

Les « principes équitables » en matière de délimitation maritime

« Un paradoxe, enveloppé dans un mystère, à l'intérieur d'une énigme »¹

Dans la présente note, nous entendons traiter du sujet général de la délimitation en droit maritime, et en particulier des règles suivies par la Cour internationale de Justice en la matière. Pour savoir quelle direction prendra le droit en cette matière, il importerait de jeter un regard historique sur la question de la délimitation maritime, et en particulier sur l'histoire ancienne du développement de la doctrine ambiguë et nébuleuse des « principes équitables ».

I. — LA MISE EN SCÈNE: L'AFFAIRE DE LA MER DU NORD

C'est dans l'affaire célèbre du *Plateau continental de la mer du Nord*² que la Cour internationale de Justice élaborait la doctrine des « principes équitables », et cela ironiquement pour une raison d'origine vraisemblablement procédurale. Il s'agissait d'une procédure assez curieuse, avec trois États parties devant la Cour par voie d'un seul compromis qui demandait à la Cour une réponse d'une qualité tout à fait déclarative et formulée à un niveau d'abstraction fort élégante.³

1. « A riddle wrapped in a mystery inside an enigma » était la définition donnée par Sir Winston Churchill de l'Union Soviétique.

2. C.I.J. Recueil 1969, p. 3 [ci-après dénommée l'Affaire de la mer du Nord].

3. Le fait était que l'affaire avait été introduite par trois États qui étaient, à la fois, sincèrement empressés d'être rassurés par la Cour sur les principes de droit international régissant leurs positions de négociateurs et très réservés quant

Le contenu de la question posée à la Cour était d'une généralité extraordinaire, raison suffisante pour que les parties elles-mêmes aient la certaine incertitude que la Cour puisse éventuellement se déclarer incompétente dans cette affaire à cause de la formulation de la question dans le compromis — formulation qui aurait pu être regardée plutôt comme une requête inappropriée demandant un avis consultatif qu'un compromis menant à une vraie affaire contentieuse entre les trois États.

À ce moment-là, la Cour elle-même ne s'était pas remise du désastre juridique de l'Affaire du *Sud-Ouest africain*⁴ survenu quatre ans plus tôt. La Cour a sans doute voulu se montrer extrêmement hospitalière envers les États voulant recourir à ses bons soins pour la disposition des désaccords juridiques, et dans ce but, faire de son mieux pour répondre aux questions posées même par un compromis très abstrait.⁵

Il faut aussi tenir compte du fait qu'il a existé une antinomie complète — une polarité frappante — entre les positions des parties. La côte des Pays-Bas est assez convexe — à cause de ses îles et îlots côtiers — ce qui est également le cas du littoral du Danemark. Ces deux côtes enferment entre elles la petite côte concave de l'Allemagne, formée comme dans le cas du Congo, par une petite étendue en face de la mer du Nord avec à l'arrière une étendue de terrain — un arrière-pays — relativement vaste en milles carrés. D'un côté il y avait le Danemark et les Pays-Bas, qui adhéraient strictement à la méthode d'équidistance pour fixer les limites territoriales. Les Danois et les Néerlandais — les États «convexes» — auront été les bénéficiaires de cette méthodologie, qui impose une règle automatique et a priori, sans égard substantiel au résultat éventuel. Par contre, la République fédérale d'Allemagne aurait été grandement désavantagée par l'équidistance. À cause de la configuration concave de sa côte sur la mer du Nord, il fallait absolument que la République fédérale plaide et établisse une thèse alter-

à la possibilité d'une décision de la Cour d'une force obligatoire et d'un caractère relativement précis. C'était une antinomie classique des procédures amicales devant la Cour, où un recours à l'institution paraît être nécessaire du point de vue de la politique interne (et même du point de vue des négociateurs), mais, ou en même temps, l'État ne veut pas céder complètement ni son autonomie concernant sa souveraineté territoriale, ni (et surtout) sa souveraineté sur ses ressources naturelles.

4. Deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 6.

5. C'était peut-être une attitude subconsciente bien présente, deux ans plus tard, dans l'avis sur les *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, C.I.J., Recueil, 1971, p. 16.

native basée sur les principes d'équité. Les Allemands auraient profité de l'adoption d'une théorie quelconque de partage. Pour les deux premières parties, la règle souhaitée était donc celle d'un ordre automatique et sans égard à l'équité du résultat — c'est-à-dire une règle de moyen; pour la dernière, la règle devait plutôt avoir égard à l'équité du résultat — c'est-à-dire une règle de fin.

Dans le contexte pressant du litige, la Cour n'a pas pu suivre ni l'une ni l'autre de ces méthodologies; il fallait établir une règle d'équilibre. Un tel balancement subtil est souvent mis en œuvre par la Cour quand il y a une pareille antinomie entre les positions respectives des parties, surtout dans une affaire initiée par un compromis (plutôt qu'une requête).⁶ La Cour a rejeté, pour des motifs juridiques, le concept de l'équidistance obligatoire. Elle a également rejeté le concept, avancé par la République fédérale, d'une «part juste et équitable» du plateau continental.⁷

II. — LES «PRINCIPES ÉQUITABLES»

La Cour a adopté une solution interne, facilitée par le caractère vague et abstrait de la question posée, du recours aux «principes équitables». Pour ce faire, la Cour n'a pas laissé beaucoup de place au raisonnement analytique ou juridique. Car la question posée était en terme très généraux — «Quels sont les principes et les règles du droit international applicables à la délimitation? ... [etc.]» — il était possible que la Cour conduise les aventures et expéditions intellectuelles dans le domaine des éléments sous-jacents au régime du plateau continental, comme la géologie, la géomorphologie, ainsi que la géographie et les autres «considérations» qui pourraient entrer en jeu sous la rubrique équivoque et circulaire des «circonstances pertinentes». Ce répertoire de sujets éventuellement pertinents a suggéré aux parties dans des

6. Comme on le verra ci-dessous, la division et le balancement entre deux positions entièrement contradictoires se manifeste, dans les affaires «amicales», instituées par compromis et non pas par requête, par une forme d'accommodement au résultat éventuel et à la méthodologie juridique de fond adoptée par la Cour. Les «principes équitables» envisagés par la Cour et invoqués dans sa décision étaient un dernier ressort juridique justifiant un arrangement assez équivoque entre l'équidistance rigide, d'une part, et, en revanche, un partage basé sur les proportions des étendues respectives mesurées en relation avec les longueurs respectives des côtes.

7. Affaire de la mer du Nord, *supra*, note 2.

litiges subséquents que ces mêmes facteurs pourraient être invoqués comme déterminants d'une ligne de délimitation. Elles se sont trompées. Ce n'était qu'une exposition enthousiaste qui, plus tard, serait mal comprise.

D'ailleurs, répondant à la demande de la République fédérale pour sa « part juste et équitable » du plateau continental, la Cour a fait appel à une formule delphique en indiquant que, pour respecter les principes équitables, il fallait tenir compte d'un élément de proportionnalité. Ce « principe équitable », comme les autres, était un feu-follet pour les litiges suivants⁸.

La confluence d'une tâche presque consultative et absolument déclaratoire, les positions extrêmes des parties et la nouveauté des problèmes présentés en infusant cette institution neuve du plateau continental avec un contenu de principe juridique, a établi un précédent ambigu et susceptible d'engendrer un développement complexe et inattendu, dix ans plus tard.⁹

On peut observer ici que, dans l'affaire *Délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord*¹⁰, les « principes équitables » ont joué un

8. La Cour a dit: « Le rapport raisonnable qu'une délimitation opérée conformément à des principes équitables devrait faire apparaître entre l'étendue des zones du plateau continental relevant de l'État riverain et la longueur de son littoral... » (*Id.*, page 54, par. 3 du *dispositif*). Jamais n'a-t-elle donné d'explication précise sur le point de ce rapport raisonnable, connu également comme la « proportionnalité » relative entre les deux côtes, et cette formulation d'un quasi-principe quasi-juridique est restée comme un feu-follet pendant les procédures suivantes.

9. Cette affaire a été résolue, donc, d'une manière très générale, sans que la Cour doive « indiquer » précisément le tracé de ligne de délimitation. On demandait à la Cour de se prononcer principalement sur la théorie du plateau continental et de suggérer les éléments dont elle estimait que les États devraient tenir compte pour arriver à une délimitation équitable qui serait en accord avec les principes équitables. Aussi, partagée entre des conclusions et des plaidoiries diamétralement opposées, la Cour a dû transiger les positions extrêmes des parties, rejetant à la fois aussi bien l'équidistance comme une règle « obligatoire » de droit international coutumier, que l'idée d'un partage basé sur des principes quasi-ambigus d'une équité distributive et proportionnelle.

10. F. RIGALDIES, D. TURP et J. WÄHRLING, *Droit International public: notes et documents*, (1978), tome 3, pp. 976-977. Dans cette affaire, les deux parties étaient substantiellement en accord sur l'applicabilité de la règle de l'équidistance, mais les principes équitables ont néanmoins pu entrer en jeu ce qui concerne l'élément de distortion de la ligne équidistante causée par la présence anormale des îles Sorlingues et l'ajustement de « demi-effet » adopté par la Cour pour la rendre plus

rôle subsidiaire, le Tribunal d'arbitrage n'ayant pas besoin de s'y référer sauf de façon incidente. Les ajustements nécessaires se sont faits dans l'arrêt du Tribunal sous la rubrique des « circonstances pertinentes » parce que les deux parties étaient naturellement liées par les dispositions de l'article 6 de la *Convention de Genève sur le plateau continental* et par la règle d'équidistance; ainsi le Tribunal a pu manipuler la ligne de délimitation à l'ouest des îles Sorlingues et faire l'enclave autour des îles Anglo-normandes.

Lorsqu'on se réfère au grand litige sur le *Plateau continental* (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)¹¹, en 1980, on se rend compte immédiatement des implications et de l'héritage des grands principes ambigus énoncés dans le contexte quasi-consultatif de l'Affaire de la mer du Nord. Rappelons la configuration géographique générale: la côte à peu près est-ouest du littoral nord-africain, tournant au nord et puis brusquement bombée au nord-est avec les côtes tunisiennes, la frontière terrestre étant à l'est, se dirigeant abruptement en direction nord/nord-est.

Il faut se souvenir aussi, comme c'en avait été le cas dans le litige de dix ans plus tôt, que les conclusions — et donc les positions des parties — étaient échangées simultanément entre les deux parties avec leurs plaidoiries écrites. Ce problème de simultanéité, endémique aux litiges institués par compromis (mais qui n'existe pas dans les affaires portées devant la Cour par requête), est presque une assurance que les positions des parties seront déraisonnablement — sinon violemment — opposées. Ni l'une ni l'autre des parties ne peut savoir à l'avance la position que prendra son adversaire, et dans chaque cas il y aura des surprises pour chacune d'elles. Le résultat fut que la Cour (ou la Chambre) a dû trancher non pas un seul litige, mais bien deux litiges, et possiblement quatre.

Du point de vue de la Cour ou d'un seul juge, cette opposition mène logiquement à un embarras de choix entre des positions antinomiques et pratiquement irréconciliables. Le résultat est que — dans toutes ces affaires — l'esprit de la décision de la Cour repose sur un raisonnement qui est tout à fait différent, d'une manière surprenante, des positions et conclusions des parties. Il s'en suit que, si la Cour suit ses propres idées

équitable. De plus, l'ajustement a quand même été fait dans le contexte des conventions de Genève, c'est-à-dire en tenant compte de l'exigüité des « circonstances spéciales » qui se trouvaient dans la zone atlantique à l'ouest des côtes:

11. C.I.J. Recueil, 1982 [ci-après dénommée l'affaire Tunisie/Libye].

plutôt que celles des parties, elle aura en fait statué sur un cinquième litige dans chacune des affaires.

La Tunisie a élaboré ses revendications à l'égard de la mer Pélagienne par un exercice d'imagination juridique éclatant et tout à fait surprenant. Elle a présenté non pas une seule théorie, mais quatre théories complémentaires : deux d'ordre plus ou moins géomorphologique, et deux de nature géométrique.¹² Les revendications tunisiennes se sont opposées dramatiquement à la demande libyenne, qui était ambiguë, abstraite, générale, presque indéterminée et qui, à la fin de la procédure orale, s'est transformée en une revendication large et complexe, reposant plutôt sur une justification des « principes équitables » et des « circonstances pertinentes propres à la région ». Ces circonstances renfermaient des éléments disparates et d'ordres différents, tant en qualité qu'en effet.¹³

12. Par une coïncidence qui paraissait heureuse à première vue — mais qui, en fin de compte, a donné une impression plus ou moins inventée ou artificielle — ces autres théories ont chacune donné lieu à des résultats presque identiques : une ligne de délimitation procédant résolument au nord-est — en forme d'éventail étroit qui a été désigné au cours du litige comme le « faisceau de lignes » tunisien. Ce faisceau ne dépendait pas directement d'une analyse d'équidistance. La première ligne a été indiquée par la géomorphologie : elle passait au milieu — au thalweg — des lignes courbées bathymétriques au-delà du littoral tunisien faisant face à l'est-nord-est. Elle était connue par l'expression « la ligne des crêtes ». La deuxième ligne était la plus imaginative, étant établie en rattachant le point indiqué par la location frontalière (projetée au-delà des douze milles de mer territoriale) et le point le plus profond de la plaine abyssale, d'une profondeur d'environ 4000 mètres, au milieu de la mer Ionienne au sud-est de la Sicile ; cette ligne était à la fois « juridique » et bathymétrique, étant basée sur l'énonciation (dans l'article 76 du projet de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer) de l'idée de « progression » du prolongement naturel commençant aux côtes des États vers le grand large. Cette « méthode » a produit une ligne bien plus inclinée à l'est qu'aurait été une simple ligne équidistante. Les deux autres lignes formant le faisceau étaient basées sur une analyse quasi-équidistante, mais plus directement de formulation euclidienne et géométrique.

13. Naturellement, il n'était pas possible que la Tunisie puisse proposer à la Cour son éventail de lignes sans insister, en même temps, sur le compromis entre les deux parties suivant lequel la Cour indiquerait aux parties la ligne de délimitation elle-même, « avec précision » ; en contraste, il y avait la position de la Libye, qui était que la tâche de la Cour était plus générale, et qu'il n'était pas nécessaire d'indiquer une ligne précise. La chose était encore plus compliquée parce que le compromis avait été rédigé et conclu en langue arabe : l'argument d'interprétation entre les deux parties reposait sur une différence de traduction en

La Cour, trouvant ce tableau de litige complètement embrouillé, s'est réfugiée avec empressement dans les bras ouverts des « principes équitables ». Vexée par les positions antipodales des parties, basées plus ou moins sur leurs interprétations différentes du concept de « prolongement naturel » dans le contexte de la géologie et la géomorphologie, la Cour a fait appel aux « principes équitables » pour articuler une décision raisonnée entre les deux extrêmes.

En spécifiant que « l'application de principes équitables doit aboutir à un résultat équitable »¹⁴, la Cour a reconnu que :

Cette façon de s'exprimer, bien que courante, n'est pas entièrement satisfaisante, puisque l'adjectif équitable qualifie à la fois le résultat à atteindre et les moyens à employer pour y parvenir. [...] L'équité d'un principe doit être appréciée d'après l'utilité qu'il présente pour aboutir à un résultat équitable. Tous les principes ne sont pas en soi équitables ; c'est l'équité de la solution qui leur confère cette qualité.¹⁵

Cette formulation exprime tout court le paradoxe des « principes équitables ». Le paradoxe des « principes équitables » frise le sophisme.¹⁶ (On se souvient du monsieur anglais à qui l'on demande pourquoi il joue toujours au cricket. Il répond que c'est naturellement pour se maintenir en forme. Ensuite, quand on lui demande pourquoi il veut se maintenir en forme, ce monsieur répond que c'est naturellement pour pouvoir jouer au cricket).¹⁷

français (par les Tunisiens) et en anglais (pour les Libyens) — les deux seules langues officielles de la Cour.

14. Affaire de la Mer du Nord, p. 59, par. 70.

15. *Ibid.*

16. Il est néanmoins inévitable, à cause de l'impossibilité d'indiquer un compromis équilibré, et aussi bien raisonné en droit, entre deux prétentions qui sont à la fois d'une antinomie extrême et basées sur des théories ou prémisses entièrement opposées. C'était enfin la cooptation des « principes équitables » et leur développement par la Cour qui ont permis à cette dernière d'arriver à une solution équitable dans l'affaire Tunisie/Libye.

17. « Lorsque moi j'emploie un mot, réplique Humpty Dumpty d'un ton de voix quelque peu dédaigneux, il signifie exactement ce qu'il me plaît qu'il signifie... ni plus ni moins. » « La question, dit celui, est de savoir si vous avez le pouvoir de faire que les mots signifient autre chose que ce qu'ils veulent dire. » « La question riposta Humpty Dumpty, est de savoir qui sera le maître... un point c'est tout » Lewis Carroll, *De l'autre côté du miroir. La chasse au snark, Through the Looking-glass. The Hunting of the Snark*. En bilingue, Aubier-Flammarion, 1971 [Traduction par Henri Parisot], p. 159 (les italiques sont de l'auteur).

Dans l'affaire du golfe du Maine¹⁸, la Chambre a aussi fondé sa décision sur les « principes équitables » — dans ce cas, quand même, solidement fondée sur les observations de géographie. En faisant ainsi, la Chambre a réussi à éviter l'antinomie sans issue entre les positions des parties. La thèse canadienne était celle de l'équidistance pure (même enrichie, pour profiter du traitement accordé par le Tribunal d'arbitrage aux îles Sorlingues, dans l'affaire de la mer d'Iroise, avec l'objet de donner au cap Cod et de l'île Nantucket un « demi-effet » pareil). La thèse des États-Unis était basée sur des principes de géométrie, mêlés à des propositions d'écologie, d'un peu de géologie, de géomorphologie, de l'histoire, tous réunis sous la rubrique « principes équitables ». La solution adoptée par la Chambre est intervenue entre ces deux positions extrêmes et finalement écartées. Le seul mécanisme qui aurait pu amener la Chambre au bout de son raisonnement conformément à la logique, et sans faire un paralogisme, était la machine paradoxale dénommée l'application des « principes équitables ».

Un développement curieux fut que l'un des procureurs des États-Unis a fait un grand effort dans sa plaidoirie pour préciser le contenu des « principes équitables », en offrant à la Chambre un catalogue des éléments de ces principes — une espèce de répertoire des idées ou concepts visés sous la rubrique des « principes équitables ». La Chambre pourtant n'a pas accepté cette offre de précision relative¹⁹, et a fondé son arrêt sur des principes plus abstraits et généraux.

Un an plus tard, dans l'affaire Libye/Malte²⁰, la Cour a précisé cinq « principes équitables » qui reposaient toujours à un niveau assez abstrait²¹. Par suite du fait que la Convention sur le droit de la mer des Nations Unies²² avait été signée par les deux parties (bien qu'elle ne soit pas encore entrée en vigueur), Malte a insisté sur l'équidistance plus-que-parfaite, basée sur le raisonnement que l'article 76 de la conven-

18. *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, C.I.J. Recueil 1984, p. 246.

19. *Id.*, pp. 298-99, alinéas 110-11, et pp. 312-13, alinéa 157.

20. *Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt C.I.J. Recueil 1985, p. 13 [ci-après dénommée l'affaire Libye/Malte].

21. *Id.*, aux pages 39-40, alinéa 46. Les cinq « principes équitables » mentionnés étaient : i) celui de ne pas refaire la géographie ; ii) celui du non-empiètement ; iii) celui du respect dû à toutes [l]es circonstances pertinentes ; iv) celui suivant lequel « l'équité n'implique pas nécessairement l'égalité » ; et v) celui qui exclut la justice distributive.

22. Doc. N.U. A/CONF.62/122 et Corr. 1 à 11(1982) [ci-après dénommée la Convention de 1982 ou Convention].

tion prévoyait forcément un principe de « distance » — et alors d'équidistance — dans les cas où la distance entre deux côtes qui se faisaient face n'était pas plus grande que 400 milles marins. De son côté, la Libye a fait un saut périlleux en arrière, et a embrassé les mystères de la géologie et de la géomorphologie, insistant sur le fait qu'il existait au sud des îles maltaises une espèce de zone de discontinuité géologique et de déséquilibre géomorphologique pouvant indiquer la zone dans laquelle la Cour pourrait trouver les bornes des plateaux continentaux respectifs, conformément à l'application des principes équitables, et donc dresser la ligne de délimitation elle-même.

En 1985 il n'était plus possible qu'une partie n'invoque pas, à plusieurs reprises et avec beaucoup d'enthousiasme, que sa position juridique — bien qu'il ne s'agisse que de l'équidistance réchauffée — n'était pas essentiellement et d'une manière significative dérivée — sinon virtuellement exigée — des principes équitables.

L'article 76 de la Convention de 1982 se réfère au « prolongement naturel », mais évite subtilement de le définir²³ ; quand on arrive à l'article 83, concernant la délimitation propre, on est complètement stupéfié de découvrir la prescription qu'elle sera effectuée « par voie d'accord conformément au droit international tel qu'il est visé à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, afin d'aboutir à une solution équitable ». ²⁴ La formulation des articles pertinents de la Convention était aussi circulaire et quasi-fallacieuse que les fondements syllogistiques de la formule des « principes équitables » exprimée par la Cour²⁵.

Dans chacun des trois procès, le langage ambigu et incertain de la Convention a simplement ajouté à la confusion et au mystère²⁶. La Cour et la Chambre ont, dans les trois litiges, formulé et adopté un raisonnement différent des conclusions de chaque adversaire. C'est une combinaison peu admise ou pas assez clairement perçue de ces faits historiques

23. L'article 76 de la Convention de 1982 stipule, dans son alinéa 10, que le présent article « ne préjuge pas de la question de la délimitation du plateau continental entre des États dont les côtes sont adjacentes ou se font face ».

24. Convention de 1982, art. 83, al. 1.

25. C'est-à-dire que ces principes sont ceux qui aboutissent à un résultat équitable, et qu'un résultat équitable est celui qui est produit par les principes équitables.

26. Le langage exact du texte de négociation composite officieux de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer était identique, en partie pertinent, au texte final de la convention.

qui a produit notre « paradoxe enveloppé dans un mystère entortillé dans une énigme ».

III. — RÉFLEXIONS

Partant de ces faits, on peut conclure qu'il y a trois éléments juridiques qui ont donné le jour à l'appui fort et répété sur les « principes équitables » tels que nous les connaissons et les aimons aujourd'hui.

— Le premier élément pour la Cour était une question de fond : dans les quatre instances, il y avait un écart dramatique entre les méthodologies proposées à la Cour par les deux parties.

Il était nécessaire de combler une lacune entre une cause basée sur l'application d'une méthode — soit de l'équidistance, soit de la géométrie — aboutissant à un résultat ainsi déterminé par la méthode, et une demande basée plutôt sur l'obtention d'un résultat quelconque — soit une représentation des proportions équitables, soit la diminution de la distortion des « circonstances spéciales », les principes généraux. C'est le contraste juridique et la tension intellectuelle entre les approches ainsi définies : la première vise plutôt les moyens à utiliser, et la seconde vise plutôt les fins.

La différence est fondamentale. Elle réside dans la polarité entre une approche méthodologique et une approche téléologique.

— Le deuxième élément était aussi une question de fond : dans les quatre affaires il y avait une tension polaire entre les éléments qui ont dû être pris en considération pour soutenir les positions des parties.

Il y a eu, d'une part (plus ou moins, dans chacun des quatre cas à l'étude), une théorie fondée sur un examen physique, considérant soit l'étendue de la surface marine par rapport à la longueur des côtes, et, d'autre part, une théorie qui ne tenait pas compte des circonstances physiques mêmes, et qui n'était que l'application d'une géométrie quasi-désincarnée dans un monde susceptible d'être représenté sur l'écran d'une calculatrice. Le premier point de vue était lié en apparence à la réalité physique, et le deuxième était d'un niveau théorique et éloigné du monde à trois dimensions.

Avec une espèce de clairvoyance par retour, on peut remarquer maintenant que pour les parties qui dépendaient plus ou moins de l'approche physique — c'est-à-dire la République fédérale, la Tunisie et la

Libye, et les États-Unis — il a été nécessaire d'indiquer à la Cour pourquoi le résultat de ses examens physiques pouvait se transformer en droit dans une ligne de délimitation entre deux plateaux continentaux. C'est la solution de ce problème qui leur a donné tant de souci. D'une part, si l'on ne peut pas postuler que les faits physiques relatifs au fond de la mer et qui ont été présentés à la Cour puissent être presque capables de justifier le dessin d'une ligne pour les scaphandriers et submersibles, on aurait raté le coche. D'autre part, les parties se sont alliées à plusieurs reprises en faisant cet effort au moyen d'une argumentation qui substituait une démonstration plus ou moins idéologique à la preuve presque empirique qu'il fallait.

Cette argumentation était toujours la même, et partait du même sophisme : c'était que l'explication de texte de la jurisprudence de l'Afrique de la mer du Nord, ainsi que les clauses de la Convention sur le droit de la mer, aboutissaient presque au même résultat qu'une preuve réelle. Le texte ainsi expliqué était toujours le même : c'était une variation sur le thème du « prolongement naturel » énoncé et élaboré avec magnanimité par la Cour en 1969. Le « prolongement naturel » visé par la Cour et la Convention n'était qu'une qualité descriptive en droit, et ainsi juridique, tandis que le « prolongement naturel » distingué par les parties visant l'approche physique avait trait à une réalité plus ou moins physique, laissant toujours ouverte la question de savoir comment le second pourrait se transformer en premier. On s'est trompé en prenant le langage de définition pour un langage de disposition. Pour résumer : c'était une vaste et obscure phlogistication d'une subtilité exquise et d'une difficulté épique²⁷.

— Le troisième point en est un de procédure, et il peut être considéré comme produisant lui aussi un effet sur le fond des décisions. Car les plaidoiries dans ces quatre affaires étaient échangées simultanément ; il y eut une exagération de la distance polaire entre les positions de fond des parties, ce qui a créé une difficulté concomitante pour la Cour.

27. Il est facile d'oublier que l'expression « prolongement naturel » n'était qu'analytique, ou directoire, ou en référence : elle n'était pas concevable à titre indicatif, ou empirique, ou dispositif.

Le résultat presque automatique était que, dans chacun des quatre arrêts, la Cour et la Chambre avaient suivi une ligne qui n'était pas la position ni de l'une ni de l'autre des deux parties²⁸.

IV. — PRÉVISIONS

À quel résultat peut-on donc s'attendre? À l'incarnation toujours plus concrète et répétée des « principes équitables ». Est-ce que les « principes équitables » seront appliqués maintenant, ou à l'avenir, d'une manière analogue? Il faut conclure que si, parce que cette formule a servi bien des fois pour tempérer ou améliorer le résultat d'une approche trop rigide — d'habitude celle de l'équidistance — elle servira toujours de la même façon. Les « principes équitables » seront utilisés comme auparavant, comme une invention correctrice contre-balançant les effets de l'application d'une règle a priori comme l'équidistance. On peut ainsi observer que les parties qui se sont servi le plus des principes équitables étaient celles qui auraient souffert le plus de l'imposition de l'équidistance: ainsi la République fédérale est liée aux États-Unis, et tous les deux à la Libye — étranges camarades de lit — et le Danemark, les Pays-Bas, la Tunisie, le Canada et Malte ont été liés, de leur côté, par leur désir d'utiliser davantage a priori les règles de l'équidistance.

Dans l'affaire Libye/Malte²⁹, la Cour a concrétisé en droit sans équivoque le prétendu « principe de distance » — dérivé de l'article 76 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. On peut se demander maintenant comment, dans les délimitations à venir, ce principe pourra coexister avec les « principes équitables ». Dans son arrêt de 1985, la Cour a indiqué avec clarté que nonobstant son acceptation du principe de distance, les « principes équitables » auront toujours un rôle de primauté en matière de délimitation³⁰. En plus, elle a rejeté la proposition avancée par Malte selon laquelle l'acceptation du « principe de distance » confère implicitement « la primauté à la méthode de l'équidistance »³¹.

28. La ligne de décision était ainsi développée d'une façon presque indépendante à la fois du côté dont la position était *a priori* — celle des modalités et méthodes géométriques — et du côté dont la position était téléologique — basée sur une analyse physique ou d'un empirisme prétendu ou voulu.

29. Affaire Libye/Malte, *supra*, note 20, pp. 33-34, par. 34.

30. *Id.*, p. 38-40, par. 45-48.

31. *Id.*, p. 37, par. 42.

Malgré tout, et nonobstant cet avertissement, c'est la ligne moyenne ou équidistante qui servira comme point de départ³². Et, sans aucun doute, il y aura toujours un réglage ou ajustement de cette ligne qui sera justifié expressément par l'invocation des « principes équitables ». Pourquoi « sans aucun doute »?

D'abord, ce n'est même pas concevable que la Cour — ou une Chambre de la Cour, ou même la Cour de Hambourg envisagée par la Convention de 1982³³ — puisse éviter l'application des « principes équitables » dans n'importe quelle situation géographique que l'on puisse imaginer. Tant que les États n'existent que dans un monde physiquement composé de lignes géométriquement raides et étroites³⁴, il sera toujours nécessaire — même si cela est relativement délicat — d'ajuster la ligne ainsi indiquée³⁵.

Dans l'hypothèse des États ayant des côtes limitrophes, l'analyse est plus difficile. On pourrait dire, d'abord, que le prétendu « principe de distance » est moins clair en application aux États limitrophes qu'aux États qui se font face. Mais néanmoins les mêmes principes s'y appliqueront; s'il y a une occasion d'ajuster une ligne médiane, on pourra la trouver également pour ajuster une ligne équidistante partant des deux côtes. Est-ce que le fantôme du prolongement naturel, dans son incarnation géologique ou géomorphologique, reviendra hanter le tribunal? Celui qui voudra réinsérer le « prolongement naturel » comme élément déterminatif ne pourra jamais éviter l'analyse critique qu'a donnée la Cour en disant que ces éléments physiques n'ont « aucune pertinence » à la délimitation³⁶.

32. *Id.*, p. 46-48, par. 60-65.

33. Annexe VI, article 1^{er}, alinéa 2.

34. Voir ABBOTT, *Flatland* (6^e éd., 1952).

35. Dans le cas des côtes qui se font face et qui possèdent des longueurs à peu près équivalentes, on peut prédire que la ligne définitive sera à peu près la même. S'il y a des circonstances spéciales ou pertinentes et déterminantes, on s'attendra à voir une ligne établie avec les modifications, comme le « demi-effet » donné aux îles Kerkennah dans l'affaire *Plateau continental* (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne), *supra*, note 11, p. 88-89, par. 128-29); comme l'ajustement accordé à la ligne médiane entre les deux côtes dans le deuxième segment de la délimitation dans l'affaire du golfe du Maine, *supra*, note 18, pp. 334-337, par. 217-223, ou le réglage indiqué dans l'affaire Libye/Malte à cause de la disparité de longueur des côtes et l'anomalie de l'existence de la côte sicilienne derrière les îles maltaises, et son effet vis-à-vis de la Libye: voir affaire Libye/Malte, *supra*, note 20, pp. 48-51, par. 65-70 et pp. 51-53, par. 71-73.

36. *Id.*, p. 35, 55-56, par. 39, 77.

Toutefois, avec les côtes limitrophes, même si on peut trouver un fossé profond qui existait exactement où la ligne équidistante projetée des côtes entrecoupera les bords des deux mers territoriales, il sera nécessaire de démontrer que l'analyse de la Cour n'est plus applicable. La seule méthode à suivre sera, sans doute, de plaider que les « principes équitables » impliqueront un rôle pour ce facteur géomorphologique qui s'attachera plutôt aux « principes équitables » qu'au concept du « prolongement naturel ». À notre avis, cela sera presque impossible.

Dans le vieux roman anglais, le Cloître et le Foyer, Denis l'Arquebusier aimait répéter à ses copains : « Courage, mon ami, le diable est mort ! » Je crois que, maintenant, on peut également se dire : « Courage, mon vieux, le prolongement naturel est mort ! »

* * *

Les « principes équitables » sont le dissolvant universel dans le droit de la délimitation des plateaux continentaux, et même de délimitation maritime tout court. Comme a dit Humpty Dumpty, les principes sont ceux qu'énonce la Cour, — « ils signifient exactement ce qu'il me plaît qu'ils signifient ... ni plus, ni moins ».

En effet, les « principes équitables » sont les principes dont l'application produit un résultat juste et équitable³⁷. Ce résultat n'est pas produit par l'application d'une méthode stricte et a priori comme l'équidistance, d'une part ; ni d'autre part par l'application de l'une ou l'autre théorie ou revendication extrême. Comme la Cour a précisé, appliquer les « principes équitables » n'est pas du tout la même chose qu'arriver à une décision *ex aequo et bono*³⁸.

Ce dissolvant universel a été néanmoins remarquablement utile pour amener à un compromis juridique deux prétentions violemment opposées. Ce paradoxe, enveloppé dans un mystère à l'intérieur d'une énigme, a été le mortier qui lie les briques de la muraille de la jurisprudence : les concepts plus rigides de droit sont plus solides, comme les briques elles-mêmes, mais le mortier qui les lie est presque liquide au début de la construction, et devient de plus en plus solide avec le passage du temps.

37. Voir l'affaire Tunisie/Libye, *supra*, note 11, pp. 38-39, par. 45 et p. 59, par. 70.

38. *Ibid.*

Cette énigme, ou dissolvant universel, est bien enchâssé dans l'article 83 de la Convention des Nations Unies ; il est important de voir comment a été définie l'expression « arrivant à une solution équitable » — plutôt que celle des « principes équitables » tout court, sans considération du résultat auquel ils aboutissent.

Les « principes équitables » constituent, en effet, une espèce d'idée qui est absolument irremplaçable dans le monde actuel et dans sa jurisprudence. C'est une espèce de renvoi au vague, à la circularité, mais qui rend possible la résolution des différends soulevés par des conceptions nouvelles, des éléments en voie d'être découverts ou analysés pour la première fois. Les précédents se forment peu à peu, et croissent — tout en s'inspirant des précédents plus anciens et plus généraux qui peuvent servir de modèle mais qui sont, eux, moins précis et moins sûrs que leurs successeurs.

On trouve normalement cette nouveauté là où il existe des développements scientifiques ou techniques : ils sont partout, comme les problèmes présentés par les sciences biologiques en ce qui concerne la transplantation des organes humains, l'altération du code génétique des êtres vivants, l'avortement, l'euthanasie, l'expérimentation humaine et les mères porteuses.

Elle exprime une utilité contemporaine tandis que la société — soit-elle nationale ou internationale — est en train de concevoir et de former des institutions nouvelles pour faire face à ces problèmes. Elle est une forme de transition juridique du vide à la précision, de la généralité à la particularité, de l'ancien au moderne, et de principes équitables aux règles de droit.

Keith Highet*

* Avocat chez Curtis, Mallet, Prevost et président de l'American Society of International Law.