

DÉCLARATION DE M. LE JUGE BENNOUNA

1. Bien que j'aie voté en faveur du dispositif de l'arrêt, je ne suis pas entièrement convaincu par l'ensemble du raisonnement que la Cour a déployé pour le motiver. C'est pour cela qu'il m'a semblé utile, au travers de cette déclaration, de m'en expliquer.

2. D'une façon générale, chaque fois que la Cour a été amenée à se prononcer sur un différend territorial, qui plonge ses racines à l'époque coloniale et dont les protagonistes actuels sont plus ou moins les victimes, elle s'est trouvée confrontée à un véritable dilemme. C'est ainsi qu'elle s'est souvent demandée si cette époque devait être appréhendée par le moyen des concepts en cours à ce moment-là, et qui sont ceux des puissances coloniales dominantes, ou bien si elle devait les relire à la lumière de l'évolution intervenue depuis, en droit international, surtout avec l'adoption, en 1960, de la déclaration 1514 (XV) de l'Assemblée générale des Nations Unies, relative à «l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux» et considérée comme la charte de la décolonisation. Certes, il s'agit là de la problématique de l'application du droit international dans le temps, qualifiée de «droit intertemporel», mais celle-ci se pose en l'occurrence dans une situation, non de simple évolution des principes et des règles, mais d'une véritable rupture caractérisée par l'avènement du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et la condamnation définitive de la distinction, qu'on pourrait faire remonter à l'empire romain, entre des peuples dits «civilisés» et des peuples dits «barbares», les premiers ayant vocation à régenter les seconds.

3. On comprend dès lors que la Cour ait marqué quelque hésitation à s'aventurer dans le droit colonial, en tant que tel, afin d'en tirer des conclusions quant à la situation présente, de crainte d'être montrée du doigt comme ayant, en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies, cautionné ou légitimé à posteriori ce droit. C'est ainsi qu'elle a été amenée à réinterpréter le régime «des mandats» institué par la Société des Nations, à la faveur précisément du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes :

«tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu. Dans le domaine auquel se rattache la présente procédure, les cinquante dernières années ont marqué, comme il est dit plus haut, une évolution importante. Du fait de cette évolution il n'y a guère de doute que «la mission sacrée de civilisation» avait pour objectif ultime l'autodétermination et l'indépendance des peuples en cause. Dans ce domaine comme dans les autres, le *corpus juris gentium* s'est beaucoup enrichi et, pour pouvoir s'acquitter fidèlement de ses fonctions, la Cour ne peut l'ignorer.» (*Conséquences juridiques pour les Etats 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. 31-32, par. 53.*)

4. Partant de cette même volonté d'interpréter et d'appliquer certains concepts du droit colonial à la lumière des bouleversements intervenus dans le monde, avec le phénomène de la décolonisation et l'avènement d'un grand nombre de nouveaux Etats sur la scène internationale, la Cour a dû procéder à une réappréciation du concept de «*terra nullius*» dans son avis consultatif du 16 octobre 1975 dans l'affaire du *Sahara occidental* : «il ressort de la pratique étatique de la période considérée que les territoires habités par des tribus ou des peuples ayant une organisation sociale et politique n'étaient pas considérés comme *terra nullius*» (*avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975, p. 39, par. 80.*)

5. La Cour en a tiré comme conséquence que «la souveraineté à leur égard ne pouvait s'acquérir unilatéralement par l'occupation de la *terra nullius* en tant que titre originaire, mais au moyen d'accords conclus avec des chefs locaux» (*ibid.*). Or, il était admis que la catégorie *terra nullius* a été introduite par le droit colonial dans le but d'organiser le partage d'un certain nombre de territoires non européens, ouverts à la colonisation et considérés ainsi comme «sans maître», sous entendu sans maître européen déclaré. E. Milano le rappelle à juste titre :

«*terra nullius* was used as a device to justify control and jurisdiction of areas, which were very often populated by indigenous people, who were not considered equals. Much of the international law of those times was based on the idea of the standard of civilization, by which an entity could enter into the realm of international society. Such standards were nearly exclusively European, and they did not allow the participation of any other form of social organisation.» (E. Milano, *Unlawful Territorial Situations in International Law — Reconciling Effectiveness, Legality and Legitimacy*, 2006, p. 72.)

6. D'ailleurs, que la colonisation ait procédé par voie d'accord ou non avec des tribus locales ne changeait rien au titre de la puissance européenne concernée sur le territoire, comme devait le souligner la Cour dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*. Après avoir rappelé qu'«à l'époque de la Conférence de Berlin, les Puissances européennes signèrent de nombreux traités avec des chefs locaux» et que «[l]a Grande-Bretagne en conclut quelque trois cent cinquante avec les chefs locaux du delta du Niger» (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 404, par. 203), la Cour ajoute : «Même si ce mode d'acquisition ne correspond pas au droit international actuel, le principe du droit intertemporel impose de donner effet aujourd'hui, dans la présente instance, aux conséquences juridiques des traités alors intervenus dans le delta du Niger.» (*Ibid.*, p. 405, par. 205.) Cette même ambiguïté, sous couvert du droit intertemporel, se reflète dans la prise en compte de la structure des Etats non européens à l'époque coloniale, puisque la Cour a accepté leur spécificité tout en les soumettant aux critères westphaliens de la souveraineté. Le rappel de ces hésitations entre droit colonial et droit contemporain, que la simple référence au droit intertemporel ne suffit pas à justifier, m'était nécessaire pour expliquer à quel point je ne pouvais adhérer complètement au raisonnement de la Cour dans cette affaire qui oppose la Malaisie à Singapour au sujet de la souveraineté sur certains îlots dans le détroit de Singapour.

7. Ainsi la Cour, partant du postulat «qu'il n'est pas contesté que le Sultanat de Johor, après sa naissance en 1512» (arrêt, par. 52), se soit constitué en Etat souverain doté d'un domaine territorial «spécifique», bien qu'indéterminé, a estimé que son autorité s'exerce par le biais de «liens d'allégeance» avec les «Orang Laut, qui habitaient ou fréquentaient les îles du détroit de Singapour, notamment Pedra Branca/Pulau Batu Puteh» (arrêt, par. 79).

8. La structure particulière du Johor (prédécesseur de la Malaisie) à l'époque coloniale a été débattue dans cette affaire par référence à l'avis consultatif sur le *Sahara occidental* (arrêt, par. 76-79) selon lequel :

«Qu'au moment de la colonisation du Sahara occidental par l'Espagne l'Etat chérifien ait eu un caractère particulier, cela est certain. Cette particularité tenait à ce qu'il était fondé sur le lien religieux de l'Islam qui unissait les populations et sur l'allégeance de diverses tribus au Sultan, par l'intermédiaire de leurs caïds ou de leurs cheiks, plus que sur la notion de territoire.» (*C.I.J. Recueil 1975*, p. 44, par. 95.)

9. La Cour, après avoir rendu ainsi hommage à la structure particulière de l'Etat marocain en 1884, laquelle relevait d'une autre histoire que celle consacrée en Europe par les traités de Westphalie, au XVII^e siècle, n'en avait pris cependant aucun compte au niveau des preuves de la souveraineté, puisqu'elle décidera finalement de se fonder sur les preuves du contrôle effectif et continu du territoire.

10. Dans l'affaire qui nous concerne, la Malaisie s'est fondée également sur les «liens d'allégeance qui existaient entre le Sultanat et les Orang Laut, le «peuple de la mer»» (arrêt, par. 70). La Cour en a tiré comme conclusion que «l'autorité souveraine exercée par le sultan de Johor sur les Orang Laut, qui vivaient sur les îles du détroit de Singapour et s'étaient établis dans cet espace maritime, confirme le titre originaire ancien du Sultanat de Johor sur ces îles, dont Pedra Branca/Pulau Batu Puteh» (arrêt, par. 75). Est-ce à dire que cette souveraineté de Johor, fondée sur un titre historique et sur l'allégeance des populations, sera protégée par rapport aux vicissitudes des relations entre puissances européennes dans la région ? Cela ne le semble pas, puisque la Cour accepte que le traité anglo-néerlandais de 1824, délimitant des sphères d'influence dans la région, ait abouti au démembrement de l'ancien Sultanat du Johor et à la création de deux Sultanats, celui de Johor et celui de Riau-Lingga, dans le contexte de la rivalité des deux puissances coloniales, «pour asseoir leur hégémonie dans cette partie du monde» (arrêt, par. 98). Ces pratiques étaient bien connues également en Afrique, notamment au XIX^e siècle, lorsque des royaumes anciens ont été dépecés entre puissances européennes.

11. Quant au Sultanat de Johor, il devra céder, à la faveur du traité Crawford du 2 août 1824, à la Compagnie des Indes orientales, relevant de la Grande-Bretagne, l'île de Singapour et les îles environnantes dans un rayon de 10 milles. A partir des préparatifs pour la construction d'un phare sur Pedra Branca après les années 1840, la Cour va étudier les comportements du Johor et des autorités de Singapour pour déterminer si la souveraineté du premier pays sur l'îlot en question est passée au second. La Cour s'est engagée dans cette analyse, alors qu'il n'y avait de volonté autonome ni à Johor, dont la souveraineté s'est révélée fictive, ni a fortiori à Singapour, colonie britannique. Il est vrai que les deux Parties, devant la Cour, ont tenté l'une et l'autre de tirer avantage de l'histoire coloniale, mais est-ce une raison pour les suivre sur ce terrain ? La Cour n'a-t-elle pas refusé de considérer que South Ledge, haut-fond découvrant, ne pouvait faire l'objet d'une appropriation autonome, détachée de la délimitation de la mer territoriale, bien que cela ait été plaidé par les deux Parties ?

12. Certes, lorsque la Cour est mandatée expressément pour se prononcer sur la base de l'*uti possidetis juris*, comme dans un certain nombre de contentieux territoriaux entre des pays africains ou latino-américains, il lui est difficile de ne pas s'aventurer dans le droit colonial, ne serait ce que pour apprécier quelles étaient les limites administratives tracées par le ou les colonisateurs, au moment des indépendances des Etats parties au contentieux devant elle. Mais tel n'est pas le cas dans cette affaire entre la Malaisie et Singapour où la Cour a estimé la date critique pour Pedra Branca au 14 février 1980 et pour Middle Rocks et South Ledge au 6 février 1993.

13. Dès lors, ce sont les comportements de Singapour, après son indépendance en 1965, par suite de sa séparation de la Fédération de Malaisie, constituée en 1963, et ceux de ce dernier Etat lui-même, qui seront déterminants pour se prononcer sur la souveraineté concernant les îles en question, soit pendant près de quinze ans pour Pedra Branca et vingt-huit ans pour Middle Rocks et South Ledge. En effet, nous sommes là, pendant toute cette période, en présence de deux Etats indépendants, ayant la maîtrise de leurs relations extérieures. La Cour aurait ainsi évité de se perdre dans les méandres de la nuit coloniale et de ses fictions multiples, ainsi que dans les contours indécis de ses prétendus acteurs. Aux dates critiques que la Cour a fixé, le résultat aurait été de toutes façons le même.

14. Relatant une pratique sur plus d'un siècle, du milieu du XIX^e au milieu du XX^e siècle, la Cour constate seulement que la Grande-Bretagne a procédé comme elle l'entendait sur Pedra Branca sans se soucier du titre de souveraineté sur cet îlot. Il est tout de même significatif que la correspondance de 1953 dont il est fait grand cas dans l'arrêt (du paragraphe 192 au paragraphe 229) en tant que preuve de l'acceptation par les Parties de la souveraineté de Singapour (paragraphe 229), est intervenue entre le secrétaire colonial britannique de Singapour (Singapour étant une colonie britannique) et le secrétaire d'Etat par intérim du Johor (la Grande-Bretagne ayant la main mise sur la défense et les affaires extérieures de ce pays).

15. Il est difficile de tirer une quelconque conclusion du compte rendu par la Cour de toutes ces pratiques coloniales dans le règlement du contentieux, dont elle a été saisie par compromis en 2003, et au sujet duquel elle aurait dû, à mon avis, s'en remettre essentiellement aux comportements des Parties, en tant qu'Etats indépendants. Les catégories juridiques de l'époque coloniale ne peuvent être recyclées, afin de les rendre plus présentables aujourd'hui, comme si ce n'était qu'une affaire de mots.

(Signé) Mohamed BENNOUNA.
