

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE FRANCK

[Traduction]

La convention de 1891 a procédé à l'attribution de la souveraineté territoriale entre les Parties — Pulau Ligitan et Pulau Sipadan nettement situées au sud de la ligne d'attribution 4° 10' définie par cette convention — Présomption selon laquelle la ligne 4° 10' visait à couvrir tous les points de la zone représentant une source de conflit potentiel entre les Parties — Nécessité d'adopter une interprétation large des accords de frontière et d'attribution — Rôle du juge ad hoc — Les trois principales questions qui se posent en l'espèce — Adhésion à l'arrêt de la Cour lorsque celle-ci rejette l'argument de la Malaisie fondé sur la « chaîne de succession du titre » — Difficulté d'évaluer le poids respectif des effectivités invoquées par les Parties — Les effectivités étaient minimes et, dans la plupart des cas, n'étaient pas exercées à titre de souverain — Les effectivités ne l'emportent pas sur le titre conventionnel établi par la convention de 1891 — Les effectivités nées après 1969, la date critique, sont irrecevables comme preuves du titre — Le texte de la convention de 1891 n'établit pas que l'article IV (la ligne 4° 10') s'applique à Pulau Ligitan et Pulau Sipadan — L'article IV n'a pas un « sens ordinaire » clairement exprimé, pour reprendre les termes de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités — « A travers Sibbitik » peut être interprété comme signifiant aussi bien « à travers et au-delà » qu'« à travers mais sans aller plus loin » — L'article 31 de la convention de Vienne renvoie la Cour à l'« objet » et au « but » d'un traité pour éclairer un texte ambigu — L'« objet » et le « but » des Parties étaient de mettre un terme à diverses incertitudes et d'aboutir à une solution définitive — La carte jointe au mémorandum explicatif des Pays-Bas et les observations du ministre néerlandais van Dedem constituent des preuves additionnelles de cet objet et de ce but — L'« objet » et le « but » de la Grande-Bretagne, à savoir inclure dans le champ d'application de la convention les territoires situés au sud de la ligne 4° 10', ressortent également d'un procès-verbal du Foreign Office et sont confirmés par l'absence de réaction à la communication de la carte des Pays-Bas par le ministre britannique à La Haye, sir Horace Rumbold — Le bon sens confirme que les Parties n'ont pu avoir l'intention d'exclure de minuscules îlots du champ de la convention de délimitation de 1891 — Le confirme également le fait que, dans les années soixante, les Parties aient accordé, à l'est de Sebatik, des concessions pour la prospection pétrolière s'arrêtant 30" de chaque côté de la ligne 4° 10' — La Cour devrait confirmer les précédents dans lesquels elle a estimé que devait être considérée comme une présomption réfragable l'affirmation selon laquelle une ligne de délimitation devrait si possible être interprétée de sorte que l'application intégrale de ses dispositions conduise à la création d'une frontière précise, complète et définitive.

1. INTRODUCTION

1. La convention de 1891 entre la Grande-Bretagne et les Pays-Bas aurait dû constituer le facteur déterminant en l'affaire. Elle a établi une ligne partant de Broershoek, sur la côte orientale de Bornéo, et se pour-

suivant en direction de l'est le long du parallèle 4° 10' de latitude nord. Pulau Ligitan et Pulau Sipadan se trouvent manifestement au sud de cette ligne, du côté indonésien.

2. En dehors de cela, peu de choses sont claires. Le dossier de cette affaire abonde en ambiguïtés. Ce n'est la faute de personne: tel est le destin de l'histoire dans les lieux obscurs. Pulau Ligitan et Pulau Sipadan n'étaient pas — du moins il y a peu — de ces lieux qui font l'histoire.

3. Pour surmonter cette difficulté liée aux circonstances de l'espèce, la Cour n'était pourtant pas contrainte d'émettre des conjectures sur des fragments d'effectivités alors qu'elle aurait pu, au lieu de cela, recourir à des présomptions de droit bien établies applicables à l'interprétation du texte et du contexte de la convention de 1891. Plus précisément, lorsque les éléments de preuve produits étaient douteux ou imprécis — ce qui était fréquemment le cas —, la Cour aurait pu appliquer le droit de la preuve pour éclaircir non seulement les questions qui sont au centre de cette affaire, mais également pour dégager, au bénéfice des Parties à la présente instance et de celles aux instances futures, les principes applicables grâce auxquels le droit jette la lumière sur ce qui est ambigu à l'œil nu.

4. Une présomption de droit s'appuie sur le sens commun pour procéder à une déduction rationnelle du connu à l'inconnu. De telles déductions se cristallisent en des principes ou maximes bien connus, comme le principe *res ipsa loquitur*. Une présomption réfragable peut être infirmée par des preuves contraires, ou par l'application d'une présomption de preuve plus forte, telle que le principe de la responsabilité objective. En un sens, une présomption réfragable reporte donc la charge de la preuve sur la partie qui tente de réfuter la déduction qui en est tirée.

5. En quoi cela concerne-t-il le différend sur deux minuscules îles au large de Bornéo? J'estime que, lorsque deux Etats puissants, dont l'histoire a été marquée à la fois par des conflits et par la coopération, négocient une convention délimitant une longue frontière commune dans une région lointaine de leurs colonies, la Cour devrait présumer que cette frontière a pour objet de couvrir tous les points de la zone représentant une source potentielle de conflit.

6. Au lieu de cela, la Cour s'est fondée sur une interprétation étroite d'effectivités qui (ainsi qu'elle-même le reconnaît) sont pétries d'ambiguïtés. Je suis en désaccord avec l'arrêt non pas parce que je pense que des juges raisonnables n'auraient pu statuer comme l'a fait cette Cour, mais parce qu'une juridiction visionnaire aurait dû saisir l'occasion qui lui était présentée ici de clarifier le droit procédural de la preuve — c'est-à-dire ce qui a trait aux présomptions — applicable à l'interprétation des traités dont l'objet est de résoudre des conflits de territoire et de souveraineté. Une présomption s'impose ici clairement: lorsqu'un traité définit une ligne frontière ou un principe d'attribution de territoire, il devrait, en l'absence de la preuve d'une intention contraire, être interprété aussi largement que nécessaire pour résoudre tout conflit de souveraineté. Comme je tenterai de le démontrer dans la huitième partie ci-après, une telle présomption s'accorde aussi bien avec le bon sens qu'avec la pratique judiciaire.

7. En l'espèce, la ligne définie par la convention de 1891 entre la Grande-Bretagne et les Pays-Bas à l'extrémité orientale de l'objet de l'accord (la ligne 4° 10') aurait dû, à défaut de preuve du contraire, être présumée s'appliquer de manière générale à l'ensemble de la zone de contiguïté des territoires des Parties à l'est de Sebatik. Autrement dit, la charge de la preuve aurait dû peser sur ceux qui tentaient de réfuter la présomption selon laquelle l'accord était à la fois exhaustif et définitif. Un traité comme celui-ci, neutralisant une aussi vaste zone de conflit potentiel, occupe une place à part: il a pour objet de transformer une zone de conflit en une zone de paix. Son but n'exige pas seulement du respect mais de la générosité. Il ne doit pas être interprété de façon étroite et pointilleuse, comme s'il s'agissait d'un contrat de vente de céréales.

8. Certes, la présente affaire concerne de très petites îles. Pourtant, le caractère limité de l'objet du différend ne signifie pas pour autant que ce dernier ne constitue pas pour la Cour une bonne occasion de préciser des points de droit importants. Les questions juridiques soulevées en l'espèce se sont déjà posées et se poseront encore dans d'autres contextes, plus denses. La décision de la Cour n'explique malheureusement pas les normes applicables. Indépendamment de la question de savoir quelle est la partie qui emporte l'affaire, c'est l'ordre juridique international qui est perdant lorsque la Cour manque, dans l'ensemble, d'examiner les points de droit soulevés par une affaire, se contentant au lieu de cela de trancher des éléments de fait mineurs à partir d'éléments de preuve ambigus, et n'explicitant que peu d'aspects susceptibles d'enrichir le *corpus juris*.

2. LE RÔLE DU JUGE *AD HOC*

9. Avant d'approfondir ces questions, il me semble conforme à l'intérêt que je porte au développement du *corpus juris* de me prononcer sur le rôle qui, selon moi, devrait être celui du juge *ad hoc*. Ce sujet a rarement été abordé par les personnes nommées à cette fonction particulière, à l'exception du juge *ad hoc* Lauterpacht, dans l'opinion individuelle qu'il a rendue dans le cadre de la procédure d'indication de mesures conservatoires en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993 (C.I.J. Recueil 1993, p. 408-409, par. 4-6); voir également l'opinion dissidente du juge *ad hoc* Palmer, à l'occasion de la *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, ordonnance du 22 septembre 1995 (C.I.J. Recueil 1995, p. 420-421, par. 118). Je souscris entièrement à la précieuse analyse de M. Lauterpacht, dont il ressort essentiellement que le juge *ad hoc*, conformément à la déclaration solennelle que lui impose l'article 20 du Statut, doit exercer ses fonctions en pleine impartialité et en toute conscience, tout en étant:

«spécialement tenu de veiller à ce que, dans toute la mesure possible, chacun des arguments pertinents de la partie qui l'a désigné ait été pleinement pris en considération au cours de l'examen collégial et soit, en fin de compte, reflété — à défaut d'être accepté — dans sa propre opinion individuelle ou dissidente» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 409, par. 6).

Comme l'a indiqué le juge *ad hoc* Nicolas Valticos, le juge *ad hoc* n'est pas un simple représentant de l'Etat qui l'a désigné. On relève en particulier que l'un d'entre eux, le juge *ad hoc* Suzanne Bastid, a même adopté, au fond, une position contraire à celle de l'Etat qui l'avait nommée (voir Nicolas Valticos, «L'évolution de la notion de juge *ad hoc*», *Revue hellénique de droit international (RHDI)*, vol. 50, 1997, p. 11-12; et Hubert Thierry, «Au sujet du juge *ad hoc*», *Liber Amicorum «In Memoriam» of Judge José Maria Ruda*, 2000, p. 285).

10. Le cœur du problème est le suivant: le juge *ad hoc* doit à tout moment veiller à ce que l'argumentation de l'Etat qui l'a désigné soit pleinement examinée par la Cour, qu'elle convainque ou non la majorité des juges. Entre mars 1948 (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*) et juillet 2002 (*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*), des juges *ad hoc* ont siégé devant cette Cour dans quarante-cinq affaires et cinquante-trois phases d'affaires. Parmi eux, vingt-neuf ont rédigé des opinions dissidentes, ce qui correspond à peu près au nombre de juges *ad hoc* désignés par les parties perdantes. Cela ne met pas pour autant en cause l'intégrité du statut de juge *ad hoc*, mais démontre au contraire que, lorsqu'un Etat perd une affaire, le juge *ad hoc* qu'il a désigné se voit d'autant plus dans l'obligation de veiller à ce que l'arrêt de la Cour rende compte, de façon exacte et exhaustive, de l'examen attentif que celle-ci a pu faire de l'argumentation de l'Etat perdant. La rédaction de l'opinion dissidente atteste de la richesse de la procédure de délibération collégiale appliquée par la Cour.

11. L'opinion dissidente a donc de multiples fonctions. Elle montre à la partie perdante que son argumentation, loin d'avoir été négligée, a été abondamment étudiée par l'ensemble de la Cour. Elle contribue, lors de la délibération, à un échange raisonné et équilibré des travaux de recherche et des observations écrites entre les juges. Elle peut même proposer aux milieux juridiques des principes de droit et des nuances d'analyse qui, s'ils ne sont pas retenus dans l'affaire en question, pourraient l'être dans un autre contexte, encore imprévu.

12. Le juge *ad hoc*, comme tout autre juge auteur d'une opinion individuelle, a droit à une liberté absolue. Pour que celle-ci soit préservée, il faut qu'elle soit utilisée. Comme le juge *ad hoc* Bula-Bula l'a expliqué, «la liberté semble caractériser la pratique judiciaire [des juges *ad hoc*]» (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Bel-*

gique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 100, par. 2, opinion individuelle du juge *ad hoc* Bula-Bula). Cette liberté consiste bien sûr tout simplement à écrire ce que l'on veut: être le seul auteur de l'opinion, libre du besoin que peut parfois avoir une majorité de trouver un terrain d'entente par le biais de compromis et d'une ambiguïté créatrice.

3. LES PRINCIPAUX POINTS LITIGIEUX

13. Que l'arrêt de la Cour apporte des réponses ambiguës à certaines des questions posées en l'affaire est tout aussi manifeste que cela était sans doute inévitable compte tenu du manque relatif de faits clairs et déterminants.

14. Les trois principaux points en litige tels qu'ils ressortent des écritures et de l'arrêt rendu par la Cour sont les suivants:

- 1) la convention de 1891 doit-elle être lue comme prolongeant vers le large la ligne «frontière» 4° 10' de manière à procéder à l'attribution des îles situées à l'est de la côte orientale de Sebatik?
- 2) existerait-il au contraire une «chaîne de succession du titre» en vertu de laquelle la souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan aurait appartenu au sultan de Sulu, qui l'aurait transmise à l'Espagne, laquelle l'aurait transmise aux Etats-Unis, qui l'auraient transmise à la Grande-Bretagne, laquelle l'aurait enfin transmise à la Malaisie? et
- 3) en admettant que les réponses aux questions 1) et 2) soient négatives, le statut indéterminé qui aurait dès lors été celui des deux îles en litige (*terra nullius*) pourrait-il être considéré comme réglé en faveur de l'une ou l'autre Partie de par une prépondérance d'effectivités?

4. ANALYSE DES RÉPONSES APPORTÉES PAR LA COUR

15. La Cour répond aux questions 1) et 2) par la négative: elle déclare que la convention de 1891 n'est pas applicable à Pulau Ligitan et Pulau Sipadan, et ne relève pas de «chaîne de succession du titre» déterminante qui conduirait à une souveraineté de la Malaisie sur ces îles. La Cour se fonde par conséquent sur le poids respectif des effectivités invoquées par les Parties pour conclure que celles de la Grande-Bretagne et de la Malaisie sont supérieures à celles de l'Indonésie.

16. J'exposerai dans la section suivante les raisons pour lesquelles je suis en désaccord avec la réponse donnée par la Cour à la question n° 1. Je souscris en revanche pleinement à la réponse qu'elle apporte à la question n° 2. Pour les raisons précisément indiquées dans l'avis de la majorité, je rejette la théorie de la Malaisie fondée sur la «chaîne de succession du titre» au motif qu'elle n'est pas étayée par les faits invoqués à son appui. Il est inutile de reprendre ici les conclusions de la Cour sur ce point, auxquelles je souscris totalement.



17. Il me paraît difficile — et même, à dire vrai, superflu — de répondre catégoriquement à la question n° 3. Je ne suis pas d'accord — mais je ne suis pas non plus en total désaccord — avec la façon dont la Cour pèse les effectivités invoquées par l'Indonésie et la Malaisie à l'appui de leurs prétentions respectives au titre. Opposer, d'une part (pour la Grande-Bretagne ou la Malaisie), l'administration occasionnelle du ramassage des œufs de tortue et d'un refuge pour oiseaux (ces actes d'administration n'étant apparemment pas exercés *in situ*) ainsi que la mise en place de quelques feux de navigation à, d'autre part (pour l'Indonésie), des patrouilles aériennes et navales et des mesures visant à combattre la piraterie, revient pour moi à tenter de comparer précisément le poids d'une poignée de plumes au poids d'une poignée d'herbe: cela peut être fait mais pas de façon très convaincante. La Cour n'a pas établi d'échelle cohérente qui permettrait d'évaluer et de comparer les effectivités invoquées en l'espèce; mais elle n'avait pas non plus lieu de le faire, étant donné la nature éphémère de celles-ci. Toutefois, le raisonnement n'est guère convaincant qui consiste à privilégier un tout petit nombre d'activités exercées par une partie tout en rejetant celles de la partie adverse sans s'être efforcé d'établir des principes neutres destinés à évaluer le poids respectif des effectivités alléguées.

18. Le problème du poids respectif des effectivités se trouve encore aggravé par la brièveté de la période au cours de laquelle celles-ci peuvent être dûment invoquées. Il n'a pas été prouvé devant cette Cour que, avant 1930, la Grande-Bretagne pensait détenir un titre sur Ligitan ou Sipadan. Quels que soient les actes administratifs mineurs accomplis avant cette date par la British North Borneo Company, celle-ci n'a jamais affirmé qu'ils l'avaient été à titre de souverain. Comme l'a indiqué le juge Huber dans l'affaire de l'*Ile de Palmas*, la démonstration des effectivités doit consister «dans l'exercice réel des activités étatiques, tel qu'il appartient à la seule souveraineté territoriale» (arbitrage relatif à l'*Ile de Palmas* (*Pays-Bas/Etats-Unis d'Amérique*), *sentence du 4 avril 1928*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 839 (traduction française: Ch. Rousseau, *Revue générale de droit international public*, t. XLII, 1935, p. 164)). Pour pouvoir être qualifiées d'effectivités, les activités doivent relever non pas d'une politique de bon voisinage ou d'une ingérence gratuite, mais de l'exercice de la souveraineté territoriale. Dans l'affaire de l'*Ile de Kasikilil Sedudu* (*Botswana/Namibie*), la Cour n'a pas considéré comme constituant une occupation à titre de souverain les activités agricoles des pêcheurs (*arrêt*, *C.I.J. Recueil 1999*, vol. II, p. 1095, par. 75); le même principe s'applique aux ramassages d'œufs de tortue. De la même manière, la construction par la Malaisie de phares sur Ligitan et Sipadan peut ou non constituer en elle-même une occupation à titre de souverain, sans qu'il y ait lieu de se référer à la convention de 1891. Il reste que, selon la sentence arbitrale rendue le 9 octobre 1998 entre l'Erythrée et le Yémen: «assurer le fonctionnement ou l'entretien de phares et d'aides à la navigation est normalement lié à la sécurité de la na-

vigation et n'est normalement pas considéré comme un critère de souveraineté» (*sentence rendue par le tribunal arbitral dans la première étape de la procédure (souveraineté territoriale et champ du différend)*, 9 octobre 1998, p. 91, par. 328; voir, dans le même sens, *Minquiers et Ecréhous, arrêt, C.I.J. Recueil 1953*, p. 70-71).

19. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le territoire fait l'objet de revendications de souveraineté concurrentes fondées sur un titre conventionnel, contre lequel de simples effectivités ne se sont vu reconnaître qu'une faible valeur probante (*Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 472, par. 181; *ibid.*, p. 516, par. 266). Comme la Cour l'a précisé, là «où le territoire objet du différend est administré effectivement par un Etat autre que celui qui possède le titre juridique, il y a lieu de préférer le titulaire du titre» (*Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 587, par. 63). En outre, «les actes ... courants et d'un caractère administratif, accomplis par des fonctionnaires locaux ...» ont été, dans l'affaire relative à la *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, considérés insuffisants pour «déplacer la souveraineté belge établie par cette convention» (*arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 229). Les effectivités sont des épées de carton lorsqu'elles sont brandies contre un titre conventionnel. En l'espèce, c'est le titre découlant de la convention de 1891 que l'Indonésie revendiquait. Par conséquent, les effectivités mineures invoquées au nom de la Grande-Bretagne et de la Malaisie n'auraient pu avoir d'effet persuasif que s'il était apparu que la convention de 1891 n'avait pas réglé la question du titre sur Ligitan et Sipadan, ce qui à mon sens n'était pas le cas (voir ci-après).

20. De surcroît, en 1969, les possibilités ouvertes à l'exercice de nouvelles effectivités ont pris fin. Par leur accord de *statu quo* (décrit par l'agent de l'Indonésie dans le CR 2002/27, p. 16-17, par. 13-18), les Parties ont effectivement fixé la date critique au-delà de laquelle de nouveaux actes ou faits ne pourraient être invoqués à l'appui de la thèse de l'une ou l'autre Partie. La preuve de nouvelles effectivités, comme la création d'un centre de plongée sous-marine, est irrecevable comme preuve du titre malaisien.

21. Si j'étais prêt à comparer le poids de la poignée d'effectivités avérées de la Malaisie à celui des effectivités de l'Indonésie, il serait concevable que je me range à l'avis de la majorité. Mais même en admettant, pour les besoins de l'argumentation, que je partage l'avis de la Cour selon lequel quelques œufs de tortue et quelques feux de navigation ont effectivement plus de poids que le voyage du HNLMS *Lynx*, cela ne me ferait pas pour autant changer d'avis. J'estime qu'il s'agit là d'actes symboliques, dépourvus de valeur juridique. Pour que les effectivités jouent un quelconque rôle, elles doivent être non seulement accomplies à titre de souverain, mais aussi sur une *terra nullius* ou, tout au moins, sur un territoire dont le titre n'a pas été définitivement attribué. La Malaisie et

l'Indonésie ont toutes deux soutenu qu'à l'époque des faits ni Ligitan ni Sipadan n'étaient *terra nullius* — et tel est également mon avis. J'en viendrai maintenant au seul instrument juridique solide qui ait été présenté à la Cour : la convention du 20 juin 1891 entre la Grande-Bretagne et les Pays-Bas. Interprété correctement, cet instrument l'emporte sur n'importe quelle revendication fondée sur des effectivités.

5. LA CONVENTION DE 1891

22. Si la convention de 1891 entre la Grande-Bretagne et les Pays-Bas était applicable à Pulau Ligitan et Pulau Sipadan, elle jouerait alors un rôle déterminant en l'espèce. Mais est-ce le cas ? Cette convention définit, à son article IV, une ligne commençant sur la côte orientale de Bornéo à une latitude de 4° 10' et se poursuivant vers l'est «à travers l'île de Sebittik...». La question au cœur du litige est celle de savoir si les termes par lesquels l'article IV attribue le territoire situé au nord de cette ligne à la British North Borneo Company et «la partie située au sud du parallèle ... aux Pays-Bas» doivent être interprétés comme signifiant que la ligne devait s'arrêter à hauteur de la côte orientale de «Sebittik», ou plutôt comme signifiant que celle-ci devait se continuer — et poursuivre sa fonction attributive — vers l'est. Dans le premier cas, la convention de 1891 ne concernerait donc en rien le titre sur Ligitan et Sipadan, ce qui justifierait que la Cour reporte son attention sur des effectivités ultérieures. Dans le second cas, en revanche, la convention attribuerait Ligitan et Sipadan aux Pays-Bas, ce qui rendrait inutile de se reporter à des effectivités ultérieures à moins qu'il ne soit prouvé que les Pays-Bas avaient abandonné leur titre.

23. Que dit alors (si tant est qu'elle en dise quelque chose) la convention de 1891 au sujet des deux îles en litige ? Rien. Mais la Cour ne devrait pas s'arrêter là dans sa recherche du sens de la convention. Plus précisément, quel élément du droit procédural pourrait aider la Cour dans sa tâche d'interprétation de la convention de 1891 ?

24. La convention de Vienne sur le droit des traités constitue le premier élément sur lequel doit s'appuyer la Cour pour rechercher les principes juridiques applicables. Son article 31 pose pour principe que le texte d'un traité doit être interprété suivant son «sens ordinaire» et à la lumière de l'«objet» et du «but» dudit traité. La Cour reconnaît, comme les Parties, qu'elle doit suivre ces deux principes du droit procédural, qui imposent de rechercher le «sens ordinaire» des termes ainsi que l'«objet» et le «but» généraux de la convention selon son contexte.

6. LE PRINCIPE DU «SENS ORDINAIRE»

25. La Cour doit donc en premier lieu donner aux termes de l'article IV leur «sens ordinaire». L'expression clef est ici «à travers l'île de

Sebittik». Si la Malaisie a effectivement insisté sur le fait que ces mots devaient être lus comme sous-entendant les termes «sans aller plus loin», l'Indonésie a pour sa part soutenu que l'expression pouvait être interprétée comme sous-entendant la précision «et au-delà». Malheureusement, aucune des Parties n'a pu démontrer que le sens ordinaire de «à travers l'île de Sebittik» sous-entendait nécessairement l'une ou l'autre précision. Tout simplement, selon l'usage ordinaire, le terme «à travers» peut aussi bien signifier «à travers et au-delà» que «à travers sans aller plus loin». Il n'y a pas un sens «ordinaire» unique, il y en a plusieurs, aussi valables les uns que les autres. Quelle que soit la façon dont on les examine, ils ne permettent pas de résoudre l'énigme de l'applicabilité de l'article IV à Ligitan et Sipadan.

7. LE PRINCIPE DE L'«OBJET» ET DU «BUT»

26. Ce qui précède ne saurait pour autant signer la fin de nos efforts tendant à dégager le sens et l'intention de la convention. L'article 31 de la convention de Vienne appelle également à une interprétation des traités conformément à leur «objet» et à leur «but». La décision de la commission frontalière érythro-éthiopienne relative à la *Délimitation de la frontière entre l'Erythrée et la République fédérale démocratique d'Éthiopie* du 13 avril 2002 va dans ce sens (par. 3.4), et montre que, au moment où elle a été rendue, les dispositions clefs de la convention de Vienne faisaient déjà partie du droit coutumier applicable en matière d'interprétation des traités.

27. Si le texte de la convention ne permet pas de faire aisément ressortir un «sens ordinaire», il permet en revanche d'en identifier assez facilement l'«objet» et le «but». Le préambule de la convention de 1891 entre les Pays-Bas et la Grande-Bretagne énonçait en effet son but, à savoir «définir les frontières entre les possessions des Pays-Bas sur l'île de Bornéo et les Etats de cette île qui sont sous protection britannique», d'où le fait que les parties aient «résolu de conclure une convention à cet effet ... à ces fins». L'histoire des négociations qui aboutirent à la convention montre encore plus clairement l'étendue de ce but. Les parties voulaient régler une fois pour toutes les problèmes qui pourraient se poser entre deux puissances coloniales voisines. Auraient-elles pu, alors, délibérément laisser de côté deux îlots situés 50 milles environ à l'est — ou même, d'ailleurs, d'autres parcelles de leurs possessions sur Bornéo —, ouvrant la voie à de futures contestations, sans tenir compte du fait que cela risquait de remettre en question le caractère définitif — de toute évidence recherché — du règlement? Car c'était bien à une solution définitive qu'aspiraient les parties: c'était là l'objet et le but de leur accord. La présomption selon laquelle l'intention des parties était de trouver une solution définitive jouant un rôle central dans la décision rendue par la Cour en l'affaire du *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, lorsqu'elle jugea que le règlement de frontière entre la France et la

Thaïlande de 1904 à 1908 devait être interprété comme visant à «aboutir à une solution certaine et définitive» dans une région où de «très longues frontières» avaient été «la source d'incertitudes, de troubles et de frictions» entraînant un état de «tension croissante» (*fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 34). Pourquoi la Cour n'a-t-elle pas présumé que la convention de 1891 avait le même objet et le même but?

28. Selon la Malaisie, en se déclarant «désireuses de définir les frontières entre les possessions des Pays-Bas sur l'île de Bornéo et les Etats de cette île qui sont sous protection britannique» (*mémoire de la Malaisie*, vol. 1, p. 89, par. 8.7), les parties n'avaient d'autre intention que de conclure «un traité de frontière terrestre» (*ibid.*, par. 8.8) qui, selon les termes de l'article I de la convention de 1891, définirait seulement «la frontière entre les possessions des Pays-Bas à Bornéo et celles des Etats de cette île sous protection britannique» (*ibid.*). Pour la Malaisie, l'emploi des termes «à Bornéo» dans le traité conditionne l'ensemble de cet instrument qui ne concerne dès lors que les possessions néerlandaises et britanniques sur cette île immense — à l'exception de Sebatik, expressément visée à l'article IV — et sur elle seule.

29. L'Indonésie soutient au contraire que les parties, en rédigeant la convention de 1891, étaient «motivées par la volonté de mettre fin une fois pour toutes à leurs problèmes territoriaux dans la région» (réplique de l'Indonésie, vol. 1, p. 16, par. 1.24 c)), ce qui explique le choix de la ligne 4° 10', partant de Broershoek et «se continu[ant] vers l'est le long du même parallèle» (art. IV). L'Indonésie affirme que cette ligne, «en passant au nord de Sipadan et Ligitan, prouve que [, selon les parties, le titre sur les deux îles] appart[enaît] aux Pays-Bas (aujourd'hui à l'Indonésie)» (réplique de l'Indonésie, vol. 1, p. 16, par. 1.24).

30. D'autres preuves viennent étayer l'argument de l'Indonésie, notamment un procès-verbal du Foreign Office proposant une ligne de compromis qui, bien qu'étant située le long du parallèle 4°, et par conséquent au sud de la ligne 4° 10', se trouve à l'est du méridien 118° 44' 30", nettement à l'est de Sipadan (mais pas de Ligitan); les Britanniques, tout au long des négociations, avaient donc également à l'esprit une ligne d'attribution s'étendant à des territoires situés au large et à l'est de Sebatik (réplique de l'Indonésie, vol. 1, p. 21, par. 1.31; et p. 22, carte n° 1).

31. De la carte jointe au mémorandum explicatif par lequel le Gouvernement néerlandais demanda à son Parlement (les Etats-généraux) de ratifier la convention de 1891 conformément à la Constitution néerlandaise et à l'article VIII de ladite convention, il ressort que les Néerlandais avaient certainement à l'esprit une ligne se prolongeant vers l'est au-delà de Sebatik. Cette carte (*mémoire de l'Indonésie*, vol. 1, p. 88, carte n° 5.2) représente la ligne 4° 10' convenue comme se prolongeant bien au-delà de Sebatik, quoique en deçà de Ligitan et de Sipadan. Nous verrons plus loin si, compte tenu du fait que le Gouvernement britannique avait connaissance de la carte et ne la contestait pas, il peut être soutenu que celui-ci avait accepté le prolongement de la ligne 4° 10'. Qu'il suffise pour

l'instant de noter que, selon cette carte, le Gouvernement néerlandais estimait que la ligne 4° 10' devait se prolonger plus à l'est que la côte orientale de Sebatik; autrement dit que, pour les Pays-Bas, l'expression «à travers Sebbitik» de l'article IV de la convention signifiait «à travers et au-delà» plutôt que «à travers sans aller plus loin».

32. En outre, le Gouvernement britannique n'ignorait pas le point de vue du Gouvernement néerlandais. Les Parties reconnaissant toutes deux que le mémorandum explicatif du Gouvernement néerlandais et la carte qui y était jointe furent publiés et étaient disponibles et que, par l'intermédiaire de sir Horace Rumbold, le ministre britannique à La Haye, la carte, qu'il qualifia de «seul élément intéressant» du mémorandum, fut communiquée au Gouvernement britannique. Elles s'accordent aussi quant au fait que la carte fut dûment enregistrée, sans objection ni commentaire. Selon moi, cela démontre pour le moins que le Gouvernement britannique, tout comme le Gouvernement néerlandais, ne pensait pas que la ligne 4° 10' établie par la convention de 1891 prenait fin sur la côte orientale de Sebatik. En outre, le Gouvernement britannique, suivant de près les débats au Parlement néerlandais, aurait très bien pu entendre (ou lire) la déclaration publique faite devant la première Chambre par le ministre néerlandais des colonies, M. van Dedem, dans laquelle celui-ci expliquait que le traité était destiné à prévenir des conflits et à régulariser les relations «tant à Bornéo même que sur les petites îles voisines» (mémoire de l'Indonésie, vol. 1, p. 94, par. 5.61; *ibid.*, note 102). Cela ne pouvait guère surprendre, au vu du contexte. En effet, n'aurait-ce pas été beaucoup plus étonnant que M. van Dedem explique que la convention avait pour objet de prévenir les conflits à Bornéo *mais pas dans les petites îles voisines*?

33. Ces éléments révèlent quels étaient l'objet et le but des parties lorsqu'elles concluent la convention de 1891. Le fait que la convention mentionne dans son préambule l'«île de Bornéo» ne constitue pas, selon moi, une démonstration *a contrario* qu'un traité visant «Bornéo» doive exclure ces minuscules îles situées à une courte distance (57,6 milles s'agissant de Ligitan, qui est l'île la plus éloignée des deux) à l'est de Sebatik. Est-il crédible de penser que, si les parties avaient pu imaginer en 1891 que Ligitan et Sipadan constitueraient peut-être un jour l'objet de controverses, elles auraient néanmoins délibérément choisi de ne traiter que plus tard ces sources potentielles de problèmes? Se seraient-elles dit l'une à l'autre: «Voyons qui luttera avec le plus d'efficacité contre la piraterie dans ces îles, ou qui y administrera au mieux le ramassage des œufs de tortue?» Est-il réaliste de soutenir que, pour que puisse être écartée une interprétation étroite des parties — à savoir leur intention de définir leur frontière commune «à Bornéo» telle qu'elle est exprimée dans le préambule de la convention de 1891 —, celles-ci auraient dû, au lieu de cela, écrire «à Bornéo, Ligitan et Sipadan»? Est-il même réaliste de soutenir que les parties auraient dû au moins faire expressément mention, à l'article IV, de ces minuscules îles en sus d'une île beaucoup grande et beaucoup plus importante d'un point de vue stratégique, Sebatik, risquant d'entraîner ainsi un effet *inclusio unis est exclusio alterius* à l'égard des autres récifs et îlots non mentionnés?

34. D'aucuns ont pu soutenir que l'intention des Parties, ainsi que l'objet et le but de la convention de 1891, peut être déduite de la façon dont elles ont par la suite traité Ligitan et Sipadan. Les éléments ne sont pourtant guère nombreux qui pourraient étayer cette thèse. La commission de délimitation de 1912 commença son travail de démarcation en direction de l'ouest à partir de la côte orientale de Sebatik : c'est ce que montre la carte jointe à l'accord de 1915. Mais peut-on encore conclure de celle-ci ? Le but de la démarcation était de fixer plus précisément la frontière terrestre entre les possessions néerlandaises et britanniques. Il n'y avait à l'est de Sebatik aucune frontière terrestre à démarquer, puisque la ligne 4° 10' ne traversait donc pas de territoire. Ligitan et Sipadan se trouvaient au sud de ce parallèle, qui ne les traversait pas. En tout état de cause, puisque la convention de 1891 n'avait pas pour objet l'attribution d'une souveraineté sur les eaux adjacentes à l'est de Sebatik, et puisque le parallèle 4° 10' ne poursuit ni n'avait besoin d'être démarqué (cette ligne tracée sur les eaux étant parfaitement virtuelle), le fait que l'accord et la carte de 1915 n'aient pas plus tenu compte de cette zone ne prouve rien.

35. La pratique des Parties en matière d'attribution de concessions d'exploration pétrolière est plus parlante au regard du sens qu'elles attribuent à la convention de 1891. Il est manifeste ici que, dans les années soixante, tant la Malaisie que l'Indonésie pensaient que la ligne 4° 10' se prolongeait en mer bien à l'est de Sebatik, car les deux Etats octroyèrent des concessions offshore en respectant précisément une limite située à 30'' en deçà de la ligne 4° 10'. Aucune autre raison n'ayant été avancée pour expliquer cette circonstance ; la coïncidence est hautement révélatrice. La Cour a eu l'occasion d'affirmer que, si les concessions pétrolières ne sauraient modifier des délimitations antérieures, « l'existence d'un accord exprès ou tacite entre les parties sur l'emplacement de leurs concessions pétrolières respectives peut indiquer un consensus sur les espaces maritimes auxquels elles ont droit » (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 448, par. 304). En l'espèce, le comportement des Parties pourrait bien confirmer l'identité de leur position quant à la valeur de la ligne 4° 10' dans la zone située à l'est de Sebatik, position qui ne permettrait pas à la Malaisie de revendiquer les deux îles en litige. La Cour, dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, avait attribué à des concessions compatibles octroyées par les parties la même valeur, c'est-à-dire celle de preuve d'un accord *de facto* entre elles (arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 84, par. 117). Une telle déduction aurait fort bien pu trouver écho dans la présente décision.

8. LA PRÉSOMPTION DU CARACTÈRE DÉFINITIF ET COMPLET DES FRONTIÈRES ÉTABLIES

36. Malgré tout, ni les termes de la convention de 1891 ni les minces preuves de ce qu'avaient pu être l'objet et le but des parties en concluant la

convention ne permettent de déterminer avec certitude si la ligne 4° 10' *était*, ou *n'était pas*, considérée comme devant se poursuivre aussi loin à l'est de Sebatik que Ligitan et Sipadan. Ce qui semble assez clair, c'est que les Pays-Bas signèrent l'accord en ayant à l'esprit que la ligne 4° 10' se prolongeait à l'est de Sebatik et que, bien à la veille des négociations qui aboutirent à la convention, les Britanniques pensaient également que la ligne retenue en direction de l'est pouvait se prolonger à l'est de Bornéo au-delà de Sebatik.

37. Toutefois, nous ne savons pas jusqu'où à l'est les parties pensaient que la ligne s'étendait. Une explication probable au fait qu'aucune des deux parties n'ait fixé de point terminal à la ligne 4° 10' pourrait être qu'elles ne savaient sans doute pas exactement où cette ligne commencerait à empiéter sur les titres de l'Espagne (ou de Sulu). Si la souveraineté néerlandaise s'étendait indubitablement plusieurs centaines de milles au sud de n'importe quelle limite orientale donnée, l'étendue des possessions britanniques au nord d'un tel point terminal aurait été, en 1891, loin d'être claire. Il a donc pu sembler prudent alors de ne pas fixer le point terminal, à l'est, de la ligne 4° 10', puisque la longueur de celle-ci ne pouvait véritablement mettre en cause la juridiction britannique ou néerlandaise, mais aurait été susceptible, en revanche, de préoccuper inutilement l'Espagne (ou Sulu). Certes, il s'agit là également de simples suppositions. Une fois de plus, la seule chose dont nous soyons certains est que les Pays-Bas pensaient que la convention de 1891 avait défini une ligne 4° 10' qui se prolongeait à l'est de Sebatik, et que les Britanniques, tout en ayant connaissance de cela, n'émirent aucune objection.

38. Compte tenu de ces nombreuses incertitudes, deux voies divergentes s'offraient en gros à la Cour. Celle-ci pouvait soit régler la question en comparant le poids respectif des quelques vraies effectivités invoquées par chaque Partie, soit énoncer une présomption juridique qui aurait servi à lever les doutes nés de l'examen des termes, du but et du contexte de la convention de 1891. Elle a privilégié la première solution. En ce qui me concerne, j'aurais préféré la seconde.

39. Dans la voie qu'elle a choisie, la Cour s'est largement fondée sur l'importance respective des preuves matérielles d'effectivités invoquées par chacune des Parties. Je ne peux que répéter que, pour moi, cette démarche n'est pas convaincante: elle revient à comparer le poids d'une poignée de plumes à celui d'une poignée d'herbe. En outre, la recevabilité de ces effectivités en tant que preuves est subordonnée à l'absence de tout titre juridique conventionnel. Telle est la conclusion à laquelle est parvenue la Chambre de la Cour en l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* (arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 586-587, par. 63). Les effectivités — et c'est le cas en la présente espèce — ne sauraient être invoquées que lorsque est présumée l'absence de tout titre juridique.

40. Si la convention de 1891 a effectivement conféré un titre juridique à l'une des Parties, les effectivités ne peuvent l'emporter sur ce titre, à moins qu'il ne soit démontré que celui-ci a été abandonné (*Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, arrêt, C.I.J.

Recueil 1959, p. 227-230). Mais la convention de 1891 établit-elle bien un tel titre? Nous avons déjà relevé les ambiguïtés du texte. Voici, selon moi, ce qui a été démontré: le traité définissait une ligne, les Néerlandais pensaient que celle-ci se prolongeait à l'est de l'île de Sebatik, et les Britanniques ne contestèrent pas cette interprétation. Tout le reste n'est que supposition.

41. Cette ligne se prolongeait-elle assez à l'est — au moins jusqu'à la longitude 119° est — pour attribuer aux Pays-Bas le titre sur deux minuscules îles situées juste au sud de la latitude 4° 10'? Les ambiguïtés ne peuvent être levées en se raccrochant désespérément à des faits encore plus ténus. La carte de 1915 pourrait tout autant prouver quelque chose qu'elle pourrait ne rien prouver, étant donné le mandat restreint de la commission qui l'établit. D'autres «faits» peuvent également donner lieu à des interprétations divergentes. Au lieu de s'appuyer sur ces faits, la Cour aurait pu — et, selon moi, aurait dû — s'appuyer sur le principe d'interprétation ou de procédure du droit de la preuve constitué par la présomption énoncée pour la première fois par la Cour permanente de Justice internationale dans son avis consultatif de 1925 relatif à l'*Interprétation de l'article 3, paragraphe 2, du traité de Lausanne*:

«Il est naturel que tout article destiné à fixer une frontière soit, si possible, interprété de telle sorte que, par son application intégrale, une frontière précise, complète et définitive soit obtenue.» (*C.P.J.I. série B n° 12, 1925, p. 20.*)

Comme nous l'avons relevé, l'article IV de la convention de 1891 était «destiné à fixer une frontière» (*ibid.*) La convention peut certainement être «interprété[e] de telle sorte que, par son application intégrale, une frontière précise, complète et définitive soit obtenue» (*ibid.*), non seulement sur Bornéo et Sebatik, mais aussi dans les espaces adjacents susceptibles de donner lieu à contestations. Pourquoi, alors, avoir négligé une telle interprétation? La Cour aurait dû retenir cette présomption positive selon laquelle, en l'absence de solides preuves du contraire, un traité conclu entre deux Etats en vue de mettre fin à leurs différends territoriaux et de prévenir tout litige doit être lu de la façon la mieux à même d'assurer la réalisation de l'objectif présumé, qui est d'éviter que ne surgisse entre eux un quelconque différend de cette nature.

42. Dans son opinion individuelle en l'affaire du *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, le juge Shahabuddeen estima que le traité de délimitation coloniale en cause devait «être interprété[e] de telle manière qu'il fournisse une définition exhaustive des frontières» (*arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 44*), sauf «raisons impératives d'effet contraire» (*ibid.*) Le juge Shahabuddeen releva à juste titre que ce principe déductif ne pouvait s'appliquer aux «cas dans lesquels les zones contiguës sont si vastes qu'il est à la fois pratique et raisonnable pour les parties de convenir d'une frontière pour un secteur donné uniquement» (*ibid.*, p. 49). La «zone contiguë» de Ligitan et Sipadan n'est toutefois manifes-

tement pas «si vaste» qu'il aurait été «pratique et raisonnable» qu'elle fit l'objet d'un accord spécial en 1891. Le traité aurait par conséquent dû être interprété comme définissant l'intégralité de la frontière.

43. En l'espèce, la Cour aurait pu se fonder sur les précédents constitués par les affaires du *Traité de Lausanne* et du *Temple de Préah Vihear* pour confirmer la présomption juridique du caractère définitif des frontières fixées par un traité; autrement dit, lorsqu'un traité a pour but de définir une frontière, il devrait, *dans la mesure du possible*, être interprété comme ayant eu cet effet sur l'intégralité des territoires des parties qui se rencontrent, à moins que n'existent des preuves convaincantes que certaines zones n'étaient pas visées par l'attribution. La charge de prouver l'intention de créer une telle exception devrait toutefois peser sur la partie qui l'invoque.

44. Les présomptions sont des éléments nécessaires et bien établis tant dans la *common law* que dans les systèmes de droit romain; elles font partie intégrante du droit international public. Elles traduisent l'expérience de personnes partout dans le monde qui utilisent la déduction comme un outil essentiel d'une pensée et d'une action rationnelles. Ainsi, les présomptions font souvent l'objet d'adages reconnus dans différents systèmes juridiques (Henri Roland, Laurent Boyer, *Adages du droit français*, 3^e éd., 1992, p. 38; voir les exemples donnés sous le titre «Présomption», p. 1009). Comme M. Bin Cheng l'a expliqué:

«Il est légitime qu'un tribunal, sans aller jusqu'à dire de certains faits ou de certaines situations qu'ils sont exacts, en présume l'exactitude, laissant à la partie qui les conteste le soin de prouver qu'elle a raison. Ces présomptions servent de postulat au raisonnement juridique.» (Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1987, p. 304.)

«D'une façon générale, on peut dire que ce qui est normal, ordinaire ou hautement probable est présumé, et que tout ce qui est contraire à cela doit être démontré par la partie qui le conteste.» (*Ibid.*, p. 306.)

M. Thirlway donne la même explication, en citant plusieurs cas:

«les présomptions peuvent jouer, et jouent d'ailleurs, un rôle important en guidant le raisonnement d'un tribunal ... dans l'opération délicate qui consiste à établir l'intention d'un ou de plusieurs Etats ... Cela s'explique par le fait que les preuves matérielles claires d'une intention peuvent être très difficiles à trouver, voire même, étant donné la nature de la situation, ne pas exister.» (H. W. A. Thirlway, «Evidence before International Courts and Tribunals», dans *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 2, 1995, p. 303.)

45. En l'espèce, des preuves matérielles existent qui attestent que les Parties pensaient être en train de régler tous les problèmes territoriaux liés au chevauchement de leurs revendications coloniales dans la région de Bornéo. Même à supposer que ces preuves ne soient pas détermi-

nantes, elles suffisent sans aucun doute à invoquer la présomption réfragable, fondée sur le bon sens et l'expérience de la diplomatie et reconnue par plusieurs juridictions internationales, selon laquelle, lorsque des Etats négocient une frontière emportant attribution ou confirmation de leurs zones respectives de souveraineté sur des territoires, il devrait être présumé que, sauf preuve convaincante du contraire, leur intention est de régler toutes leurs prétentions litigieuses existantes et potentielles dans la région en question.

46. Si la Cour avait appliqué cette présomption juridique au différend qui opposait l'Indonésie à la Malaisie, elle aurait conclu, comme je le fais, que la convention de 1891 attribuait Ligitan et Sipadan aux Pays-Bas, c'est-à-dire à l'Indonésie aujourd'hui.

47. Sauf tout le respect que je dois à la Cour, je ne peux souscrire à sa décision.

(Signé) Thomas FRANCK.
