

DECLARATION OF JUDGE *AD HOC* AL-KHASAWNEH

Discretion left to judges in delimitation of EEZ/continental shelf — Court should assess equity of delimitation holistically — Court should not limit itself to assessing gross disproportionality at third step of delimitation.

Maritime delimitation is, of necessity, a compromise between the need for certainty and predictability of the law on the one hand and, on the other, the need to take cognizance of the realities of geography which are never the same in different cases.

Judges are enjoined not to “completely refashion nature” (*North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports 1969*, pp. 49-50, para. 91), which might be no more than an awkward way of saying they could do so provided this “refashioning” is not complete or blatant. In reality this is what they do all the time. The weight to be ascribed to a given island always carries an element of subjectivity. Similarly, a decision as to when the drawing of an equidistance line constitutes “a cut-off” cannot be made on purely mathematical basis. This subjectivity is both normal and legitimate and I have always believed that the legislator should leave room to the judge.

With regard to delimitation in the exclusive economic zone and the continental shelf, the proposition can be safely advanced that — to the extent that any guidance can be gleaned from the negotiations leading to the adoption of the Law of the Sea Convention — the negotiators consciously left much room for judicial discretion in recognition of the well-nigh impossibility of providing uniform legislative answers.

Still the judicial mind is predisposed to reduce subjectivity, thus the jurisprudence of the Court reveals a success in turning “creative equity” into the more constrained “corrective equity” and this has been done by following methods and techniques, the most notable of which is the three-stage approach to delimitation which has been employed in recent jurisprudence. This is sound and useful, as long as we do not lose sight of the fact that it is no more than a method and that what matters is that the end result must be equitable. A less attractive aspect of this *modus operandi* is that the third stage is tied to the extremely easy test (which no delimitation has failed) of checking gross disproportionality of maritime entitlement against the objective yardstick of the length of the Parties’ relevant coasts, which is an important factor in determining lack of gross disproportionality but is not the only factor. The self-imposed reduction

DÉCLARATION DE M. LE JUGE *AD HOC* AL-KHASAWNEH

[Traduction]

Pouvoir discrétionnaire laissé aux juges en ce qui concerne la délimitation de la ZEE et du plateau continental — Cour devant apprécier l'équité de la délimitation de manière globale — Cour ne devant pas se limiter à vérifier l'absence de disproportion flagrante lors de la troisième étape de la délimitation.

La délimitation maritime impose de trouver un compromis entre deux nécessités, d'une part, celle de respecter la certitude et la prédictibilité du droit et, de l'autre, celle de tenir compte de réalités géographiques qui diffèrent dans chaque affaire.

Il est demandé aux juges de ne pas «refaire la nature entièrement» (*Plateau continental de la mer du Nord (République Fédérale d'Allemagne/Danemark) (République Fédérale d'Allemagne/Pays-Bas), arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 49-50, par. 91*), ce qui pourrait n'être qu'une manière singulière de dire qu'ils peuvent le faire à condition que ce «remodelage» ne soit pas total ou flagrant. C'est en réalité ce qu'ils font en permanence. Décider du poids à attribuer à une île donnée comporte toujours une part de subjectivité. De même, il est impossible de déterminer sur une base purement mathématique quand le tracé d'une ligne d'équidistance constitue une «amputation». Cette part de subjectivité est à la fois normale et légitime, et j'ai toujours estimé que le législateur devait laisser une marge d'appréciation au juge.

S'agissant de la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental, il est assurément permis d'affirmer que, pour autant que les négociations ayant abouti à l'adoption de la convention sur le droit de la mer puissent nous fournir des indications, les auteurs de cet instrument ont sciemment laissé une grande marge d'appréciation au juge eu égard à la quasi-impossibilité de prévoir des solutions législatives uniformes.

Le juge étant naturellement prédisposé à limiter sa part de subjectivité, il ressort de la jurisprudence de la Cour que celle-ci est parvenue à transformer l'«équité créative» en une «équité corrective» plus restreinte, et ce, en suivant certaines méthodes et techniques, dont la plus notable est la méthode de délimitation en trois étapes qui a été employée dans la jurisprudence récente. C'est une démarche rigoureuse et pertinente, à condition de ne pas perdre de vue qu'il ne s'agit que d'une méthode et que ce qui importe, c'est que le résultat final soit équitable. Ce *modus operandi* présente un autre aspect moins engageant, en ce que la troisième étape est liée au critère extrêmement facile à remplir (toutes les délimitations y satisfont) de l'absence de disproportion flagrante des droits maritimes par rapport à la mesure objective de la longueur des côtes pertinentes des parties. Cet élément est important pour vérifier l'absence de dispropor-

of an equitable solution finds no support in the text of Articles 74 and 83 of the Law of the Sea Convention, which suggest a comprehensive assessment of the equitable nature of the result at the end of the delimitation even if admittedly a subjective element is present in such an assessment.

Applied to delimitation in the Pacific, I believe that a more equitable result would have been obtained had the Nicoya Peninsula been given considerable but not complete effect in so far as delimitation in the exclusive economic zone and the continental shelf are concerned. This would have been justified given its proximity to the starting-point of delimitation and the absence of any qualitative difference between it and St. Elena, thus a refashioning of nature but certainly not a complete one.

(Signed) Awn AL-KHASAWNEH.

tion flagrante, mais ce n'est pas le seul. La Cour s'impose de parvenir à une solution équitable, contrainte qui ne trouve aucun appui dans le libellé des articles 74 et 83 de la convention sur le droit de la mer, lesquels laissent supposer une appréciation globale du caractère équitable du résultat à la fin du processus de délimitation, même s'il est reconnu qu'une telle appréciation comprend une part de subjectivité.

En ce qui concerne la délimitation opérée dans le Pacifique, je crois que la Cour serait parvenue à un résultat plus équitable si elle avait accordé un poids important mais néanmoins relatif à la péninsule de Nicoya. Cela aurait été justifié compte tenu de la proximité de cette péninsule avec le point de départ de la délimitation et de l'absence de différence qualitative avec celle de Santa Elena. Cela serait revenu, en somme, à refaire quelque peu la nature, mais certainement pas à la refaire entièrement.

(*Signé*) Awn AL-KHASAWNEH.
