

## 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 demandé 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, qualifié 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 *a 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*

## DECLARATION OF JUDGE BENNOUNA

[*Translation*]

1. Although I voted in favour of the operative clause of the Judgment, I am not entirely convinced by all the Court's reasoning. That is why I thought it might be useful to explain my thinking by means of this declaration.

2. In general, whenever the Court has had to rule on a territorial dispute rooted in the colonial period of which the current protagonists are more or less victims, it has been faced with a real dilemma. This is why it has often wondered whether that period should be viewed through the lens of concepts current at the time, and which are those of the dominant colonial Powers, or whether it should reinterpret them in the light of subsequent developments in international law, above all since the adoption, in 1960, of United Nations General Assembly Declaration 1514 (XV) on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, regarded as the decolonization charter. While that concerns the problem of the application of international law in time, or "intertemporal law", here that problem arises in a situation not of the simple development of the rules and principles but of a genuine break characterized by the advent of the right of peoples to self-determination and the definitive condemnation of the distinction, perhaps dating back to the Roman Empire, between so-called "civilized" and so-called "barbarian" peoples, the former being destined to rule the latter.

3. So it is understandable that the Court should have shown some hesitation about venturing into the realm of colonial law as such for possible conclusions to the present situation, for fear that, as the principal judicial organ of the United Nations, the finger might be pointed at it for having sanctioned or legitimized this law *a posteriori*. This is how it found itself having to reinterpret the "mandate" system instituted by the League of Nations in favour, precisely, of the right of peoples to self-determination:

"an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation. In the domain to which the present proceedings relate, the last fifty years, as indicated above, have brought important developments. These developments leave little doubt that the ultimate objective of the sacred trust was the self-determination and independence of the peoples concerned. In this domain, as elsewhere, the *corpus iuris gentium* has been considerably enriched, and

*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:

«la notion de *terra nullius* a été utilisée pour justifier le contrôle et la juridiction sur certaines zones, très souvent peuplées d'autochtones qui n'étaient pas considérés comme égaux. A l'époque, le droit international reposait en grande partie sur l'idée qu'il existait un degré de civilisation permettant à une entité d'entrer dans la société internationale. Les critères requis étaient presque exclusivement européens, et aucune autre forme d'organisation sociale n'y satisfaisait.» (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 que, «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:

this the Court, if it is faithfully to discharge its functions, may not ignore.” (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1971*, pp. 31-32, para. 53.)

4. This same desire to interpret and apply certain concepts of colonial law in the light of the upheavals the world has seen with the phenomenon of decolonization and the emergence of a large number of new States onto the international stage led the Court to reassess the concept of *terra nullius* in its Advisory Opinion of 16 October 1975 in the *Western Sahara* case: “the State practice of the relevant period indicates that territories inhabited by tribes or peoples having a social and political organization were not regarded as *terrae nullius*” (*Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1975*, p. 39, para. 80).

5. From this the Court concluded that “in the case of such territories the acquisition of sovereignty was not generally considered as effected unilaterally through ‘occupation’ of *terra nullius* by original title but through agreements concluded with local rulers” (*ibid.*, p. 39). It was accepted that colonial law introduced the category of *terra nullius* to organize the apportionment of a number of non-European territories, which were open to colonization and thus regarded as “without a master”, the inference being without a declared European master. As E. Milano rightly noted:

“*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. Moreover, whether colonization was by agreement with local tribes or not had no bearing on the title to the territory of the European Power concerned, as the Court would emphasize in the case concerning *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*. After pointing out that “during the era of the Berlin Conference the European Powers entered into many treaties with local rulers” and that “Great Britain concluded some 350 treaties with the local chiefs of the Niger delta” (*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2002*, p. 404, para. 203), the Court adds:

«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.» (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, 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'exerçait 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» (*ibid.*, 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* (*ibid.*, 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<sup>e</sup> 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

“Even if this mode of acquisition does not reflect current international law, the principle of intertemporal law requires that the legal consequences of the treaties concluded at that time in the Niger delta be given effect today, in the present dispute.” (*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2002*, p. 405, para. 205.)

This same ambiguity, under cover of intertemporal law, is reflected in the way the structure of non-European States is taken into account in the colonial period, since the Court has accepted their specificity while nevertheless submitting them to the Westphalian criteria of sovereignty. I needed to draw attention to these hesitations between colonial law and contemporary law, which the mere reference to intertemporal law is insufficient to justify, in order to explain how far I could not fully share the Court’s reasoning in this case between Malaysia and Singapore on the issue of sovereignty over certain islets in the Straits of Singapore.

7. Hence the Court, on the assumption “that it is not disputed that the Sultanate of Johor, since it came into existence in 1512” (Judgment, para. 52), established itself as a sovereign State with a “certain” though indeterminate territorial domain under its sovereignty, took the view that its authority was exercised through ties of “allegiance” with the “Orang Laut, who inhabited or visited the islands in the Straits of Singapore, including Pedra Branca/Pulau Batu Puteh” (*ibid.*, para. 79).

8. The special structure of Johor (predecessor of Malaysia) in the colonial period was discussed in this case by reference to the Advisory Opinion on *Western Sahara* (*ibid.*, paras. 76-79), according to which:

“That the Sherifian State at the time of the Spanish colonization of Western Sahara was a State of a special character is certain. Its special character consisted in the fact that it was founded on the common religious bond of Islam existing among the peoples and on the allegiance of various tribes to the Sultan, through their caids or sheikhs, rather than on the notion of territory.” (*I.C.J. Reports 1975*, p. 44, para. 95.)

9. The Court, having thus paid tribute to the special character of the Moroccan State in 1884, which was part of a different history to that enshrined in Europe by the Treaties of Westphalia in the seventeenth century, nevertheless took no account of this as regards the proofs of sovereignty, since it ultimately decided to base itself on the proofs of effective and continuous control over the territory.

10. In the case which concerns us, Malaysia also based itself on the “ties of loyalty that existed between the Sultanate and the Orang Laut, ‘the people of the sea’” (Judgment, para. 70). From this the Court concluded that

“the Sultan of Johor’s authority exercised over the Orang Laut who

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» (*ibid.*, par. 98). Ces pratiques étaient bien connues également en Afrique, notamment au XIX<sup>e</sup> siècle, lorsque des royaumes anciens ont été dépecés entre puissances européennes.

11. Quant au Sultanat de Johor, il devra, à la faveur du traité Crawford du 2 août 1824, céder 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

inhabited the islands in the Straits of Singapore, and who made this maritime area their habitat, confirms the ancient original title of the Sultanate of Johor to those islands, including Pedra Branca/Pulau Batu Puteh” (Judgment, para. 75).

Is the meaning here that this sovereignty of Johor, founded on a historic title and on the loyalty of the peoples, will be protected from the vicissitudes of relations between the European Powers in the region? Apparently not, since the Court accepts that the Anglo-Dutch Treaty of 1824, delimiting spheres of influence in the region, resulted in the dismemberment of the old Sultanate of Johor and the creation of two Sultanates, of Johor and of Riau-Lingga, in the context of the rivalry between the two colonial Powers “vying for hegemony . . . in this part of the world” (*ibid.*, para. 98). These practices were also well known in Africa, in the nineteenth century for example, when the ancient kingdoms were carved up between European Powers.

11. As for the Sultanate of Johor, under the Crawford Treaty of 2 August 1824, it would have to cede the island of Singapore and the surrounding islands within 10 miles to the East India Company under British control. On the basis of the preparations for the construction of a lighthouse on Pedra Branca in the 1840s, the Court went on to examine the conduct of Johor and the Singapore authorities in order to determine whether the sovereignty of the first country over the islet concerned passed to the second. The Court embarked on this analysis, although there was no independent expression of will either in Johor, whose sovereignty revealed itself to be fictitious, or *a fortiori* in Singapore, a British colony. While it is true that the two Parties, before the Court, each sought to draw advantage from the colonial history, is that any reason to follow them on this ground? Did the Court not decline to hold that South Ledge, a low-tide elevation, could not form the object of an autonomous appropriation, detached from the delimitation of the territorial sea, even though this had been argued by the two Parties?

12. Admittedly, when the Court is expressly mandated to pass judgment on the basis of *uti possidetis juris*, as in a number of territorial disputes between African or Latin American countries, it is hard for it not to venture into colonial law, even if only to assess what the administrative boundaries drawn by the colonial Power or Powers were on the attainment of independence by the two Parties to the dispute before it. But this is not so in this case between Malaysia and Singapore, in which the Court held that the critical date for Pedra Branca was 14 February 1980, and 6 February 1993 for Middle Rocks and South Ledge.

13. Hence, it is the conduct of Singapore following independence in 1965 after its separation from the Federation of Malaysia, constituted in 1963, and the conduct of that State itself, which will be decisive for determining sovereignty with respect to the islands concerned, in other words

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 fixées, le résultat aurait été de toutes façons le même.

14. Relatant une pratique sur plus d'un siècle, du milieu du XIX<sup>e</sup> au milieu du XX<sup>e</sup> 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 (par. 192-229) en tant que preuve de l'acceptation par les Parties de la souveraineté de Singapour (par. 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 mainmise 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.

---

for almost 15 years in the case of Pedra Branca and 28 years for Middle Rocks and South Ledge. For all that period, we are here dealing with two independent States in control of their own foreign relations. The Court would thus have avoided losing its way in the labyrinth of the colonial night and its numerous fictions and among the shadowy figures of its alleged actors. On the critical dates the Court fixed, the result would in any case have been the same.

14. Relating the practice for over a century, from the mid-nineteenth to the mid-twentieth century, the Court finds only that Great Britain did as it pleased on Pedra Branca without a thought for the title of sovereignty over this islet. It is nevertheless significant that the 1953 correspondence, of which much is made in the Judgment (paras. 192-229) as proof of the acceptance by the Parties of Singapore's sovereignty (para. 229), was exchanged between the British Colonial Secretary of Singapore (Singapore being a British colony) and the Acting Secretary of State of Johor (Great Britain having control of that country's defence and foreign relations).

15. It is difficult to draw any conclusion from the Court's summary of all these colonial practices in the settlement of the dispute submitted to it by special agreement in 2003, and concerning which it ought, in my view, essentially to have relied on the conduct of the Parties as independent States. The legal categories of the colonial period cannot be recycled to make them presentable today as though it were just a matter of words.

*(Signed)* Mohamed BENNOUNA.

---