

## SEPARATE OPINION OF JUDGE KOROMA

*The dispute as defined by Spain — Jurisdiction of the Court based on consent, Article 36, paragraph 2, of the Statute — Interpretation of a declaration and its reservation in order to ascertain declarant State's intention — Right of a State to exclude subject-matter from jurisdiction of Court — Consent and not applicable law decisive in determining whether jurisdiction conferred — Understanding of Court's determination of lawfulness of excluded acts in a reservation — Decision of the Court neither a licence for invalid reservations nor the abdication of its judicial function — Court reserves right to determine its inherent jurisdiction — Article 36, paragraph 6, of Statute.*

1. For Spain, the core of this dispute is whether Canada is entitled under international law to exercise its jurisdiction over foreign vessels on the high seas. This, Spain claims, moves the dispute away from the domain of the reservation made by Canada when it accepted the compulsory jurisdiction of the Court, into the area of a major principle of international law. Spain further contends that the Canadian reservation, if accepted by the Court, will preclude the Court from determining whether Canada's measures of conservation and management and their enforcement violate the norms governing the international lawfulness of those measures, particularly the principle of freedom of the high seas and the prohibition on the use of force.

2. Although I voted with the majority of the Court in favour of the Judgment, I consider, nonetheless, that the points raised by Spain are so important and fundamental, both for the role of the Court as the principal judicial organ charged with the administration of justice between States, as well as in relation to its judicial function, that it is incumbent upon me to present certain views on the matter.

3. First of all, neither Party contests the principle that the jurisdiction of the Court is consensual and that its compulsory jurisdiction under Article 36, paragraph 2, of the Statute is predicated upon the existence of consent as expressed in a declaration of acceptance made by a State. This principle was not contested as such but, given its different interpretation by the Parties, it is both pertinent and worth repeating that the absolute and unfettered freedom to participate, or not participate, in the optional clause system is the basis on which reservations to a declaration are made under that system. And as a corollary, when a State attaches to its declaration of acceptance a reservation excluding disputes on a certain subject, it defines or limits the Court's jurisdiction to apply the principles and rules of international law which the Court would have applied, had that

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. KOROMA

[Traduction]

*Le différend tel que défini par l'Espagne — La juridiction de la Cour est fondée sur le consentement, paragraphe 2 de l'article 36 du Statut — Interprétation d'une déclaration et d'une réserve à celle-ci en vue d'établir l'intention de l'Etat déclarant — Droit des Etats d'exclure un objet de la compétence de la Cour — C'est le consentement et non le droit applicable qui est l'élément déterminant pour établir si la Cour est compétente — Conditions dans lesquelles la Cour détermine la licéité d'actes exclus par une réserve — La décision de la Cour n'est ni une autorisation donnée de faire des réserves non valides ni une renonciation à sa fonction judiciaire — La Cour se réserve le droit inhérent d'établir sa compétence — Paragraphe 6 de l'article 36 du Statut.*

1. Pour l'Espagne, le présent différend tient essentiellement à la question de savoir si le Canada peut prétendre, en droit international, exercer sa juridiction sur des navires étrangers en haute mer. De ce fait, prétend l'Espagne, le litige n'est plus couvert par la réserve faite par le Canada lorsqu'il a accepté la juridiction obligatoire de la Cour, mais concerne plutôt un principe fondamental du droit international. L'Espagne affirme en outre que si elle admet la réserve canadienne, la Cour ne sera plus en mesure d'établir si l'adoption et l'application par le Canada des mesures de conservation et de gestion en question violent les normes régissant la licéité de ces mesures en droit international, et notamment le principe de la liberté de la haute mer et l'interdiction du recours à la force.

2. Quoique j'aie voté, comme la majorité des membres de la Cour, en faveur de l'arrêt rendu en l'espèce, je considère néanmoins que les questions soulevées par l'Espagne sont si importantes et si fondamentales, tant du point de vue du rôle de la Cour en tant qu'organe judiciaire principal pour l'administration de la justice entre les Etats que du point de vue de sa fonction judiciaire, que j'estime devoir présenter certaines observations à ce sujet.

3. Tout d'abord, les deux Parties ne contestent ni l'une ni l'autre le principe selon lequel la compétence de la Cour se fonde sur l'acceptation de celle-ci et que sa juridiction obligatoire, telle que prévue au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, suppose l'existence d'un consentement, exprimé dans une déclaration d'acceptation faite par l'Etat considéré. Ce principe n'a pas été contesté en tant que tel mais, eu égard aux interprétations différentes qui en sont données par les Parties, il est à la fois pertinent et utile de rappeler que c'est en vertu de la liberté absolue et discrétionnaire de participer ou de ne pas participer au système de la clause facultative que se font les réserves à la déclaration dans le cadre dudit système. Il s'ensuit que lorsqu'un Etat assortit sa déclaration d'acceptation d'une réserve excluant les différends concernant tel ou tel objet, il

subject-matter not been excluded from the jurisdiction of the Court; this is irrespective of the fact that the field of application of such principles and rules is wider than the specific subject-matter of the dispute concerned.

4. On the basis of these basic principles, I reached the conclusion that, since Canada excluded from the jurisdiction of the Court “disputes arising out of or concerning conservation and management measures”, the question whether the Court is entitled to exercise its jurisdiction must depend on the subject-matter and not on the applicable law, or the rules purported to have been violated. In other words, once it is established that the dispute relates to the subject-matter defined or excluded in the reservation, then the dispute is precluded from the jurisdiction of the Court, whatever the scope of the rules which have purportedly been violated. Stated differently, once the Court has determined that the measures of conservation and management referred to in the reservation contained in the Canadian declaration are measures of a kind which can be categorized as conservation and management of resources of the sea and are consistent with customary norms and well-established practice, the Court is bound to decline to found jurisdiction on the basis of the principles and rules purported to have been violated or said to apply.

5. In accordance with the foregoing, I take the view that the Court properly advised itself, when, in order to determine whether or not jurisdiction had been conferred on it in this matter, it considered the following questions: whether Canada made a declaration under Article 36, paragraph 2, of the Statute on 10 May 1994 accepting the compulsory jurisdiction of the Court. Whether that declaration excludes disputes arising from or relating to conservation and management measures and their enforcement. Whether the acts complained of fall within the category of acts excluded.

6. In answering these questions in the affirmative, the Court not only correctly appraised and determined the scope of the Canadian declaration, but also reaffirmed that its jurisdiction to adjudicate on a dispute derives from the Statute and the consent of the declarant State, as defined in its declaration, and not from the *applicable law*. It is in this sense that I understand the conclusion reached by the Court in paragraph 85 of the Judgment when it stated that:

“the lawfulness of the acts which the reservation to the Canadian declaration seeks to exclude from the jurisdiction of the Court has no relevance for the interpretation of the terms of that reservation . . .”.

In this connection, I consider the Court’s statement in paragraph 55 of the Judgment to be more appropriate to this issue that:

“There is a fundamental distinction between the acceptance by a State of the Court’s jurisdiction and the compatibility of particular

circonscrit ou limite la compétence de la Cour en ce qui concerne l'application des principes et normes du droit international qu'elle aurait invoqués si cet objet n'avait pas été exclu de sa compétence – et ce, même si le champ d'application de ces principes et normes est plus large que la question précise sur laquelle porte le différend considéré.

4. A la lumière de ces principes fondamentaux, j'en suis arrivé à la conclusion que puisque le Canada a exclu de la compétence de la Cour «les différends auxquels pourraient donner lieu les mesures de gestion et de conservation», la question de savoir si la Cour peut exercer sa juridiction dépend bel et bien de l'objet du litige et non du droit applicable ou des normes présumées enfreintes. En d'autres termes, dès lors qu'il est établi que le différend porte sur l'objet défini ou exclu dans la réserve, le différend échappe à la compétence de la Cour, quelle que soit la portée des normes qui auraient été violées. Ou pour présenter les choses différemment, à partir du moment où la Cour a établi que les mesures de conservation et de gestion visées par la réserve contenue dans la déclaration canadienne peuvent être définies comme des mesures tendant à la conservation et à la gestion des ressources marines et qu'elles sont conformes aux normes coutumières et à la pratique établie, la Cour ne peut que se refuser à fonder sa compétence sur des principes et normes présumés enfreints ou présentés comme applicables.

5. Compte tenu de ce qui précède, j'estime que la Cour a agi sagement en s'interrogeant sur les points suivants afin d'établir si elle était ou non compétente en l'espèce: le Canada a-t-il fait une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut le 10 mai 1994? Cette déclaration exclut-elle de sa compétence les différends auxquels pourraient donner lieu les mesures de gestion et de conservation et l'exécution de telles mesures? Les actes visés par la requête appartiennent-ils à la catégorie d'actes ainsi exclue?

6. En répondant par l'affirmative à ces questions, la Cour a non seulement mesuré et défini correctement la portée de la déclaration canadienne, mais elle a aussi réaffirmé que sa compétence pour connaître d'un différend découle du Statut et du consentement de l'Etat déclarant tel qu'exprimé dans sa déclaration, et non du *droit applicable*. C'est ainsi que je comprends la conclusion à laquelle est parvenue la Cour au paragraphe 85 de l'arrêt, où elle déclare:

«La licéité des actes que la réserve à la déclaration du Canada entend exclure de la compétence de la Cour ne présent[e] pas de pertinence aux fins d'interpréter les termes de cette réserve...»

A cet égard, je considère comme plus pertinente en l'espèce l'affirmation de la Cour, au paragraphe 55 de son arrêt, selon laquelle:

«Il existe une distinction fondamentale entre l'acceptation par un Etat de la juridiction de la Cour et la compatibilité de certains actes

acts with international law. The former requires consent. The latter question can only be reached when the Court deals with the merits, after having established its jurisdiction and having heard full legal argument by both parties.”

Nor, in my view, could the decisive issue be whether various treaty régimes govern the subject-matter of the reservation, or whether the interpretation of the declaration should be governed by the régime established by the Vienna Convention on the Law of Treaties, or the application of general principles of international law, such as the principle that the exception to a rule should not negate the principal rule. As pointed out in the Judgment, these legal régimes and principles cannot be applied in an identical manner to an optional clause declaration, as that is *sui generis* and governed by its own rules. Were it otherwise, not only would the limit of a State’s consent expressed in its declaration not be respected or not seen to be respected — contrary to the Statute — but also the procedural distinction between the jurisdictional and merits phases of a case would be extinguished, with all its implications.

7. However, be that as it may, the Court’s finding should in no way be viewed, let alone interpreted, as a licence for a State to make a declaration or reservation under the optional clause system which is inconsistent with the Statute. Rather, the Court’s finding should be interpreted as an affirmation and a restatement of the principle that reservations limiting the scope of compulsory jurisdiction is permissible under the optional clause system and that the Court cannot extend its jurisdiction beyond the scope of the consent given by the declarant State. Nor should the finding be regarded as an abdication of the Court’s judicial function. As the Judgment confirms, the Court reserves its inherent jurisdiction in accordance with Article 36, paragraph 6, of the Statute, to decide in the event of a dispute whether jurisdiction has been conferred in a matter submitted to it. It is also within the power of the Court to decide that a reservation has been invoked in bad faith, and to reject the view of the State in question.

(Signed) Abdul G. KOROMA.

avec le droit international. L'acceptation exige le consentement. La compatibilité ne peut être appréciée que quand la Cour examine le fond, après avoir établi sa compétence et entendu les deux parties faire pleinement valoir leurs moyens en droit.»

A mes yeux, la question décisive ne saurait pas non plus être celle de savoir si tels ou tels régimes conventionnels s'appliquent à l'objet de la réserve, ni celle de savoir si l'interprétation de la déclaration doit se faire en vertu du régime instauré par la convention de Vienne sur le droit des traités ou conformément à des principes généraux du droit international tels que le principe selon lequel l'exception à une règle ne saurait infirmer la règle elle-même. Ainsi qu'il est souligné dans l'arrêt, ces régimes et principes juridiques ne sauraient s'appliquer de la même manière à une déclaration faite en vertu d'une clause facultative, laquelle est *sui generis* et régie par des règles qui lui sont propres. S'il n'en allait pas ainsi, non seulement les limites au consentement de l'Etat telles qu'énoncées dans sa déclaration ne seraient pas respectées ou n'apparaîtraient pas respectées — ce qui serait contraire au Statut — mais en outre, la distinction de procédure entre la phase relative à la compétence et la phase relative au fond d'une affaire n'existerait plus, ce qui serait lourd de conséquences.

7. Quoi qu'il en soit, la décision de la Cour ne saurait en aucune façon être considérée, et encore moins interprétée, comme autorisant les Etats de faire, au titre de la clause facultative, une déclaration ou une réserve incompatible avec le Statut. Au contraire, la décision de la Cour doit être interprétée comme consacrant et réaffirmant le principe selon lequel les réserves limitant la portée de la juridiction obligatoire sont admises dans le cadre du système de la clause facultative, et selon lequel la Cour ne peut étendre sa compétence au-delà des limites du consentement donné par l'Etat déclarant. Cette décision ne doit pas non plus être considérée comme signifiant que la Cour renonce à sa fonction judiciaire. Ainsi que le confirme l'arrêt, la Cour réserve son droit inhérent de décider, en cas de contestation et conformément au paragraphe 6 de l'article 36 de son Statut, si elle est compétente dans une affaire dont elle a été saisie. Elle peut aussi décider qu'une réserve a été invoquée de mauvaise foi et rejeter les vues de l'Etat en question.

(Signé) Abdul G. KOROMA.