

Il serait fastidieux et parfaitement inutile d'entrer dans le détail des multiples considérations mises en avant par le Danemark. Il me faut cependant m'arrêter à l'une d'elles, celle de la population, à laquelle les plaidoiries danoises ont accordé une place prépondérante et que mon ami Ian Brownlie a déjà examinée en détail.

Le facteur de population, nous a-t-on dit, est à la racine de toute affaire de délimitation pour la raison fondamentale que

"a maritime zone of economic potential has no rationale in a delimitation case when it attaches to a territory devoid of population" (CR 93/1, p. 17).

La question est ainsi posée devant la Cour - pour la première fois, sauf erreur de ma part - de la pertinence juridique du facteur de population dans une délimitation maritime. Un territoire doit-il se

voir privé de toute zone maritime dans une délimitation parce qu'il est inhabité ? Et corollairement, lorsqu'une délimitation met en cause deux territoires dont l'un est beaucoup plus faiblement peuplé que l'autre, le territoire le moins peuplé doit-il être défavorisé ?

Jusqu'ici, mais je peux me tromper, la population n'a été prise en compte dans le droit de la délimitation maritime que dans le cas très précis des îles considérées soit comme des circonstances spéciales au sens de l'article 6, soit comme des caractéristiques géographiques non significatives dans le cadre du droit coutumier. De telles îles devant être traitées selon leurs caractéristiques propres, "*on their merits*", comme disait le Commander Kennedy, le fait pour une île d'être inhabitée, peu peuplée, très peuplée, d'être ou non le siège d'une activité humaine ou économique, conduit, en même temps que d'autres éléments (tels que la dimension ou le statut juridique de l'île), à lui accorder plein effet, effet partiel ou nul effet.

En dehors de cette hypothèse très précise, le facteur de population n'est jamais intervenu jusqu'ici pour modifier les superficies maritimes attribuées à chaque Partie.

Cela s'explique facilement par le fait que la population ne joue aucun rôle dans le titre. Le titre s'attache à la souveraineté territoriale : "*the maritime zone attaches to the territory*", a déclaré avec raison M. Bowett (CR 93/4, p. 23). Le titre s'attache à la souveraineté territoriale. Le titre ne s'attache pas à la population, pas plus qu'à la masse terrestre. Peuplé ou non, tout territoire étatique bordant la mer a droit à des juridictions maritimes selon le même critère de distance : 12 milles, 24 milles, 200 milles. La question a été débattue à la troisième conférence sur le droit de la mer si l'on ne devrait pas priver de zones maritimes autres que la mer territoriale les îles qui ne sont pas peuplées et qui ne sont donc pas le siège d'une activité économique et humaine. La question a été débattue, oui, mais les propositions en ce sens ont été rejetées; et la règle a prévalu et est devenue coutumière qu'en dehors des "rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre", toutes les îles génèrent, indépendamment de toute considération de population, les mêmes juridictions maritimes que les autres territoires terrestres. Si la valeur coutumière de la disposition relative aux "rochers" reste quelque peu controversée, le caractère coutumier de la reconnaissance aux "îles" de la plénitude d'un titre à toutes les juridictions maritimes

indépendamment de tout facteur de population est acquis. Il n'y a pas un gouvernement au monde qui ne veille jalousement à s'assurer les vastes zones économiques exclusives que peut lui procurer la souveraineté sur telle ou telle île, même inhabitée.

Sur le plan juridique, dès lors que, mis à part le cas encore incertain des "rochers", le facteur population n'intervient pas dans le titre, il n'y a aucune raison pour qu'il intervienne dans la délimitation. La pratique des Etats, que mon ami le professeur Brownlie a examinée en détail, prouve amplement que c'est là l'*opinio juris* des Etats.

Sur le plan politique, on imagine mal les Etats dont le territoire ou les zones côtières sont peu peuplées, ou les multiples Etats insulaires de faible population, accepter demain une réduction de leurs droits maritimes dans une délimitation face à des territoires beaucoup plus peuplés.

Sur le plan pratique enfin, on entrevoit les difficultés auxquelles la prise en compte du facteur population donnerait lieu. Quelle serait la population à prendre en considération : celle installée le long des segments côtiers pertinents - ou dits pertinents - ? toute la population côtière ? la population de l'immédiat hinterland côtier ? celle de tout le territoire ? celle de l'Etat tout entier ? Notre affaire illustre parfaitement ces difficultés en raison de la distribution de la population du Groenland entre les côtes occidentale et orientale, de l'extrême faiblesse de la population le long du segment côtier considéré comme pertinent du Groenland, et du fait, indiqué par M. Tresselt, que l'accès aux zones maritimes disputées est plus rapide pour les pêcheurs venus de la Norvège continentale que pour ceux venus des ports groenlandais (CR 93/5, p. 40-41). Et si l'on voulait absolument tenir compte du facteur de population, le ferait-on selon des ratios de population ? On imagine les complications sans fin auxquelles donnerait lieu ce facteur de proportionnalité d'un nouveau genre.

Décidément, Monsieur le Président, le facteur de population est une fausse idée claire - et une fausse idée juridique !

C. Le résultat proposé par le Danemark

Même ramenée en arrière sur la limite des 200 milles du Groenland, la frontière maritime revendiquée par le Danemark ne correspond certainement pas à ce que la "norme fondamentale" qui régit toute délimitation appelle un résultat équitable. S'il est un principe équitable "susceptible d'une

application générale", c'est bien, comme la Cour l'a rappelé dans *Libye/Malte (C.I.J. Recueil 1985, p. 39, par. 46)*, le principe de non-empiétement (*non-encroachment*) qui interdit à une ligne de délimitation d'amputer (cut off) l'une des Parties "de zones situées juste devant sa façade maritime" (*Mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969, p. 32, par. 44*). Que dire à cet égard d'une ligne qui attribuerait la totalité de la zone de chevauchement à l'une des parties et n'en laisserait pas la moindre miette à l'autre ? Au surplus, la ligne unique de délimitation que le Danemark demande à la Cour de tracer passe à une trentaine de milles marins seulement de la limite extérieure de la mer territoriale de Jan Mayen. Loin d'assurer à la Norvège, comme l'exige la jurisprudence, "le contrôle des territoires maritimes situés en face de ses côtes et dans leur voisinage immédiat", une telle frontière condamnerait la Norvège à voir "s'exercer en face de ses côtes [et les côtes de Jan Mayen sont des côtes norvégiennes] et dans leur voisinage immédiat des droits qui pourraient porter atteinte" à ses intérêts économiques ou compromettre sa sécurité.

La revendication danoise est à vrai dire condamnée au premier coup d'oeil. On voit mal comment une délimitation qui attribuerait à l'une des Parties la totalité de la zone de chevauchement et l'intégralité de son titre, jusqu'à l'extrémité de sa limite extérieure, et qui du même coup priverait l'autre de tout droit dans cette même zone de chevauchement, pourrait être regardée comme équitable et raisonnable. Même si l'équité n'implique pas l'égalité, il n'en reste pas moins que dans *aequitas il y a aequus*, et qu'une inégalité trop flagrante et sans justification fait soupçonner une inéquité. Équité et raison supposent l'une et l'autre un certain équilibre, une certaine prise en considération des intérêts des deux Parties : point n'est besoin de longues explications pour constater qu'en aucune façon la ligne revendiquée par le Danemark ne satisfait à cette exigence.

Je voudrais ajouter une remarque d'ordre plus général.

Demander cent dans l'espoir d'obtenir cinquante est devenu courant dans les instances relatives à des délimitations maritimes : l'espoir qu'au nom de l'équité le juge en arrivera plus ou moins à *split the difference* encourage les parties à suivre ce genre de tactique. Mais de là à demander la totalité de la zone de chevauchement, c'est-à-dire la totalité de l'étendue à laquelle on aurait droit si l'autre n'existait pas, il y a une différence. On frémit à l'idée de ce que deviendrait la mission du juge

international si, dans une même instance, les deux parties adoptaient la même attitude maximaliste - si, par exemple, dans la présente affaire, la Norvège avait revendiqué elle aussi la totalité de ses 200 milles à l'ouest de Jan Mayen. Dans quelle situation se trouverait le juge saisi de demandes aussi irréalistes l'une que l'autre ? Déjà, dans plusieurs affaires passées de délimitation maritime, les tribunaux ont été amenés à écarter d'emblée, d'entrée de jeu comme excessives les demandes des deux parties et à leur substituer leur propre approche. Un coup d'arrêt est peut-être souhaitable dans l'intérêt même de la justice internationale. J'ajouterai que la Norvège considérerait comme regrettable que le Danemark tire profit d'une maximalisation outrancière et qu'elle ait, quant à elle, à regretter d'avoir adopté, tant dans sa législation que devant la Cour, une position équilibrée et raisonnable. La modération ne doit pas être pénalisée et le maximalisme récompensé. Calomniez, calomniez, il en restera toujours quelque chose, disait Beaumarchais. Demandez, demandez, vous y gagnerez toujours quelque chose : si c'est dans cette direction que devait s'orienter la tactique judiciaire en matière de délimitation maritime, l'administration de la justice ne s'en trouverait pas facilitée.

Il ne me reste plus, Monsieur le Président, Messieurs les Juges, pour terminer mon exposé, qu'à abandonner l'optique critique au profit d'un point de vue constructif. Rejeter la demande danoise était nécessaire. Justifier la demande norvégienne l'est tout autant.

IV. LA DEMANDE NORVEGIENNE EST EQUITABLE ET RAISONNABLE

Cette démonstration, je m'empresse de le dire, me prendra très peu de temps.

La plupart des observations formulées en vue de critiquer la demande danoise mettent en lumière a contrario les mérites de la demande norvégienne. Mes longs développements antérieurs constituent en quelque sorte en creux, en négatif, ce que je pourrais dire à présent dans une optique positive.

Nous sommes en présence, je le rappelle, de côtes qui se font face, l'une et l'autre à peu près droites, sans irrégularité notable; entre ces côtes, rien que la mer, rien qui puisse faire dévier une ligne. "Le présent litige", écrit le Danemark à juste titre, "se situe dans le contexte d'une géographie

relativement simple" (MD, par. 19), et il a parfaitement raison.

Mise en présence d'une situation géographique similaire dans *Libye/Malte*, la Cour a déclaré qu'elle

"n'a guère de doute quant au critère et à la méthode qu'elle doit employer en premier lieu pour parvenir à une position provisoire à propos du présent litige",

et elle a considéré comme

"logique que le choix du critère et de la méthode qu'elle doit employer en premier lieu pour parvenir à un résultat provisoire soit effectué d'une manière cohérente avec les concepts à la base de l'attribution du titre juridique".

Rappelant qu'elle avait en 1969 "noté que l'équité de la méthode de l'équidistance était particulièrement prononcée dans les cas dans lesquels la délimitation à effectuer intéressait des Etats dont les côtes se faisaient face", elle a observé que "pour la première fois, c'est bien à une délimitation exclusivement entre côtes se faisant face" qu'elle avait à procéder, et elle a retenu comme point de départ la ligne médiane.

Sans doute la Cour a-t-elle ajouté que le fait qu'elle a

"estimé dans les circonstances de la présente espèce qu'il convenait de commencer par établir une ligne médiane pour procéder à la délimitation ne signifie pas qu'une ligne d'équidistance soit le point de départ dans tous les cas, ni même dans tous les cas de délimitation entre Etats se faisant face" (*op. cit.*, p. 56, par. 77).

C'est néanmoins cette approche qu'elle a adoptée dans l'affaire *Libye/Malte*.

C'est dire que l'affaire *Libye/Malte* nous fournit un fil directeur précieux qui permet de conduire pas à pas l'opération de délimitation selon le même schéma que celui suivi par la Cour en 1985. Il n'est pas besoin de nous demander si ce même schéma devrait être appliqué dans de futurs cas de délimitation : dans notre affaire, en tout cas, il est applicable.

C'est donc de la ligne médiane qu'il faut partir dans notre affaire. Mais cette ligne, la Cour l'a dit "n'est ... que provisoire" (*op. cit.*, p. 47, par. 63). Il convient de s'assurer qu'une "correction", un "ajustement" (*Golfe du Maine, C.I.J. Recueil 1984, p. 334, par. 218; Libye/Malte, C.I.J. Recueil 1985, p. 50, par. 68*), n'est pas nécessaire car

"il doit ... être démontré que la méthode de l'équidistance aboutit, dans le cas considéré, à un résultat équitable" (*op. cit.*, p. 47, par. 63).

Dans *Libye/Malte* la Cour a estimé que certaines circonstances de l'espèce étaient telles que

L'on ne se trouvait pas tout à fait "devant un cas 'classique' et sans problème d'application simple de la ligne médiane" (*op. cit.*, p. 50, par. 70), et elle a procédé à son ajustement. Dans notre affaire, au contraire, la situation est tout à fait "classique", et la "démonstration", exigée par la Cour, que la ligne médiane conduit à un résultat équitable ne présente aucune difficulté.

Ni le choix des points de base, ni le cadre géographique d'ensemble, ni la distance entre les côtes, qui sont en (dehors de la disparité des longueurs côtières dont j'ai déjà parlé) les trois éléments qui ont conduit la Cour en 1985 à considérer que la ligne médiane de départ n'était pas une ligne équitable d'arrivée, n'existent dans la présente affaire.

Peut-être est-il bon aussi de rappeler l'observation de M. Tresselt que dans notre affaire la ligne médiane, loin de diviser la zone de chevauchement en parts égales, en attribue une partie plus importante, et c'est normal, à la longue côte du Groenland (CR 93/5, p. 42). Cela n'a rien de surprenant. Mon ami Ian Brownlie a rappelé avant-hier la mise en garde d'un éminent auteur : la méthode de l'équidistance, contrairement à une opinion trop répandue, n'a rien à voir avec une égale division - ou n'aboutit pas toujours à une égale division - de la zone de chevauchement des titres; elle se réfère à des distances et non pas à des superficies.

Je sais bien, Monsieur le Président, Messieurs les Juges, que l'équidistance est impopulaire. Dans presque chaque affaire - et celle-ci ne fait pas exception - l'équidistance est attaquée avec virulence. On la dit inappropriée et inéquitable tantôt parce que les côtes sont irrégulières, tantôt parce qu'elles ne sont pas d'une longueur comparable, tantôt parce que les configurations côtières ne sont pas similaires. Toutes les raisons sont bonnes pour la dénigrer et pour l'écarter - au point que l'on peut se demander par quelle étrange aberration tant de gouvernements ont pu conclure tant de conventions basées sur une méthode aussi scandaleuse ! Le discrédit dans lequel ses adversaires ont réussi à faire tomber l'équidistance est tel que l'on assiste à un étrange phénomène : la Partie qui accuse l'autre de faire preuve d'un appétit excessif en revendiquant une ligne d'équidistance est celle-là même qui réclame plus que l'équidistance; et c'est l'Etat qui se contente de l'équidistance qui se voit accusé d'être trop gourmand et trop exigeant. Par un étrange paradoxe, celui qui demande le plus parvient à se faire passer pour raisonnable, et c'est celui qui demande le moins auquel on

cherche à imposer des sacrifices complémentaires. Il est grand temps, me semble-t-il, d'admettre avec M. Lehmann que "*the heated debates about equidistance versus equity may look somewhat artificial*" (CR 93/1, p. 30). Pourquoi alors ne pas admettre que dans la présente affaire équidistance est synonyme d'équité et que la ligne médiane peut être acceptée par la Cour dans le cadre de la norme fondamentale du résultat équitable ?

Il appartient, Monsieur le Président, à la Cour de dire le droit. Il lui appartient de décider si l'équidistance est par nature, par essence, par définition, inéquitable dès lors que - et pour la seule et unique raison que - les côtes n'ont pas une longueur comparable ou que l'arrière-pays est inégalement peuplé. Il appartient à la Cour de décider si l'équidistance est réservée au seul cas de côtes rigoureusement droites, rigoureusement opposées, de longueur rigoureusement égale, derrière lesquelles vivent des populations d'importance comparable - c'est-à-dire à un monde utopique et idéal qui n'existe pas dans notre monde réel. Il appartient à la Cour de décider si l'égalité des longueurs côtières et l'équivalence des ratios entre longueurs côtières et superficies attribuées sont des conditions nécessaires à l'application de l'équidistance. Il appartient à la Cour de décider si un kilomètre de côte de l'un des Etats doit générer la même superficie de plateau continental, de zone de pêche, de zone économique exclusive qu'un kilomètre de côte de l'autre Partie. Huit ans après Lybie/Malte, il appartient à la Cour de décider si cet arrêt restera un arrêt d'espèce venu enrichir le kaléidoscope déjà riche et contrasté des règles, concepts et approches jurisprudentielles du droit de la délimitation maritime ou si *Libye/Malte* pourra être regardé par les juristes de l'avenir comme un tournant décisif et riche de virtualités. Il appartient à la Cour de décider si, et dans quel sens, elle entend continuer ce que j'ai cru pouvoir appeler la lente conquête de la délimitation maritime par le droit et poursuivre, par un processus de trial and error fait d'innovations hardies, de retouches délicates et de corrections courageuses, le développement progressif et la marche en avant de ce chapitre difficile du droit international.

L'affaire *Danemark c. Norvège* apparaît en définitive plus, beaucoup plus, que l'affaire *Danemark c. Norvège*. C'est là la seule explication que je puisse apporter, et la seule excuse que je puisse présenter à la Cour, pour l'insolite longueur de mon exposé.

Monsieur le Président, Messieurs les Juges, clôturant il y a quelques mois, dans la maison voisine, la dernière session de l'Académie de droit international, M. Manfred Lachs définissait ainsi les obligations d'un orateur : "Il doit avoir quelque chose à dire. Il doit le dire. Il doit s'arrêter de le dire." J'ai conscience d'avoir failli à la troisième au moins de ces exigences. Mais je voudrais par ce souvenir personnel rendre un hommage empreint de tristesse au grand juriste et au grand juge qui vient de disparaître. Je vous remercie, Monsieur le Président, et je vous prie de bien vouloir, après l'interruption, donner la parole au professeur Keith Highet.

Le PRESIDENT : Thank you very much, Professor Weil. We will take our break now and return to hear Mr. Highet.

La séance est suspendue de 11 h 20 à 11 h 40.

The PRESIDENT: Mr. Highet.

Mr. HIGHET:

The Role of the Court

Mr. President, Members of the Court. It is my honour and privilege today to present the case of Norway relating to certain procedural implications of this matter, with particular attention to the function and the role of the Court. I will conclude with some specific suggestions to overcome some of the difficulties that have been created by Denmark's unilateral application.

Introduction

Mr. President, Denmark has asked for a lion's share of continental shelf and fisheries zones between Greenland and Jan Mayen. It points to the large discrepancy in coastal lengths. It says that this justifies the lion's share - in spite of the fact that the geographical context is isolated, and even in

the middle of the ocean.

Our Agent, Per Tresselt, has shown how this claim is justified neither by geographic context nor by distance. Our Agent, Bjørn Haug, has shown that it is inconsistent with Denmark's treaty obligations and conduct. Our colleague, Ian Brownlie, has demonstrated that the claim is eccentric and anomalous as a matter of general international law. Our colleague, Prosper Weil, has just shown that it also rests on fallacious legal principles and false logic.

In his speech on Friday, Mr. Haug also laid out a framework of basic principles for Norway's approach to this case. My job, Mr. President, is to take this framework and to follow the principles set forth in it to their logical conclusion, primarily in terms of procedure, and its implications for the substantive role of the Court in this case.

Mr. Haug's summarization of the Norwegian position was set forth at pages 21, 22, 24 and 25 of his pleading (CR 93/5 of 15 January 1993). There he laid the groundwork for the points that I shall elaborate in greater detail this morning.

The three main points with which I shall deal relate to the following undisputed facts:

- (i) *the case is brought by application;*
- (ii) *Denmark claims a "single, all-purpose line of delimitation" for both continental shelf and fisheries zone; and*
- (iii) *Denmark seeks an actual delimited line rather than a general declaration of principle.*

The problems with which I am concerned, Mr. President, fall to be considered only after the Court has already exercised its functions concerning the applicable treaties and the effects of general international law and the conduct of the Parties.

To the extent that the Court recognizes a median line in place as the continental shelf boundary, that leg of Denmark's case will then no longer present any problems.

The Court must then still proceed to the determination of fisheries zones. And it must also decide *whether*, provided that Denmark has really asked for "a full-fledged and ordinary delimitation" (p. 25), the Court should in fact grant that request and actually perform a delimitation

under existing international law.

In addition, if the Court were to disregard the existing treaty relationships of 1965 and/or 1958, then it will have to make the same type of determination, *de novo*, as to the continental shelf.

Finally, if the Court decides that it can and should make either of those determinations, it will then - but only then - have to decide whether the fisheries boundary and the shelf boundary will constitute one "single, dual-purpose boundary", or whether the relationship would be more properly expressed by two "single-purpose boundaries" that may, or may not, geographically coincide.

In this connection the Court will wish to take into account the views expressed by Mr. Haug at pages 17 to 20 and 22 and 23 of his argument, and in particular his statement that it will be in the national interest of Norway to preserve the present distinction between the continental shelf and other maritime zones as separate legal régimes (p. 23). Norway cannot be restricted to a single line of delimitation in the absence of Norway's specific agreement.

It is with this background in mind, Mr. President, that I would like to attack the problems that I see in the Danish case in these respects. I will, as always, be grateful for the patience and discernment of the Court in understanding that the relationship between the existence and identification of these problems is somewhat intricate, and that when I deal with them I am not intending to concede that the Danish case is otherwise well-founded in any respect.

The basic problem

Let us start at the beginning, in 1988. The Danish Application seemed hurried and premature. Paragraph 4 of the Norwegian Counter-Memorial refers to matters that were under active negotiation at the time when Denmark decided to file its unilateral application.

The last proposal in the negotiations - tabled by the Norwegian delegation in 1988 - contemplated a special arbitration tribunal with a particular mandate. It had a specific two-step procedural approach. No Danish reaction was ever received by Norway. The Application of Denmark followed precipitously thereafter - on 16 August.

That seemed wrong at the outset. The optional clause declaration had been in existence all the while that the Parties had been negotiating. Why, and how, did Denmark suddenly discover or

decide that the optional clause jurisdiction would be available to it for the purpose of obtaining a delimitation?

There were also things that seemed to be wrong with what Denmark was asking for. Not merely was Denmark seeking to have the Court draw a maritime boundary line without Norway's consent: but that line was to be a *single* line joining both fisheries and shelf, *forever*. Moreover, Denmark today is not even really asking the Court to perform a delimitation in this case. It only asks the Court to declare a specific entitlement, and to impose a specific line, but not really to do a delimitation on its own.

All of this didn't seem right. It seemed to be oblivious of the basic legal principle that the consent of parties is required in order to have the Court engage in a delimitation of maritime areas - just as the consent of parties would be required for them to effect the delimitation themselves.

Norway was therefore faced with a dilemma. On the one hand, it did not wish to file preliminary objections to the jurisdiction of the Court, in view of the optional clause declarations of the Parties and the broad scope of Article 36, paragraph 2, of the Statute. Yet on the other hand it did not seem right for Norway to be forced into Court at this stage on a matter of this type, and to confront a specific line of delimitation - and a single line at that.

It was Norway's view that the Court does have the jurisdiction and power to determine and declare that a median line boundary is in place, or that the delimitation of fisheries zones should be based on a median line - but that the Court should not actually draw up a precise articulation of a boundary, and should certainly not combine two boundaries in one.

In accordance with this view, Mr. President, our Counter-Memorial stated that:

"in these proceedings the judicial function is limited in one particular respect. ... there are substantive considerations both of law and of judicial convenience in favour of the view that the Court should confine itself to a recognition of the legality of the median line boundaries requested in the submissions which follow below, and not proceed to the precise articulation of those boundaries" (Counter-Memorial, p. 197, para. 704).

That paragraph concluded by stating that "the adjudication should result in a judgment which is declaratory as to the bases of delimitation, and which leaves the precise articulation (or demarcation) of the alignment to negotiation between the Parties" (ibid.).

Mr. President, in addition, Norway carefully reserved its position (Counter-Memorial, para. 705) about the applicability of any basepoints or baselines and the determination of any tripoint (para. 706). In consequence, no case of prorogation can therefore arise as to the appropriateness of these issues for decision today.

And, last but not least: there is the question of Denmark's claim for a single, all-purpose, line of delimitation. Norway resists this, as we have said, and denies that such a line should be imposed on it. There are zones that do not yet legally exist as to which Norway wishes to retain its sovereign freedoms.

Moreover, paragraph 703 of our Counter-Memorial stated explicitly that:

"To the extent that the claim for a single line is a claim for a delimitation of a different nature as compared with other delimitations, Norway is bound to point out that no agreement exists between the two Parties, either on a procedural level or with regard to the substance of such a claim. Without the agreement of the Parties, such a claim would not be admissible."

Mr. President, it would be useful at this point to indicate that in questioning certain matters in the Danish case at this stage, Norway is not now seeking to refresh doubts concerning jurisdiction and admissibility. We did not file preliminary objections, as we did not think that they were appropriate in this case.

But, how far the Court will feel that it is appropriate for it to go in rendering its decision on these matters is a different question from one of jurisdiction or admissibility. It is mainly a question of judicial propriety and restraint. The Court will be performing a delicate task of evaluating elements that will lead it in one direction or another in this regard, in the general context of the substantive law of the sea in matters of delimitation. The Court may usefully draw guidance from the analogous analyses that have been performed in cases such as *Tunisia/Libya* or *El Salvador/Honduras*, where the same issues were dealt with in the narrower context of interpreting the consent of parties, and were therefore properly viewed as being directly related to the jurisdiction of the Court, or Chamber, rather than to the discretion and restraint that the Court may choose to bring to bear in the exercise of its judicial powers and competence in this difficult area.

I do not need to remind the Court of the restraint articulated on the exercise of its judicial functions in the case concerning the *Northern Cameroons* (*I.C.J. Reports 1963*, p. 3), or of the

substantial thought that was devoted to this and to cognate subjects by the late judge Sir Hersch Lauterpacht in his book, *The Development of International Law by the International Court* (1982 rev. ed, Part Two, Chap. 5, pp. 75-90) under the several and associated rubrics of "judicial caution" and "judicial restraint", as distinguished, of course, from "judicial hesitation" or "judicial indecision".

Maritime delimitation can be so complex, so nuanced, and so dependent upon political and national considerations that it is an area, par excellence, in which a tribunal would wish to be certain to exercise prudential judicial restraint in granting relief for and imposing solutions upon, the parties. When a court is asked by one party to draw a specific line of delimitation, the complexities redouble. When such matters relate to the choice or imposition of a "single, dual-purpose boundary" or of two "single-purpose boundaries", the matter becomes even more opaque, and the need for judicial prudence and care becomes ever more pronounced.

The litigation context

Mr. President, I would now like to turn to the general procedural context of the case - what might be called its "litigation context". The Court is fully aware that there are some important differences, in form as well as in substance, between cases brought by application and cases brought by special agreement.

Pleadings in cases brought by application are, of course, normally consecutive. In cases brought by special agreement they are generally simultaneous. Proceedings brought by application are obviously of a more "adversarial" nature than proceedings where both parties have come willingly into the Court and are theoretically in agreement on the questions to be asked of it.

By their very nature then, application cases are more "one-sided". The most important difference is that in application cases the initial questions before the Court are unilaterally framed, and the case evolves from that point, rather than from mutually-agreed propositions and understandings.

This can have considerable importance for the nature of the issues presented to the Court for decision, and thus on the role of the Court itself. It would obviously be particularly important where

"special circumstances" or "relevant circumstances" are to be investigated and weighed.

Normally, the burden of proof is generally on the applicant - at least as to the facts alleged by it. Its more elegant stepsister, the burden of persuasion, is also the applicant's - or should be - as to the propositions it invokes and the arguments it advances.

Here, however, Denmark has made an ingenious short-cut of the normal rules of burdens of proof and persuasion. It now gives the impression of challenging Norway to show why Denmark should not be entitled to its "full 200-nautical mile" zones, instead of *defending its own position* that Denmark is claiming maritime rights that would otherwise be vested in Norway by general international law and by the law of the sea.

A sound reason why delimitation questions are inherently unsuitable for the application route is that no applicant should be able to dictate to a respondent what its claims should be. To frame both sides of a delimitation case by successive claim and counter-claim seems to be artificially rigid.

Denmark is eager to tell the Court what Norway's claims should be. It has even ignored the fact that Norway is insisting on two boundaries, and has reformulated the Norwegian claim as a request for a single line of delimitation! Mr. President, as long as Norway has not participated in the decision to come to Court, Norway must reserve the right - at a minimum - to request the Court to keep the two lines separate.

Amazingly enough, distinguished counsel for Denmark, our friend, Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga, even said that Norway is actually *asking for a single line of delimitation*. He said that:

"The fact that the Norwegian submissions are formulated in separate paragraphs does not alter the substantial fact that an *identical boundary line* is requested by Norway, the median line, both with respect to the continental shelf and the fishery zone. *It follows that both Parties ask for a single all-purpose boundary.*" (CR 93/2, p. 66; emphasis added.)

With all respect, learned counsel for Denmark seems to have confused the nature of the boundary line with its location. It is not "an identical boundary line" at all. They are two quite separate and distinct boundary lines. What is identical is the location of each line. Their locations coincide, but the boundaries are quite different.

Mr. President, perhaps I might illustrate this with a historical anecdote. Sidney Smith, the

celebrated wit and Anglican cleric, was once in the midst of a theological argument with a Unitarian friend of his on a walk down Pall Mall in London. The Reverend Smith was of course a believer in the Christian doctrine of the Trinity, whereas his friend was a believer in Divine Unity. Suddenly his friend saw a hansom cab going by with three passengers in the back. He stopped, pointed at the carriage, and said: "*That is* what I mean! Three men in one carriage!" But Smith immediately responded: "*Oh no!* What you must show me is not three men in one carriage, but one man in *three* carriages!"

Norway does not accept the single line approach, lines that seem to become one line by a process of reduction or condensation. It maintains its right to *two lines in one place*: two quite different lines, with different objects and purposes, but sharing the same eventual location. These would be two "single-purpose boundaries" - not a "single, dual-purpose boundary" or a "*single, all-purpose line of delimitation*". They might well occur, Mr. President, in the same geographical location, but they would still correspond to two separate functional zones in law.

The Court is, course, sensitive to the well-recognized fact that boundaries - not their markers, but boundaries - are not physical objects. Nor are "zones". They are all legal concepts - mere conceptualizations of the physical world, and they can, of course, repose - unlike real things - in identical locations. Thus two boundaries and two zones of different types and for different purposes, can share the same, or a joint, location with no difficulty.

Mr. President, turning back to the issue of litigation context, it is inconceivable, in the present proceedings, that Norway would ever have agreed to the formulation of the issues as they are now expressed in the submissions of Denmark. Denmark's first submission is - in effect - that the shelf and fishery rights of Denmark be determined as if Jan Mayen island - and thus the Norwegian shelf and fishery rights - does not exist.

Denmark's second submission requests the Court to draw a single, very specific line of delimitation for both shelf and fisheries purposes, measured precisely from 21 separate Danish base-points.

It is not credible that Norway would have agreed to such restricted parameters for this

litigation, had it been brought by special agreement. If the Parties had been able to conclude a compromise to come to Court, the questions asked would have reflected the full views of both Parties on the task of the Court and the scope of the dispute - not merely the position of one of them. The case would then have been far easier for the Court to deal with, consistent with its own jurisprudence, and it would have far more effectively reflected the correct relationship between Norway and Denmark in this area.

In sum then, Mr. President, the present proceedings were instituted by application. We know that this has many consequences for the procedure to be applied. We are not certain whether there may be other, more substantive consequences, linked to the fact that the present case relates to a field in which all previous litigation has been conducted on the basis of special agreement. If there are such consequences, we do not know what they might be. We are, however, aware that the law of maritime delimitation refers the determination of many matters to the agreement of the States concerned. When there is a special agreement authorizing a court or tribunal to deal with those matters, the rules which refer directly to the agreement of the parties are often, as it were, suspended. Since there is no special agreement governing the present proceedings, that may have specific implications for the task of the Court.

Consent and delimitation

The task of imposing a delimitation line on a respondent is made even more difficult by the actual requirements of the law of maritime delimitation. If one party is contending, in good faith, that the Court should not be drawing a particular line of delimitation in the absence of agreement, it is obvious that the Court cannot fully benefit from both sides of the argument.

In a fully-agreed case such as the *Gulf of Maine*, for example, the Court or its Chamber can be reasonably certain that the parties will have set forth, *as effectively as possible*, all the relevant circumstances and considerations, even some that the Court or Chamber might not find relevant. It is necessary for the Court or Chamber to "balance up" those relevant circumstances on a complete basis of consensual equality, informed by joint purpose and will, in order to achieve an equitable result.

Indeed, in the present case, Norway has tried hard to set forth as clearly as possible the facts that it considers relevant for what would constitute an equitable delimitation, even though we do not seek a "delimitation" as such, but rely on a boundary in place and/or a declaratory judgment as to principle.

Even with the best will in the world, however, one cannot go to the extent of pretending something one does not agree with - and here we would simply say that we have not been able to engage Denmark on the issues of baselines, or base-points, or turning points. Those technical details are required for the precise calibration and demarcation of where the median line, that is in place between the Parties, will actually find itself on a large-scale map. Thus we part company with Mr. Thamsborg, who dealt with these issues for Denmark, for another purpose.

The Agent for Denmark, Mr. Magid, conceded the potential difficulties in this situation when he said that there was:

"[a] marked difference between the use in State practice of the equidistance method and the jurisprudence of this Court and international courts of arbitration which have been presented with special delimitation situations that have required a more *nuanced analysis* of all the relevant circumstances involved in order to reach an equitable result" (CR 93/1 of 11 January 1993, p. 30; emphasis added.)

How can a fully "*nuanced analysis*" be provided if one of the parties does not, in fact, concur in the process - if there is not, at the very least, a shared perception of the general task requested of the tribunal?

What the Danish case fails to recognize is that the process of delimitation is long, *slow and delicate*. That is what makes delimitation so special. The Agent for Denmark, Mr. Lehmann, has helpfully stated that this is "a delimitation case, and nothing but, and ... this legal institution has its own distinct rationale" (CR 93/1, p. 19).

This particular rationale has long been recognized in the law. Delimitation involves elements that must be thoroughly canvassed by the Court and carefully weighed, in order to satisfy the legal objective of achieving the equitable result. There may be the need to investigate alternative solutions with the full participation of the parties. How else can the Court be certain that it has reviewed all the facts necessary and relevant to arrive at an equitable result?

This is by no means to say that a party has a "veto" power over the conduct of a case. The only "veto" power that a party may have is whether to sign a special agreement to go to the Court in the first place. Once in Court, the parties will, of course, perform their duties under the Statute.

The conclusion one arrives at, Mr. President, is that *delimitation is inherently and prima facie inappropriate for cases brought by application*. Delimitation is a subject as to which the Court should, in our view, exercise its inherent judicial restraint as a prudential matter - unless it is abundantly clear to the Court that both parties are specifically inviting it to undertake such a task. As a policy matter, the parties should manifest their satisfaction of the substantive requirement of the law of the sea: that there is an agreement, or consent, to delimitation, so that any delimitation received and awarded will be fully consensual.

What then is meant by the word "agreement"? Our Agent, Mr. Haug, touched on this subject a week ago (CR 93/5, pp. 18-20), but I would briefly like to come back to it here. There are at least *three levels of specificity*, in a hierarchy extending from an agreement to request the most general pronouncement of legal principle, at the top, to an agreement to request a specific demarcation of an actual line on the ground, at the bottom. In addition, there are two main contexts in which these levels of specificity achieve expression: the parties can do it themselves, or they can relegate the task to a third-party decision-maker, such as this Court, or its Chamber, or an arbitral tribunal.

The first and most general level of "agreement" will of course be a treaty between the parties which does not specifically indicate a boundary in the area in question, but only the general principle on which any eventual boundary would be based. An example is of course the general provision of Article 1 of the 1965 Agreement between Denmark and Norway, as applied to areas between the two Kingdoms other than the North Sea.

The second level of specificity is where there is a general treaty between the parties that again specifies a general principle to be applicable in a specified area, but which - once again - leaves the precise articulation of the boundary line in that area to a subsequent procedure.

The third level of specificity is naturally a specific boundary treaty between the parties. It will include a line. An example is Article 2 of the 1965 Agreement between Denmark and Norway

and the attached chart by which it was applied to the North Sea.

Turning to the other context - that of relegation of the matter to a third-party decision-maker - we can see exactly the same hierarchy. The first level of specificity in this context is that where parties have agreed on reference to the Court, but have only asked the Court to indicate principles and rules, or a juridical status, but not to effect a delimitation or even to substantially assist the parties to do so themselves. Examples here, of course, are the North Sea cases and more recently, the *El Salvador/Honduras* case.

The second level of agreement in this same context is at one remove: it is where parties have asked the Court to assist them substantially with the delimitation, but not in fact to draw the line. The classic example here is of course *Tunisia/Libya*.

The third level proceeds at yet one further remove. It is where the parties have referred *the specific task of effecting a delimitation* to the Court or an arbitration tribunal. The examples of course are *Gulf of Maine*, *Libya/Malta*, and the three arbitral awards: *France/United Kingdom*, *Guinea/Guinea-Bissau* and, most recently, *Canada/France*. Those situations could hardly be further away from the situation confronting the Court today.

Some assistance might be garnered here from a quick review of the law and the cases.

The law of consent

Mr. President, the rule of decision to be applied here is either or both of the 1965 Continental Shelf Agreement between Denmark and Norway and the 1958 Convention on the Continental Shelf. (If the rule of decision were to be the provisions of the 1982 Convention on the Law of the Sea, the result would be no different.) I would here remind the Court again of what I tried to make clear at the outset of my pleading: that Norway is seeking first and foremost a declaratory judgment reaffirming the validity and legal consequences of the 1965 and 1958 Treaties.

Article 6 of the 1958 Convention provided in relevant part that the boundaries: "shall be determined *by agreement* between" the States concerned. Articles 74 and 83 of the 1982 Convention further provide, in identical terms, that: "delimitation ... 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."

Thus the law requires the mutual consent of the parties to any such delimitation. What is done without the agreement of both is not properly done at all. This is because delimitation is an expression of the sovereign will of more than one State. It is a specific juridical act, establishing a permanent international boundary between States. States may, of course, refer the application of that will to a third-party decision-maker such as this Court. That in turn is an act of will. But it must be specific.

And it must be consensual. Delimitation, as the Court knows, is a procedure that can readily be so sensitive and so complex that the Court would be exceeding the bounds of judicial restraint were it to assert that it could - as a rule - perform the same magic, or alchemy, without the full consent of both sides to a potential boundary and without their full or at least willing co-operation. Would the Court not have to take account of sensitive political and historical elements, and the likelihood that States can readily agree upon new and unorthodox methods of arranging and exercising their mutual sovereign rights?

Specific co-operation, then, is a *sine qua non* for delimitation. Indeed, the general practice among States in matters of delimitation is to be very specific in what they request. The practice of this Court in resolving questions of land boundaries is and has also been consistent with this. There is no known adjudication or arbitration of territorial matters on land that did not specify the question put to the tribunal and manifest the consent of the parties to its determination of territorial rights.

The development of the law in the cases has been consistent with this analysis. For example, in the *Gulf of Maine* case, the Chamber referred to:

"the criterion that ... delimitation must above all be sought, while always respecting international law, through agreement between the parties concerned. Recourse to delimitation by arbitral or judicial means is in the final analysis simply an alternative to direct and friendly settlement between the parties." (*Idem*, para. 22 at 266 (emphasis added).)

It should in other words be a friendly and co-operative arrangement - not an adversarial process.

In the past, the Court has proceeded with abundant care in this area. This care was reflected

most recently in the 1992 decision of the Chamber in the *El Salvador/Honduras* case (Land, Island and Maritime Frontier Dispute (*El Salvador/Honduras; Nicaragua Intervening*), *I.C.J. Reports 1992* (Judgment of 11 September)). The Special Agreement or compromiso in that case requested the Chamber "to determine the legal situation of ... the maritime spaces".

If anything, the language of the compromiso in the *El Salvador/Honduras* case was quite specific. It had already identified the role of the Court or Chamber: to make a determination - and the subject-matter of that determination: *the legal status of the maritime spaces*.

Yet even then, the Chamber stated that:

"it is difficult to see how one equate 'delimitation' with 'determination of a legal situation' ... the object of the verb 'determine' is not the maritime spaces themselves but the legal situation of these spaces. No indication of a common intention to obtain a delimitation by the Chamber can therefore be derived from this text as it stands." (P. 583, para. 373; emphasis added.)

Thus if the Chamber felt that it could not squeeze "delimitation" out of "determination of the maritime spaces", should the Court in our case today not exercise an analogous judicial restraint?

Again, in paragraph 380 the Chamber in *El Salvador/Honduras* reiterated its awareness of "the absence from the text of any specific reference to delimitation", and added, significantly:

*"Whenever in the past a special agreement has entrusted the Court with a task related to delimitation, it has spelled out very clearly what was asked of the Court: the formulation of principles or rules enabling the parties to agree on delimitation, the precise application of these principles or rules (see *North Sea Continental Shelf* cases, *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)* and *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)* cases), or the actual task of drawing the delimitation line (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* case). Likewise, in the Anglo-French Arbitration of 1977, the Tribunal was specifically entrusted by the terms of the Special Agreement with the drawing of the line."* (P. 586, para. 380.)

Denmark has gone further than this, in at least two significant ways. It has not only asked the Court to *effect an actual delimitation* that requires the drawing of a specific line. It is also asking the Court to *impose a single line* on Norway - and to determine a new boundary that *differs from the existing legal relationship* between the Parties.

This all provides food for thought and reflection. Delimitation is a special operation - in particular, the delimitation of maritime spaces. The Court should approach the subject with appropriate judicial circumspection and restraint, if the parties seem to be in any disagreement about

the appropriateness of that operation.

What might have been done

Mr. President, if two States have optional clause declaration in effect, one of them may of course bring a "question of international law" to the Court, such as:

"What is the extent of the maritime areas of State A vis-à-vis State B, in the light of applicable treaty law and the modern law of the sea?"

The Court would, I imagine, have no problem in resolving this and in answering that question.

(Of course it goes without saying that if any rights of a third State were involved, the Court would work around that in accordance with its past experience and the provisions of the Statute.)

Now, if the question were:

"To what extent do circumstances require that the maritime areas of State A be reduced vis-à-vis those of State B?"

The Court could also, I think, answer that question without difficulty.

And if the question were:

"May State A grant concessions relating to the exploitation of petroleum resources on the continental shelf in the [following described area] ... between State A and State B?"

Or:

"Are the islands of X and Y to be considered as being on the continental shelf of State A or of State B?"

One may begin to see the need for judicial restraint in such a situation, but in all likelihood the Court could still probably answer those two questions without much greater difficulty.

But if, instead, the question put to the Court by State A were: "Is the line of delimitation between State A and State B to be a single line of delimitation, for purposes both of the continental shelf and of the fisheries zone?" - then the matter becomes quite different.

In the absence of treaty, the specific agreement of State B has not been obtained, not merely to the identity of the delimitation line but - even more specifically - to the proposition that such a line can be applicable to the parties as a matter of substantive law.

The situation is again different - and just as impossible for the Court - if one of the Parties submits that:

"The single line of delimitation between State A and State B is to be a specific line established at a distance of 200 nautical miles from the baselines of State A obtained by connecting the following twenty-one specific base-points ... [etc.]"

Well, this is the situation currently confronted by the Court in this case.

If it does effect a delimitation, might not the Court have stepped into the role of the parties? If it decides, in accordance with either of these two last hypothetical submissions, might it well be by-passing the fact that the question of international law put to it included another, hidden, question: *where is the line to be drawn?* In order to answer this hidden question, should agreement of the parties not be required as a matter of law as well as a matter of propriety and practicality?

It may well require a lot more than a general agreement to litigate, to instruct the Court to find a specific boundary, and effect a specific delimitation. This may be particularly true when what is sought is imposition of a single line. The matter could of course have been different. For example, consider how different the situation would be today - if there were no other applicable treaties between the Parties - if their optional clause declarations had contained a sentence or clause such as:

"and ... [Denmark or Norway] further agrees that the delimitation of any maritime areas, whether of continental shelf or fisheries zones, may be referred to the International Court of Justice for final decision in accordance with the pertinent principles and rules of the law of the sea."

One may well recall the lengthy back-and-forth between the Parties in the *Tunisia/Libya Continental Shelf* case only ten years ago, concerning the degree of precision that the Court should find appropriate to adopt in specifying the "practical method" for applying the principles and rules of international law that it had declared.

Does it make a difference?

What difference does all of this make? Firstly, even if the Parties agree to a certain extent that a delimitation is to take place, they may very well choose various methods of expressing those lines. Each line could be a precise equidistance line between the coasts. I could not put it better than Professor Bowett did when he said:

"State practice demonstrates a whole variety of methods - lines adopting a fixed azimuth, lines adopting a line of latitude, stepped lines, equidistance lines, modified equidistance lines, lines perpendicular to coast, enclaves, total or partial, and so on" (CR 93/4, p. 10).

Does not this concisely reinforce the Norwegian argument that delimitation is inherently bilateral, and that its many variations should - as a matter of sound policy - reflect the joint will of those concerned? One had only to listen to Mr. Thamsborg last Thursday morning to realize that the unilateral assertion of lines and points possesses, for all its seeming cartographic precision, an eerily arbitrary - almost surrealist - quality.

Secondly, the solutions which the Court could adopt are almost infinite in number. Left on their own, moreover, the Parties might well choose to express the delimitation relationship in several other different ways. They could, as the Court contemplated in 1969, initiate a form of joint exploitation, including joint development zones or common areas of interest - but this would be the very paradigm of something for which a specific and unequivocal accord would be required.

One need only consider the recent Bering Sea Agreement, between the United States and the then Soviet Union, to understand how flexible and ingenious parties may be in designing acceptable solutions. One can then appreciate how difficult it might be for the Court to find the necessary factual and other elements in order to provide for the parties the kind of solution that their collective will might have achieved for themselves. Is not a decision as to whether a stepped line or a straight line is a better solution — is not that kind of decision a dilemma that a court might find it hard to resolve? These kinds of question are cardinaly important, however, in the matter of fisheries regulation and of the granting of petroleum concessions; yet are they not peculiarly susceptible to fine variations and sensitive political input? Would they not seem to require what Mr. Lehmann so aptly characterized as "a more nuanced analysis of all the relevant circumstances involved"? (CR 93/1, p. 30).

Moreover, if the consent of the parties is unsettled or unclear as to the delimitation between them, might the result reached by the Court not in fact correspond with the line or lines which, at the end of the day, either or both of the parties might have preferred? If the parties might with hindsight have preferred two lines; or a variation of two lines; or two lines, a single line, and a joint area - again, what is this to do to the authority of the Court in the area of maritime delimitation?

In a case where there is actual controversy that there should be a single line, and when one of

the parties has in fact taken pains to go on the record to say that it could not accept a single line, how can the Court proceed to impose one without very clear indication that such a step is called for and necessary?

These distinctions do make a difference in practical terms. A prerequisite of the Court's drawing a maritime boundary should be that it be asked unequivocally to do so. This is only common sense. It is also the substantive law of the sea. It leaves the implementation of the Court's judgment to both parties, who are, of course, under the obligation to apply it.

This will not frustrate the purposes of international law. Instead, it will clarify and advance them.

The submissions

One way to verify the common sense of all this is to examine the submissions of the Parties. My friend and colleague, Prosper Weil, has just completed a full exegesis of these two anomalous paragraphs - the Danish submissions - and I will not repeat what he has said except to indicate that the task of the Court - already difficult and sensitive in our view - is made even more arduous by the insufficiencies of the Danish submissions. For it is inescapably obvious that *neither of these submissions actually constitutes a request for delimitation* in the form to which the Court is accustomed and that the law requires. They are, if anything, requests for the Court to draw a specific line of delimitation, without more.

There is an important distinction here. If the Court does not accept Denmark's submissions - and remember, these are *submissions in a case brought by application* and Denmark must be held to the success or failure of those submissions - then there is nothing further for the Court to do, unless there is agreement between the Parties to request the Court to do something further.

This difficulty, ironically, is one that was probably created by the fact that - since every known delimitation judgment in the past has been reached in a case brought by special agreement - it was obviously difficult for Denmark and its counsel to remember to think of this case as being one brought by application.

There is, of course, at least one big difference between the two types of cases. It lies in the

way in which submissions are treated by the Court and how they define or limit the actual dispute presented to the Court. Again, Professor Weil has more than adequately illustrated the painful consequences of the evolution of the Danish submissions in this regard.

However, counsel for Denmark has advanced the thesis that the task of the Court can, in application cases, be determined by reference to the submissions of the parties, and to this end has cited authority and precedents (CR 93/2, pp. 65-66). Yet, we must keep in mind that although in most cases "the limits of the Judgment" will bear a direct relationship to the task of the Court, this is not necessarily always true.

In some cases - and the present one is a prime example - the task of the Court will also be determined by existing principles of law: as in this case, the law of the sea and maritime delimitation. Just because Denmark *submits* that the Court should do this and that, does not mean that Denmark can get this or that result, or that the Court will be able to grant such relief.

But what relief is at issue? As I said a minute ago, the *Court has not been asked to perform a delimitation*, or to choose where a boundary should be. It is just asked to draw a boundary line at 200 miles. This request seems almost to invite a "Yes/No" response - more precisely, perhaps, it is a multiple-choice question with only one possible answer.

On these premises, *the line will be drawn at 200 miles*, or it will not. And - just as important - it will *either be a single line of delimitation, or it will be no line at all*.

The situation before the Court today is, therefore, quite different from the one that would have existed had there been a third - actually, a first - submission of Denmark similar to the one that appeared in its Application. For these reasons, it would seem to us that the Danish submissions are defective.

In an ironic sense, the problem that Denmark has in this regard is probably a by-product of the procedural context in which this case has been brought. Unwilling or unable to negotiate a special agreement or an arbitral compromise with Norway, Denmark jumped the gun; went for the lion's share; and did not think through the fact that in doing so it was actually proceeding by way of an application. Proceeding in the wrong manner, Denmark drew the wrong submissions.

Having been invited by counsel to look closely at those submissions, this is therefore what we find. Seen from a different perspective, is this not the proof of the pudding? Matters of this kind are *much better handled bilaterally*. The search for a delimitation cannot comfortably or intelligently be managed by way of a unilateral application.

Policy considerations

Mr. President, a variety of more general policy considerations supports these arguments.

First. It must be made clear that unilateral action is unsuitable for determining a maritime boundary. If the Court proceeds with the full agreement of only one party, it may be imposing a delimitation where there is a substantial risk of inaccuracy in the result. Thus the Court should here, we would say, exercise prudential restraint, and if need be should stop short of articulating the precise boundary line, confining itself to a judgment declaratory of the principles involved and perhaps even the general result that would be reached by their application.

Second. Technical problems will always raise their heads: turning points, baselines, and the like. These cannot be imposed. They can be accepted, but only if so agreed. Although in our view of the case it should be resolved on the level of principle, we have responded in rebuttal of many points made by Denmark. Yet it is plain that even Mr. Thamsborg cannot speak for Norway on these technical aspects with which we are not engaged.

Third. The question of a "single, all-purpose line of delimitation" or a "single, dual-purpose boundary", as opposed to two "single-purpose boundaries", or perhaps even further variations. Why should a State be forced to observe a single, all-purpose line of delimitation for both shelf and economic zone, or for shelf and fisheries? Why, conversely, should a State preferring a "single, dual-purpose boundary" be forced to observe two "single-purpose boundaries"? There is no necessary or sufficient reason why the establishment of fishery zones should pre-empt the delimitation of continental shelf areas. Again, it would seem to us that this is a subject where judicial restraint would seem to be called for almost par excellence.

With respect, we cannot accept the thesis propounded by distinguished counsel for Denmark when he said that "a request for the delimitation of the fishery zones ... will automatically and

unavoidably include the underlying continental shelf" (CR 93/2, p. 67). First, this ignores the historical fact that the continental shelf came first and that shelf boundaries are normally thought of as being precedent to fisheries or economic zone boundaries. This is in fact the past historical practice of Denmark.

More significantly, if this proposition were in fact true, why would it ever be necessary for a State to specify a single line of delimitation? It is a new manifestation of "creeping jurisdiction" with which Norway cannot possibly agree. Indeed, all that a State would have to do on this analysis would be to ask for a delimitation of fishery zone, and the shelf would be sure to follow. Like Mary's little lamb in the nursery rhyme: "Everywhere the fishes went, the shelf was sure to go."

Fourth. As I have suggested earlier, if there is a bona fide dispute - and not full agreement - about what it is that the Court can be asked to do, the Court might find it difficult to effect a delimitation as a substantive matter, in accordance with equitable principles and the existing law of the sea. There is potential for incompleteness and, with all the best will in the world, for inadequate canvassing of relevant factors on a basis other than an agreed inquiry. It means that the Court, in a form of analogue to Article 53 of the Statute, might have to supply equitable considerations on its own, since one of the parties cannot do so because of its legal view that delimitation is inappropriate.

Fifth. Informing this analysis will of course be the Court's sensitivity to being used in an inappropriate manner. And the Court will have a weather eye on the effect of a unilaterally-imposed delimitation on the substantive law of the sea, and on prospects for future agreed delimitations. Might the Court not find itself swamped with case after case, each lacking specific consents to ask the Court to effect a delimitation in the first place?

Sixth. The distinctions between jurisdiction, admissibility, and judicial restraint and propriety will of course always be kept in mind. The Court cannot act where it has no jurisdiction, or where the dispute is inadmissible. The Court *ought* not to act when the dispute raises valid issues of judicial restraint. The Court *chooses not* to act when to do so would be inconsistent with judicial prudence. Indeed, prudential restraint should be seen as an inherent and necessary ingredient of the exercise of the judicial function.

Seventh. What effect might a ruling along the lines sought by Denmark have on optional clause declarations? Would States now be tempted to withdraw or qualify their declarations, or to tack on multiple reservations, to avoid the problem of seeming to invite unwanted delimitations? For example, might Denmark otherwise not file an application tomorrow against, say, the United Kingdom?

Eighth. What is to be the effect on States that are negotiating special agreements for delimitation of their continental shelves or fisheries zones? Why bother, if recourse to the Court under an optional clause could achieve the same result? Moreover, even where negotiations for a special agreement have been proceeding for a long time, an optional clause State could always short-circuit the process and force the outcome.

Ninth and last. As a matter of general judicial policy, the Court would want to be most careful to avoid being placed in a position where it is being asked to perform impossible tasks, or to perform tasks that may be inconsistent with the substantive requirements of law. This is the defensive aspect of judicial discretion.

It goes hand in glove with the prudential discretion that the Court will automatically exercise to avoid attempting to deal with situations where infinitely subtle and "nuanced" elements - in particular those of a political coloration - are brought into play. These include straightforward complex negotiations such as the Bering Sea, but must also encompass delimitations such as those that followed the Court's decisions in the North Sea cases and even *Tunisia/Libya*.

What should be done?

What should then be done in the present case? Mr. President, certainly there is something that can be done. What is it that the decision of the Court, in the submission of Norway, can declare?

When it is all boiled down, the basic question of international law presented to the Court for decision is a general question, namely:

Should Denmark's continental shelf or fisheries zone be increased, and that of Norway reduced, because of certain facts and in the application of certain principles?

The answer suggested by Norway is, of course, that the Court issue a declaratory judgment

supporting existing treaty arrangements and, either on that basis or on any other, confirming the median line as the appropriate boundary as to each zone, but without in fact drawing the line in either case.

Denmark's first submission might be formulated - more candidly - as, in substance, a request to the Court, as follows:

"To adjudge and declare that Greenland is entitled to a 200-mile fishery zone and continental shelf area *as if the island of Jan Mayen did not exist.*"

Or, more succinctly even:

"To adjudge and declare that, for the purposes of the maritime rights of Greenland, *the island of Jan Mayen does not exist.*"

The Court will recall the large coloured map that stood on an easel at the back of the Court-room during the four days of Denmark's case-in-chief. Well, it is now - like Polonius - behind that arras, and we hope that it will appear again next week before suffering the same fate as befell Polonius. Diligent inspection, however, failed to disclose that Jan Mayen Island *was even on* that map. This was, I thought, symbolic of what the Danish case is all about.

The second Danish submission diverts attention from the hidden, but ineluctable, meaning of the first. It focuses upon the *line*. Equity is forgotten. There can be no question as to the specificity of the result sought. Requesting a line, rather than focusing on principle, has been required by the structure and direction of Denmark's tactical case.

It shifts the focus away from the principle to the application - from the entitlement to the delimitation. This is true *a fortiori* when - as here - a *single* line is also sought to be imposed. Denmark can focus on various aspects of the result, specifying details of the line. The Court is not invited to evaluate the situation on its own. It is merely to rubber-stamp Denmark's assertion.

If it were required to focus on bare principles, however, Denmark would have to face up to what it is saying: that Denmark's entitlement is somehow different in quantity, different in quality from that of Norway; or that Jan Mayen island can somehow be viewed as constituting a "special circumstance" *as to itself, and all by itself.*

Because of the exaggerated nature of the claim, therefore, Denmark must necessarily seek a

line of delimitation rather than an adjudication of principle. If Denmark were seeking to validate its entitlement based on a general application of the equidistance method with modest adjustments, or a substantially equal treatment of the two islands, there would not be any need for the Court to effect a "delimitation" as such.

Any deviation from the application of the equidistance method would not be substantial. The whole reason that Denmark has asked for a line is because its case is not one that can possibly achieve an equitable result.

Conclusion

And so my argument comes to a close, Mr. President.

I fully expect our opponents to react by saying that Norway cannot both be in the litigation and out of the case; that we cannot blow hot and cold at the same time; that we cannot, at this stage of the proceedings, disclaim the responsibility of participating in the case. And, of course, we will say that this is not so, and we will seek again to point out to our Danish adversaries the distinctions between a declaration of entitlement and the performance of an actual delimitation.

To these complaints there is also another answer. Not only are these assertions untrue: none of this is of Norway's own doing. It was *Denmark that sued Norway* - trying to squeeze a forced unilateral delimitation claim into the Procrustean Bed of a case such as this.

Furthermore, Norway is circumspect about any inappropriate use of the judicial process. Our Agent has already mentioned the Norwegian record before this Court and its predecessor. Mr. President, Norway has seen the problem from many angles, and does not shy away from litigation.

Another answer could also be given. Norway takes very seriously the consistent development of treaty law and the law of the sea. Norway has made significant efforts over the years to tie its maritime policy to existing treaty law, to construct a framework of treaties that represents a rational and progressive basis for conducting international relations concerning the law of the sea.

Thus, it is our view that Denmark should not be able to depart from its treaty arrangements and from the effects of its past conduct, or to deliberately ignore its own internal legislation in order

to reach the particular result it now seeks for Greenland.

However, Norway wishes to protect itself - as well as the Court - from a case such as Denmark's, one that palpably overreaches in the procedural sense and one that is, as a matter of legal substance, inherently inequitable almost by definition.

Naturally any attack by Norway on the coherence or propriety of the Danish case can be expected to generate a fierce and outraged response. But we must at all times keep in mind that these proceedings were *Denmark's idea*; we have made clear from the beginning that we could not accept the propriety of Denmark's attempt to fix a boundary by this method. After all, it is a *litigation* that we are conducting, not a conciliation, or mediation procedure.

But the matter does not stop there, Mr. President. As Mr. Haug pointed out, and as Professor Weil has analysed in detail, the Danish submissions had seemed in the earliest phases to suggest a desire on Denmark's part to have the Court perform a real delimitation. But they had collapsed, by the time of the Danish Memorial, into asking for no real delimitation at all - a posture that they have consistently maintained ever since.

Doubtless the reason for this was common sense. Denmark realized that the request contained in the Danish Application could not possibly result in Denmark's getting its so-called "200-mile outer limit" for Greenland, since that first submission had specified that its claim should be decided "in accordance with international law".

And so the submissions were changed to their present summary and conclusory form, and the Court's weighing and balancing-up of relevant circumstances have been relegated to a secondary or even a tertiary role, and the relief requested by Denmark now assumes the form of a flat declaration of entitlement with one, and only one, result.

The fact that such a result is the legal equivalent of eliminating Jan Mayen completely from the map of the North Atlantic has not deterred Denmark or inhibited the extremeness of its claims. When one considers this aspect of the case, Mr. President, it causes one to ponder how - apart from and beyond its procedural defects - Denmark's claim can be supported as a claim under the contemporary law of the sea?

How can a result ever be equitable which completely ignores the existence of the sole feature on the other side? One can formulate this perhaps as an abstract proposition: that Denmark's "200-nm outer limit claim" is *inherently inequitable*. It can never represent a result that could ever be reached by a tribunal seeking to apply the modern law of maritime delimitation.

May I therefore suggest two propositions for this case? Mr. President, my first proposition is that:

- (i) Delimitation is inherently unsuitable for cases brought by unilateral application unless there is some form of agreement on the part of the respondent as to the role and powers of the Court.

My second proposition would be that:

- (ii) Any delimitation claim that totally ignores the existence of the geographical feature on the other side of the dispute is inherently inequitable, is subversive of the function of the Court, and should be rejected in limine and *a priori*.

* *

Mr. President, Norway asks the Court to render a declaratory judgment reaffirming the principle of the median line in place between the Parties because of their treaty relationships, including both the 1965 and 1958 Treaties, and by virtue of general international law and as a result of the conduct of the Parties. Similar considerations are adduced in respect of the fisheries zone.

Beyond reaffirming the treaty obligations of Denmark, what Norway asks for is not substantially different from what Denmark asked for in the *North Sea* cases or what Tunisia and Libya asked for a decade later.

On the other hand: what Denmark is seeking today is a result that is the same as that reached in *Libya/Malta* or the *Gulf of Maine* case in procedural terms, but without the benefit of the

successful negotiation and expressed articulations of agreement that were conditions precedent to the role of the Court and the Chamber in each of those cases.

The Court therefore does not have to construct an actual alignment of the boundary. That is for the Parties to do, in accordance with the basic ruling by the Court on questions of legal principle.

Norway therefore requests the Court to grant a declaratory judgment, and to pronounce itself on the issues of treaty law and general international law that are involved and must be taken into account by both Parties in arriving at an agreed delimitation between them.

Such a delimitation would have to be one that would constitute an equitable solution for the continental shelf and for the fisheries zone and that would be consistent with law and treaties. The Court's decision would be one that can usefully serve as a general rule of decision in future cases.

As stated in paragraph 704 of our Counter-Memorial, and as reaffirmed in paragraph 658 of our Rejoinder:

"the adjudication should result in a judgment which is declaratory as to the bases of delimitation, and which leaves the precise articulation (or demarcation) of the alignment to negotiation between the Parties".

It is this judgment that Norway seeks.

Thank you, Mr. President, and Members of the Court, for the courtesy of your attention.

Might I now please ask you call again upon our Agent, Mr. Bjørn Haug?

The PRESIDENT: Thank you very much, Mr. Highet. Mr. Haug.

Mr. HAUG: Mr. President, distinguished Members of the Court, Mr. Highet's statement rounds off the presentations on behalf of Norway in this first round of the oral pleadings. He has discussed in greater detail some of the procedural issues which I referred to in my opening statement last Friday. As I said, Norway appears before this Court in keeping with our long-standing support for judicial settlement of international disputes. But, when adversary proceedings are instituted against us by a unilateral application in a matter which many States, for a variety of reasons, have found better suited for negotiation or specifically agreed forms of judicial settlement, then we are entitled to ask the Court to take the greatest care in dealing with it. Our commitment to this Court

and to the judicial process is not thereby diminished.

Mr. President, Danish Agents and counsel have, by "narrowing down" some of their arguments (to use Mr. Lehmann's phrase), made it possible for us to present the Norwegian case in somewhat shorter time than we had anticipated.

We thank you, Mr. President and distinguished Members of the Court, for your patience.

The PRESIDENT: Thank you very much, Mr. Haug. It only remains for me to read out the three questions which the Vice-President wished to ask the Parties. They are as follows:

The first question is addressed to both Parties.

The concept of the 200-mile "exclusive economic zone" (which appeared much later than and entirely separate from the previously established concept of the continental shelf) was first provided for in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea. In this maritime zone, the coastal State not only exercises its jurisdiction (mainly on account of the resource aspect) but also assumes various degrees of responsibility for the conservation of fishery stocks and the proper management of those stocks, taking into account the rights and interests to which other countries may be entitled in this zone. In this respect, the "exclusive economic zone" is certainly different in nature from the fishery zone which was set up by a number of countries prior to the 1970s, so that they might claim an exclusive right to fish. I would point out that, at the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, the concept of the "exclusive economic zone" was proposed and widely accepted as a strategy to counter claims to a simple fishery zone. In their respective claims to the 200-mile zone for fishery purposes since the mid-1970s, neither Denmark nor Norway have used the firmly defined term "exclusive economic zone" but have simply referred to a "fishery zone" or "economic zone". The term "exclusive economic zone" has rarely been employed by the Agent and counsel of either Party except for a few exceptional occasions on which they referred to the 1982 United Nations Convention. I would like to have the views of both Parties on the following: When, in their respective domestic legislations, the Parties mention the economic zone or the fishery zone (thereby avoiding the use of the established term "exclusive economic zone"), do they actually mean the "exclusive economic zone" as provided for in the United Nations Convention on the Law of the Sea

(and which can be regarded as having by now gained status in customary international law) or are they suggesting a different concept which they believe has also become established in parallel with the concept of the "exclusive economic zone"?

My second question is again addressed to both Denmark and Norway. How does each Party interpret paragraph 3 of Article 121 (concerning the Régime of Islands) of the 1982 United Nations Convention which provides that "rocks which cannot sustain human habitation or economic life of their own shall have no exclusive economic zone or continental shelf"? I put this question bearing in mind that this provision was the result of a compromise reached at the early stage of UNCLOS III.

My third question is to Denmark alone. It seems to me that a single line for the maritime boundary may well be sought by the States concerned for practical purposes, but the present case is not one in which both Parties have agreed to have the Court determine a single maritime boundary. The concept of a single maritime boundary has not been established in either customary international law or treaty law. If Denmark, as stated in its Application, wants to have a single boundary line drawn in this case, which boundary line (i.e., that of the exclusive economic zone or that of the continental shelf) does Denmark believe should be foremost and therefore absorb in its confines the other line? Does Denmark believe that the boundary of the continental shelf (which could have been determined prior to the emergence of the concept of the exclusive economic zone) dictates the boundary of the exclusive economic zone (which Denmark believes should coincide with the boundary of the continental shelf) in the sea areas between Greenland and Jan Mayen?

That concludes the questions put by the Vice-President. They are perhaps a little complicated and the written version is immediately available to help the Parties. May I say that of course those questions may be answered at the discretion of either Party, either in the proceedings next week or in a written answer, which may be submitted within a reasonable time after the conclusion of these proceedings.

I think all we need do now is adjourn and we will meet on Monday at 10 a.m. to hear the Danish reply. Thank you very much.

The Court rose at 13.05 p.m.
