

SEPARATE OPINION OF PRESIDENT SCHWEBEL

Reservations to declarations accepting the Court's jurisdiction under the optional clause may exclude measures and actions by the declarant that may be illegal under international law — Canadian reservation 2 (d), not being a “self-judging” reservation inconsistent with Article 36, paragraph 6, of the Statute, has permitted the Court to freely consider whether it has jurisdiction — Contrary to argument of Spain's counsel, the Canadian reservation cannot be interpreted as a “nullity” applicable to “nothing” — However, arguendo, were it so interpreted, the result would be that reservation 2 (d), but for which Canada would not have introduced a new declaration, cannot be severed from the declaration as a whole — If reservation 2 (d) falls or fails, so does the whole of the Canadian declaration, thus depriving the Court of any basis of jurisdiction in the case.

1. I am in agreement with the reasoning as well as the conclusion of the Court's Judgment. I feel bound, however, to add the following observations, in view of arguments which have found a place in Spain's exposition.

2. A principal contention of Spain in these proceedings is that the reservation set out in paragraph 2 (*d*) of the Canadian declaration of 10 May 1994, as interpreted by Canada to be, in Spain's words, “the sole authentic interpretation of its reservation” (Memorial of Spain, para. 39), is incompatible with the Statute of the Court. In its Memorial, Spain concludes that there are or may be “not just *anti-statutory* reservations; there are also *anti-statutory interpretations* of certain reservations” (para. 39). A counsel for Spain in the oral hearings thus maintained that the Court

“would only need to find that there is incompatibility with . . . Article 36, paragraph 6 [of the Statute], . . . Article 2, paragraph 4 [of the Charter], to reject not the validity of the reservation, which we have never called for, but the strictly unilateral interpretation Canada makes of it” (CR 98/13, p. 64 [*translation by the Registry*]).

Another counsel of Spain at the same sitting argued that,

“Canada's subjective intent does not have to correspond with the objective requirements of international law. If those requirements indicate that acts of interference with the freedom of the seas can never properly be classified as being ‘conservation and management measures’, it follows that the Canadian reservation is *pro tanto* a

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SCHWEBEL, PRÉSIDENT

[Traduction]

Les réserves aux déclarations d'acceptation de la juridiction de la Cour émises en vertu de la clause facultative peuvent exclure des mesures et actions de l'Etat déclarant susceptibles d'être illicites en droit international — La réserve 2 d) du Canada ne laissant pas à la libre appréciation de cet Etat la détermination de la compétence et n'étant donc pas incompatible avec le paragraphe 6 de l'article 36 du Statut, la Cour a donc eu toute latitude pour examiner la question de sa compétence — Contrairement à l'argument du conseil de l'Espagne, la réserve canadienne ne peut pas être considérée comme entachée de « nullité » et ne pouvant « s'appliquer à rien » — Toutefois, si pour les besoins de l'argumentation, on interprétait la réserve de la sorte, il en découlerait que la réserve 2 d), sans laquelle le Canada n'aurait pas fait de nouvelle déclaration, ne saurait être séparée de l'ensemble de la déclaration — Si la réserve 2 d) est nulle ou n'a pas d'effet, il en va de même de l'ensemble de la déclaration canadienne, ce qui prive du même coup la Cour de toute compétence en l'espèce.

1. Tout en souscrivant au raisonnement et à la conclusion énoncés dans l'arrêt de la Cour, j'estime devoir ajouter les observations ci-après, eu égard aux arguments que l'Espagne a avancés dans son exposé.

2. L'un des principaux arguments avancés par l'Espagne en la présente instance est que l'interprétation de la réserve formulée au paragraphe 2 d) de la déclaration canadienne du 10 mai 1994, présentée par le Canada, selon les mots mêmes de l'Espagne, comme « l'unique et authentique interprétation de sa réserve » (mémoire de l'Espagne, par. 39), est incompatible avec le Statut de la Cour. Dans son mémoire, l'Espagne conclut qu'il y a ou qu'il peut y avoir non seulement des réserves *antistatutaires*, mais aussi des *interprétations antistatutaires* de certaines réserves (par. 39). Lors de la procédure orale, un conseil de l'Espagne a ainsi affirmé qu'il suffisait que la Cour constate

«une incompatibilité avec ... l'article 36, paragraphe 6 [du Statut, ou avec] ... l'article 2, paragraphe 4 [de la Charte], pour rejeter non la validité de la réserve, que nous n'avons jamais demandée, mais l'interprétation strictement unilatérale qu'en fait le Canada» (CR 98/13, p. 64).

Lors de la même audience, un autre conseil de l'Espagne a fait valoir que

«l'intention subjective du Canada ne correspond pas nécessairement aux prescriptions objectives du droit international. Si ces prescriptions indiquent que les actes qui entravent la liberté des mers ne peuvent jamais être légitimement considérés comme des «mesures de conservation et de gestion», il en découle que la réserve canadienne

nullity. It did not achieve what it had set out to achieve — for the simple reason that the words it used are impossible to use in their context consistent with international law.” (CR 98/13, p. 37.)

Spain’s counsel continued:

“(2) *The Canadian reservation has no objective reality or validity under international law, and should not be given effect by the Court to block Spain’s application unless such objective validity or reality can be given to it*

The ‘conservation reservation’ therefore excludes nothing, since it can apply to nothing. It is inappropriate for Canada to demand that its subjective intent control the Court. That intent may be important if not conclusive on the question of the object and purpose of a reservation in the ‘mind’ of a declarant State. But to follow Canada’s argument so far as to make that subjective intent controlling . . . would . . . violate Article 36, paragraph 6, of the Statute.” (CR 98/13, p. 48, para 61.)

3. I find the foregoing arguments of Spain — which may not be wholly consistent — unpersuasive for the following reasons.

4. If Spain means to maintain that a reservation is ineffective in so far as it excludes measures or actions by the declarant State that are illegal under international law, I cannot agree. As the Court’s Judgment acknowledges, the very purpose, or one of the purposes, of States in making reservations may be to debar the Court from passing upon actions of the declarant State that may be or are legally questionable. If States by their reservations could withhold jurisdiction only where their measures and actions are incontestably legal, and not withhold jurisdiction where their measures or actions are illegal or arguably illegal, much of the reason for making reservations would disappear.

5. For the reason also stated in the Judgment of the Court, the contention of Spain that Canada’s reservation as Canada interprets it deprives the Court of the authority to decide whether the Court has jurisdiction, and hence violates Article 36, paragraph 6, of its Statute, is without merit. The proceedings in the Court and the resultant Judgment more than amply demonstrate that the Court has freely considered whether it has jurisdiction. The Court has concluded, for the reasons meticulously set out in the Judgment which have nothing to do with “self-judging” reservations, that it has not.

6. Nor can I agree that reservation 2 (*d*), as interpreted by Canada to apply (as its terms provide) to “disputes arising out of or concerning con-

est nulle *pro tanto*. Elle n'a pas abouti au résultat qu'elle visait — pour la simple raison que les mots qu'elle utilise ne peuvent être utilisés dans ce contexte de manière compatible avec le droit international.» (CR 98/13, p. 37.)

Le conseil de l'Espagne ajoutait :

«2) *La réserve canadienne n'a aucune réalité ou validité objective en droit international et elle ne devrait pas être considérée par la Cour comme ayant pour effet de faire obstacle à la requête de l'Espagne, sauf si on lui reconnaît une telle réalité ou validité*

En conséquence, la «réserve sur la conservation» n'exclut rien, parce qu'elle ne trouve pas à s'appliquer. Il est déplacé, de la part du Canada, de demander que son intention subjective s'impose à la Cour. L'intention subjective peut être importante, si ce n'est décisive, pour ce qui est de la question de l'objet et du but d'une réserve dans «l'esprit» de l'Etat déclarant. Mais suivre l'argument du Canada jusqu'à permettre que cette intention subjective s'impose ... serait ... violer le paragraphe 6 de l'article 36 du Statut.» (CR 98/13, p. 48, par. 61.)

3. Ces arguments de l'Espagne — qui présentent peut-être au demeurant un certain manque de cohérence — me paraissent peu convaincants, pour les raisons suivantes.

4. Si l'Espagne tente de faire valoir qu'une réserve est inopérante dans la mesure où elle exclut des mesures ou actions de l'Etat déclarant qui sont illicites en droit international, je ne saurais la suivre dans son raisonnement. Ainsi que la Cour le reconnaît dans son arrêt, l'objectif ou l'un des objectifs des Etats déclarants qui formulent une réserve peut précisément être d'exclure la compétence de la Cour pour telles de leurs actions qui pourraient être ou qui sont contestables en droit. Si, en faisant des réserves, les Etats ne pouvaient exclure de la compétence de la Cour que les mesures et actions incontestablement licites et s'il leur était interdit d'exclure sa compétence pour des mesures ou actions illicites ou susceptibles d'être qualifiées d'illicites, la raison d'être des réserves disparaîtrait en grande partie.

5. Pour le motif également exposé dans l'arrêt de la Cour, la thèse de l'Espagne selon laquelle la réserve canadienne telle qu'interprétée par le Canada priverait la Cour de la possibilité de se prononcer sur sa propre compétence et violerait dès lors le paragraphe 6 de l'article 36 de son Statut est infondée. Les délibérations de la Cour, et l'arrêt auquel elles ont abouti, démontrent amplement que la Cour a eu toute latitude pour examiner la question de sa compétence. La Cour a conclu qu'elle n'est pas compétente, pour les raisons méticuleusement exposées dans l'arrêt et qui n'ont rien à voir avec l'idée que la réserve laisserait à l'Etat la libre appréciation de la compétence.

6. Je ne saurais davantage accepter l'argument selon lequel le paragraphe 2 d) de la réserve, qui, tel qu'interprété par le Canada, exclut

servation and management measures taken by Canada with respect to vessels fishing in the NAFO Regulatory Area, as defined . . . and the enforcement of such measures” can, as a counsel for Spain contended, “apply to nothing”. Those measures, as explained in the Court’s Judgment, are no less measures of conservation and management because they are meant to apply, and by their terms and the regulations implementing those terms, do apply, “in the NAFO Regulatory Area . . .” not only to vessels that are stateless or flying flags of convenience but to other foreign vessels.

7. But if it were to be accepted, *arguendo*, that the foregoing contentions of Spain are correct, and that, by reason of Canada’s interpreting its reservation to apply to any vessel fishing in the NAFO Regulatory Area, the reservation lacks validity and is “a nullity” and “can apply to nothing”, it does not follow that the Court has jurisdiction over Spain’s cause of action. On the contrary, it follows that the Court is altogether without jurisdiction since the nullity or ineffectiveness of reservation 2 (*d*) entails the nullity or ineffectiveness of the Canadian declaration as a whole.

8. Before filing its current declaration of 10 May 1994, Canada was bound by an anterior declaration of 10 September 1985. That declaration contained the following clause, which is reproduced in the declaration of 10 May 1994:

“(3) The Government of Canada also reserves the right at any time, by means of a notification addressed to the Secretary-General of the United Nations, and with effect as from the moment of such notification, either to add to, amend or withdraw any of the foregoing reservations, or any that may hereafter be added.”

9. In implementation of the foregoing reservation, Canada added to its declaration of 10 September 1985 what appears in its declaration of 10 May 1994, namely and solely, reservation 2 (*d*). But it did not do this by way of transmitting an amendment to the earlier declaration which remained in force. Rather, in paragraph 1 of its declaration of 10 May 1994, Canada gave notice of termination of its acceptance of the Court’s compulsory jurisdiction made on 10 September 1985. In paragraph 2, it declared the acceptance by Canada of the Court’s jurisdiction over all disputes other than those specified in subparagraphs (*a*), (*b*), (*c*) and (*d*). Since subparagraphs (*a*), (*b*) and (*c*) are found in exactly the same terms in the 1985 declaration, it is clear that the only reason of Canada for terminating that declaration, and for making a new declaration, was to add the provisions of subparagraph (*d*). Moreover, those provisions do not comprise routine recitations, such as “without special agreement”

(selon ses termes mêmes) «les différends auxquels pourraient donner lieu les mesures de gestion et de conservation adoptées par le Canada pour les navires pêchant dans la zone de réglementation de l'OPAN, telle que définie ... et l'exécution de telles mesures» ne s'appliquerait à «rien», comme l'a affirmé un conseil de l'Espagne. Ainsi qu'il est exposé dans l'arrêt de la Cour, ces mesures ne sont pas moins des mesures de conservation et de gestion parce qu'elles tendent à s'appliquer — et que de par leur libellé et de par la réglementation relative à leur exécution, s'appliquent effectivement — «dans la zone de réglementation de l'OPAN...» non seulement aux navires apatrides ou battant pavillon de complaisance, mais aussi aux autres navires étrangers.

7. Mais même si l'on admettait, pour les besoins de l'argumentation, que les affirmations de l'Espagne sont fondées et que puisque le Canada interprète sa réserve comme s'appliquant à tout navire pêchant dans la zone de réglementation de l'OPAN, cette réserve est dépourvue de validité et qu'elle «est nulle» et «ne trouve pas à s'appliquer», cela ne signifie pas pour autant que la Cour est compétente pour connaître de la plainte de l'Espagne. Au contraire, il s'ensuit que la Cour n'a aucune compétence puisque la nullité ou l'absence d'effet de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la réserve entraîne la nullité ou l'absence d'effet de l'ensemble de la déclaration canadienne.

8. Avant de déposer la présente déclaration d'acceptation, le 10 mai 1994, le Canada était lié par sa déclaration antérieure du 10 septembre 1985. Cette déclaration contenait la clause suivante, reprise dans la déclaration du 10 mai 1994:

«3) Le Gouvernement du Canada se réserve également le droit de compléter, modifier ou retirer à tout moment l'une quelconque des réserves formulées ci-dessus, ou toutes autres réserves qu'il pourrait formuler par la suite, moyennant une notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, les nouvelles réserves, modifications ou retraites devant prendre effet à partir de la date de ladite notification.»

9. En application de la réserve précitée, le Canada a ajouté à sa déclaration du 10 septembre 1985 ce qui figure dans sa déclaration du 10 mai 1994, à savoir uniquement et exclusivement la réserve formulée à l'alinéa *d*) du paragraphe 2. Mais pour ce faire, il ne s'est pas contenté de déposer un amendement à sa déclaration antérieure qui serait restée en vigueur. Au lieu de cela, le Canada a, au paragraphe 1 de sa déclaration du 10 mai 1994, notifié l'abrogation de son acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour déclarée le 10 septembre 1985. Au paragraphe 2, le Canada a déclaré accepter comme obligatoire la juridiction de la Cour en ce qui concerne tous les différends autres que les différends spécifiés aux alinéas *a*), *b*), *c*) et *d*). Etant donné que les alinéas *a*), *b*) et *c*) y sont formulés dans des termes exactement identiques à ceux de la déclaration de 1985, il est clair que la seule raison qui a amené le Canada à abroger ladite déclaration et à faire une nouvelle déclaration était d'ajouter les

and “on condition of reciprocity”, which duplicate those of the Statute. Subparagraph 2 (*d*) introduces an entirely new, specific and purposeful reservation. It follows that the reservation contained in subparagraph 2 (*d*) is not only an important but an essential provision of Canada’s declaration, but for which, or without which, no new declaration would have been made.

10. The Court has accepted “the close and necessary link that always exists between a jurisdictional clause and reservations to it” (*Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978*, p. 33). Yet there may be cases of jurisdictional adherence where that link may be severed. One such has been suggested above, where a provision is redundant. Severability has been applied by other courts or committees in respect of certain human rights conventions. While venturing no opinion on the tenability of severability in such circumstances, those are not the circumstances now before the Court. When, as in this case, the reservation has been treated by the declarant State as an essential one but for which — or without which — the declaration would not have been made, the Court is not free to treat the reservation as invalid or ineffective, while treating the remainder of the declaration to be in force. If reservation 2 (*d*) falls or fails, so must the Canadian declaration of 10 May 1994 fall or fail. If the Spanish argument is accepted on the results to be attached to Canada’s interpretation of the reservation, it follows that there is no basis whatever in this case for the jurisdiction of the Court.

(Signed) Stephen M. SCHWEBEL.

dispositions figurant à l'alinéa *d*) du paragraphe 2. De plus, ces dispositions ne comportent aucune des expressions consacrées telles que «sans convention spéciale» ou «sous condition de réciprocité», qui ne font que reprendre les termes du Statut. L'alinéa *d*) du paragraphe 2 n'est pas seulement une disposition importante de la déclaration canadienne, elle en est un élément essentiel en l'absence duquel ou sans lequel il n'aurait pas été fait de nouvelle déclaration.

10. La Cour a reconnu «le lien étroit et nécessaire qui existe toujours entre une clause juridictionnelle et les réserves dont elle fait l'objet» (*Plateau continental de la mer Egée, arrêt, C.I.J. Recueil 1978*, p. 33). Il peut cependant se présenter des cas d'application de la clause juridictionnelle où ce lien peut être dissous. L'un de ces cas, comme il a été suggéré plus haut, concerne telle ou telle disposition superflue. D'autres instances judiciaires ou comités ont fait usage de cette faculté de dissolution à propos de certaines conventions relatives à la protection des droits de l'homme. Je ne m'aventurerai pas à donner mon opinion sur le bien-fondé d'une dissolution de ce lien en pareilles circonstances, mais la Cour se trouve placée dans un tout autre contexte. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la réserve est présentée par l'Etat déclarant comme une clause essentielle faute de laquelle — ou sans laquelle — la déclaration n'aurait pas été faite, il n'est pas loisible à la Cour de traiter cette réserve comme nulle ou sans effet tout en considérant que le reste de la déclaration est en vigueur. Si la réserve formulée à l'alinéa *d*) du paragraphe 2 est nulle ou dépourvue d'effet, la déclaration faite par le Canada le 10 mai 1994 est elle aussi nulle ou dépourvue d'effet. Si l'argument de l'Espagne concernant les conséquences de l'interprétation de la réserve donnée par le Canada est retenu, il s'ensuit qu'il n'y a absolument aucun fondement en l'espèce à la compétence de la Cour.

(Signé) Stephen M. SCHWEBEL.