

SEPARATE OPINION OF JUDGE AL-KHASAWNEH

Nigerian actions, omissions and other statements leave no room for doubt regarding recognition of Cameroonian sovereignty in Bakassi — Resort to other sources of title unnecessary, also unfortunate — Moral difficulties of reconciling protection and dismemberment of protected entity — Also not solid foundation for title — Confusion in international and colonial law regarding whether colonial power possessed territorial sovereignty — Questions of intertemporal law — Berlin Conference — Pacta sunt servanda — Normative distinction between colonies and so-called colonial protectorates not addressed adequately — Bakassi not a terra nullius in 1884 — No real support from Western Sahara Advisory Opinion on question of title in colonial protectorates — Agreement in question crucial — Max Huber clearly wrong — Confusion of inequality in status and weakness in power — Sweeping generalization — Eurocentric approach to international law — Extreme interpretation of constitutive theory of recognition — Unsupported by relevant State practice — Examples from British practice — A distinction between colonies and protectorates constant feature of United Kingdom practice — Also at Berlin Conference — Colonial protectorates fictitious sub-categories invented by commentators — Intertemporal law — simple but in fact elusive — Concept of protectorates classic concept traceable to Ulpian — Examples from Moslem practice — Elements of guardianship — Berlin Conference practice a deformation of classical concept — Intertemporal law should be checked against the objectives of classical concept and not deformed practice — Protection excludes ownership — Practice cannot overrule pacta sunt servanda — Further confusion in intertemporal law from combining evolutionary and static elements — Dropped from law of treaties — Circumvented in Court jurisprudence — Belated intent of Parties — Or reading modern rules and values into instruments of the past — Rejected in European Court of Human Rights jurisprudence — Abandoned in international criminal law, truncated concept — Cannot legitimize transfer of Bakassi in 1913 — Relevance of title of 1884 Treaty — Deductions to be made from title — Broad consistency with other judgments called into question — International law and not colonial law decisive — Treaty text means no sovereignty transfer — No inference to be drawn from British administration — Administration and protection can co-exist — Situation altered in 1913 — Presumption against incidental loss of sovereignty — Passivity of Kings and Chiefs — Failure to protest — Volenti non fit injuria — Only this reason for concurrence with part of Judgment dealing with relevant articles of 1913 on Bakassi.

1. The reasons that led me to concur with the majority view regarding the apurtenance of the Bakassi Peninsula to Cameroon are adequately

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE AL-KHASAWNEH

[Traduction]

Actes, omissions et déclarations du Nigéria ne laissant aucun doute quant à la reconnaissance de la souveraineté camerounaise sur Bakassi — Inutilité, mais aussi inopportunité de l'invocation d'autres sources de titre — Difficultés morales soulevées par la démarche tendant à concilier protection et démembrement d'une entité protégée — En outre, fragilité du fondement du titre — Confusion en droit international et en droit colonial sur la question de savoir si la puissance coloniale détenait la souveraineté territoriale — Questions de droit intertemporel — Conférence de Berlin — Pacta sunt servanda — Traitement inadéquat de la distinction normative entre colonies et protectorats d'its coloniaux — Bakassi n'était pas terra nullius en 1884 — Utilité restreinte de l'avis consultatif en l'affaire du Sahara occidental s'agissant de la question du titre dans les protectorats coloniaux — Caractère essentiel de l'accord en question — Max Huber manifestement dans l'erreur — Confusion entre inégalité de statut et inégalité de pouvoir — Généralisation excessive — Conception eurocentrique du droit international — Interprétation poussée à l'extrême de la théorie de la reconnaissance constitutive — Non étayée par la pratique des Etats — Exemples de pratique britannique — Distinction entre colonies et protectorats constamment maintenue dans la pratique du Royaume-Uni — Ainsi qu'à la conférence de Berlin — Protectorats coloniaux: sous-catégorie fictive, inventée par les commentateurs — Droit intertemporel — simple mais, à la vérité, insaisissable — Concept classique de protectorat remontant à Ulpian — Exemples de pratique musulmane — Tutelle — Pratique de l'époque de la conférence de Berlin constituant une déformation du concept classique — Droit intertemporel devant être appliqué au regard des objectifs du concept classique et non d'une pratique déformée — Antinomie entre protection et propriété — Pratique ne pouvant invalider le principe pacta sunt servanda — Confusion supplémentaire en droit intertemporel résultant de la combinaison d'éléments statiques et dynamiques — Omis dans le droit des traités — Négligé dans la jurisprudence de la Cour — Intention tardive des Parties — Ou interprétation d'instruments hérités du passé à la lumière de règles et valeurs modernes — Rejetée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme — Abandonnée en droit pénal international, notion bancale — Ne pouvant justifier le transfert de Bakassi en 1913 — Pertinence du titre constitué par le traité de 1884 — Conclusions à inférer de ce titre — Mise en doute de la cohérence générale avec d'autres décisions — Caractère décisif du droit international, et non du droit colonial — Libellé du texte du traité n'impliquant aucun transfert de souveraineté — Aucune conclusion à tirer de l'administration britannique — Administration et protection non exclusives l'une de l'autre — Changement de situation en 1913 — Présomption contre la perte incidente de souveraineté — Passivité des rois et chefs — Absence de protestations — Volenti non fit injuria — Telle est l'unique raison de souscrire à la partie de l'arrêt relative aux articles de l'accord de 1913 concernant Bakassi.

1. Les raisons qui m'ont conduit à souscrire à la position de la majorité concernant le rattachement au Cameroun de la presqu'île de Bakassi

reflected in paragraphs 214 to 216 of the Judgment, namely that in the period leading to its independence in 1961 and since then till the early 1990s, Nigeria, by its actions and omissions and through statements emanating from its officials and legal experts, left no room for doubt that it had acknowledged Cameroonian sovereignty in the Bakassi Peninsula. It goes without saying, therefore, that I associate myself with the reasoning in this part of the Judgment. What needs to be said, however, is that this was all the Court needed to do, and all it should have done, to dispose satisfactorily of the issue of territorial sovereignty over Bakassi in Cameroon's favour.

2. Instead the Court chose, quite unnecessarily, to revert to the question of the validity of the 1913 Agreement between Great Britain and Germany under which the former ceded the entire territory of the Kings and Chiefs of Old Calabar — which territory corresponds to the Bakassi Peninsula — to Germany without the consent of those Kings and Chiefs, notwithstanding that Great Britain had entered earlier into a Treaty of Protection with them in 1884 under which, in return for their agreeing and promising “to refrain from entering into any correspondence, Agreement or Treaty, with any foreign nation or Power, except with the knowledge and sanction of Her Britannic Majesty's Government”, Her Majesty would extend Her “favour and protection” to them. It must be noted here that the 1884 Treaty was concluded by the British Consul expressly as the representative of Queen Victoria.

3. Reversion to those treaties was not only unnecessary as I stated earlier, it was also unfortunate, for the attempt at reconciling a duty of protection on the one hand with, on the other, the subsequent alienation of the entire territory of the protected entity — regardless of whether that entity possessed international legal personality or not — cannot be an easy matter, not only due to the moral difficulties that such an attempt would entail, but also, as a matter of law, because the distinction between colonies, protectorates and the so-called “colonial protectorates” is steeped in confusion both under international law and under the laws of the colonial Powers themselves, the confusion arising mainly from the fact that it was considerations of pragmatism and political convenience that determined the status of those territories, though problems of nomenclature are also a contributory factor. Needless to say, such confusion engenders doubt as to whether the colonial/protecting Power possessed or even claimed title.

In addition, if the Judgment is to constitute a legally and morally defensible scheme, it cannot merely content itself with a formalistic appraisal of the issues involved. Such issues include the true scope of intertemporal law and the extent to which it should be judged by contemporary values that the Court ought to foster; an ascertainment of State practice at the relevant time and the role of the Berlin Conference

sont congrûment exprimées aux paragraphes 214 à 216 de l'arrêt: au cours de la période qui a précédé son accession à l'indépendance (1961), puis de celle-ci jusqu'au début des années quatre-vingt-dix, le Nigéria n'a, que ce soit par ses actes, ses omissions ou les déclarations de ses représentants et experts juridiques, laissé planer aucun doute sur le fait qu'il reconnaissait la souveraineté camerounaise à l'égard de la presqu'île de Bakassi. Il va donc sans dire que je m'associe au raisonnement suivi dans cette partie de l'arrêt. Ce qu'il me semble utile de préciser, en revanche, c'est que la Cour n'avait pas besoin d'aller au-delà — et n'aurait d'ailleurs pas dû le faire — pour trancher de manière satisfaisante la question de la souveraineté territoriale sur Bakassi en faveur du Cameroun.

2. Au lieu de cela, la Cour a fait le choix de revenir, tout à fait inutilement, sur la question de la validité de l'accord de 1913 entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne. Cet accord prévoyait la cession à l'Allemagne de l'intégralité du territoire des rois et chefs du Vieux-Calabar — territoire qui correspond à la presqu'île de Bakassi —, sans l'assentiment de ces derniers, nonobstant le fait que ces rois et chefs avaient, en 1884, conclu avec la Grande-Bretagne un traité de protectorat aux termes duquel ils s'engageaient «à s'abstenir de toute correspondance, de tout accord et de tout traité avec une quelconque nation ou puissance étrangère sans l'autorisation préalable du gouvernement de Sa Majesté britannique», en échange de quoi la Couronne britannique étendrait sur eux ses «bonnes grâces et sa bienveillante protection». Il convient ici de relever que le traité de 1884 fut conclu par le consul britannique, représentant expressément la reine Victoria.

3. Il n'était pas seulement inutile, comme je viens de l'indiquer, mais également malvenu, de revenir sur ces traités, car tenter de concilier devoir de protection et aliénation ultérieure de la totalité du territoire de l'entité protégée — et ce, indépendamment de la question de savoir si l'entité en question était ou non dotée d'une personnalité juridique internationale — n'est certes pas chose aisée, non seulement du point de vue moral mais encore, sur un plan juridique, parce que la distinction entre colonies, protectorats et protectorats dits «coloniaux» est pétrie de confusion, tant au regard du droit international qu'au regard de celui des puissances coloniales elles-mêmes. Cette confusion tient essentiellement au fait que le statut de ces territoires était dicté par des considérations d'ordre pragmatique et des questions de convenance politique, encore que les problèmes de nomenclature n'y aient pas été étrangers. Or une telle confusion — à peine est-il besoin de le préciser — jette le doute sur le fait que la puissance coloniale/protectrice ait bien été en possession du titre ou l'ait seulement revendiqué.

En outre, si elle entend que son arrêt constitue un ensemble défendable du point de vue juridique et moral, la Cour ne saurait se contenter d'une appréciation formaliste des questions qui sont ici en jeu, lesquelles consistent notamment à déterminer quelle est la véritable portée du droit intertemporel, et dans quelle mesure celle-ci doit s'apprécier au regard des valeurs contemporaines que la Cour devrait promouvoir; à étudier la pra-

on West Africa of 1885; the question, whether that practice — assuming it permitted the acquisition of title in the so-called colonial protectorates — could be invoked in an African case when no African State had participated in the formation of such alleged practice; the relevance of the fundamental rule *pacta sunt servanda* on the passing of title and the normative value to be attached to the consistent practice of the colonial Power in question (Great Britain) of distinguishing between colonies on the one hand and protectorates on the other. Only when a serious attempt has been made to analyse this host of relevant and interrelated considerations can it be said that the question repeatedly and forcefully posed by Sir Arthur Watts as counsel for Nigeria — Who gave Great Britain the right to give away Bakassi? And when? And how? — would be answered. To my mind, the Judgment, by taking for granted such premises as the existence of a category of protectorates indistinguishable from colonies, or the right of colonial Powers to deal with African potentates on the basis that the fundamental rule *pacta sunt servanda* does not exist, has failed to answer that question. To the extent that these are central issues in this case and have implications that go beyond it, I feel I must append my thoughts on them in a separate opinion.

4. It is evident that the Bakassi Peninsula was not a *terra nullius* when Great Britain entered into a Treaty of Protection with the Kings and Chiefs of Old Calabar in 1884. As Judge Dillard cogently summarized the matter in his separate opinion in the *Western Sahara* case: “[a]s was cryptically put in the proceedings: you do not *protect* a *terra nullius*. On this point there is little disagreement.” (*Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 124.) Yet it was also in that Advisory Opinion that the Court implied, at least *prima facie*, that, even if the territory in question was not a *terra nullius*, this would not in itself preclude the colonial Power from acquiring a *derivative* root of title, as opposed to an *original* title, which could be obtained only by occupation (presumably effective occupation of *terrae nullius*) (*ibid.*, p. 39, para. 80). In the present case, the Judgment has relied mainly on that passage (paragraph 205) in support of the contention that, the absence of a *terra nullius* status notwithstanding, Great Britain had in fact acquired sovereignty to the Bakassi Peninsula through a derivative root of title. *Prima facie*, *Western Sahara* may seem to lend support to such a proposition. Though it should not be forgotten that the passage cited was an *obiter dictum*. *Secundo facie*, however, the support lent seems negligible indeed, for in that instance the Court was not enquiring whether Spain held valid legal title but was answering a distinct, specific question: Was Western Sahara (Río de Oro and Sakiet El Hamra) at the time of colonization by Spain a territory belonging to no one (*terra nullius*)? Indeed in paragraph 82 of that Opinion the Court expressly declined to pronounce upon “the legal character or the legality of the titles which led to Spain becoming the administering Power of Western Sahara” (*ibid.*, p. 40, para. 82), even though there was much

tique des Etats à l'époque pertinente, ainsi que le rôle de la conférence de Berlin sur l'Afrique occidentale de 1885; à chercher à savoir si cette pratique — à supposer qu'elle ait permis l'acquisition de titres sur les protectorats dits coloniaux — peut être invoquée dans un différend africain alors même qu'aucun Etat africain n'a participé à sa formation; à s'interroger, s'agissant du transfert de titre, sur la pertinence du principe *pacta sunt servanda* ainsi que sur la valeur normative à attribuer à la pratique constamment suivie par la puissance coloniale concernée (la Grande-Bretagne) et consistant à distinguer entre colonies et protectorats. Ce n'est qu'en se lançant dans une analyse poussée de cet ensemble d'aspects pertinents et interdépendants que la Cour aurait pu prétendre répondre à la question que n'a cessé de marteler sir Arthur Watts, conseil du Nigéria: qui conféra à la Grande-Bretagne le droit de céder Bakassi? Quand? Comment? A mon sens, la Cour, en prenant nettement pour acquis l'existence d'une catégorie de protectorats assimilables à des colonies, ou encore le droit pour les puissances coloniales de traiter avec des potentats africains en faisant abstraction du principe fondamental *pacta sunt servanda*, a, dans son arrêt, manqué de répondre à ces questions. Dans la mesure où ces aspects occupent une place centrale dans la présente espèce — et ont, au demeurant, des implications qui la dépassent —, j'estime de mon devoir d'exposer dans une opinion individuelle mes vues à leur sujet.

4. La presqu'île de Bakassi ne constituait de toute évidence pas une *terra nullius* lorsque la Grande-Bretagne conclut, en 1884, un traité de protectorat avec les rois et chefs du Vieux-Calabar. Comme le juge Dillard a remarquablement résumé cette question dans son opinion individuelle en l'affaire du *Sahara occidental*: «[s]elon la formule mystérieuse employée pendant l'instance: on ne protège pas une *terra nullius*. C'est là un point qui n'est guère disputé.» (*Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, opinion individuelle du juge Dillard, p. 124.) C'est cependant dans ce même avis consultatif que la Cour a laissé entendre, à tout le moins *prima facie*, que, même si le territoire en question n'était pas *terra nullius*, la puissance coloniale ne se trouvait pas nécessairement empêchée d'acquérir un titre *dérivé*, par opposition à un titre *originaire*, lequel ne pouvait être obtenu que par occupation (vraisemblablement l'occupation effective de *terrae nullius*) (*ibid.*, p. 39, par. 80). Dans la présente espèce, la Cour s'est essentiellement appuyée sur ce passage (arrêt, par. 205) pour affirmer que, bien que la presqu'île de Bakassi n'eût pas le statut de *terra nullius*, la Grande-Bretagne avait de fait acquis sur elle une souveraineté par un mode *dérivé*. A première vue, donc, le *Sahara occidental* semble offrir des arguments à l'appui de cette thèse — encore qu'il ne faille pas oublier que le passage cité était un *obiter dictum*. Un second examen, toutefois, les fait paraître bien minces, car, dans l'affaire en question, la Cour ne cherchait pas à déterminer si l'Espagne détenait un titre juridique valable, mais répondait à une question distincte et bien précise: le Sahara occidental (Río de Oro et Sakiet El Hamra) était-il, au moment de la colonisation par l'Espagne, un territoire sans maître (*terra nullius*)? De fait, au paragraphe 82 de l'avis consultatif, la Cour s'est expressément refusée à se prononcer sur «le

material before it on this precise question as well as requests to answer it. Moreover, when the Court said that “in the case of such territories (territories that are not *terrae nullius*) 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” (*I.C.J. Reports 1975*, p. 39, para. 80), it was referring in general to agreements that had the effect of passing title from those rulers who possessed it on the basis of original title to the new administering/protecting Powers, who through such agreements acquired derivative title. Clearly the crucial factor is the agreement itself, and whilst it is entirely possible that such agreements vested sovereignty in the newcomers it is equally possible that they did not, in which case sovereignty was retained by the local ruler under an agreed scheme of protection or administration. These are questions of treaty interpretation and of the subsequent practice of the parties and cannot be circumvented by the invention of a fictitious sub-category of protectorates termed “colonial protectorates” where title is assumed to pass automatically and regardless of the terms of the treaty of protection to the protecting Power, for that would be incompatible with the fundamental rule *pacta sunt servanda* and would lead to what has been termed “institutionalized treaty breach”, a situation that no rule of intertemporal law has ever excused. It would also blur the distinction that the Court was trying to make between title automatically assumed on the basis of effective occupation on the one hand, and title assumed on the basis of agreement with local rulers on the other.

5. If the Court’s Advisory Opinion in the *Western Sahara* case does not furnish the basis for the proposition that agreements of protection with local chiefs are always the source of valid title acquired through derivative roots, could such a proposition be safely advanced on the basis of passages from arbitrator Max Huber’s often quoted Award in the *Island of Palmas* case (United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. II, pp. 858-859), for at least there that learned and renowned judge spoke with dogmatic certainty leaving nothing to possible interpretations? The problem with Max Huber’s analysis however is not its lack of clarity but rather that it is clearly wrong.

In the first place he starts from the premise that because such agreements are not between equals they are: “rather a form of internal organisation of a colonial territory on the basis of autonomy for the natives . . . And thus suzerainty over the native State becomes the basis of territorial sovereignty as towards other members of the community of nations.”

caractère juridique ou la légalité des titres auxquels l'Espagne doit d'être devenue Puissance administrante au Sahara occidental» (*C.I.J. Recueil 1975*, p. 40, par. 82), bien qu'elle disposât de nombreux éléments sur cette question particulière et eût été priée d'y répondre. De plus, en affirmant qu'«on estimait plutôt en général que la souveraineté [à l'égard de territoires qui ne sont pas *terrae nullius*] ne pouvait s'acquérir unilatéralement par l'occupation de la *terra nullius* en tant que titre originaire, mais au moyen d'accords conclus avec les chefs locaux» (*ibid.*, p. 39, par. 80), elle faisait de manière générale référence aux accords en vertu desquels le titre passait des mains des chefs qui le détenaient en tant que titre originaire aux nouvelles puissances administrantes/protectrices qui acquéraient ainsi un titre dérivé. De toute évidence, le facteur crucial est l'accord lui-même, et s'il est parfaitement possible que de tels instruments aient conféré aux «nouveaux arrivants» une souveraineté, l'inverse l'est tout autant, auquel cas la souveraineté demeurerait entre les mains du chef local en application d'un régime de protection ou d'administration mis en place d'un commun accord. Il s'agit là de questions relevant de l'interprétation des traités et de la pratique ultérieure des parties, qu'on ne saurait éluder en s'abritant derrière une sous-catégorie de protectorats dits «protectorats coloniaux», simple vue de l'esprit où le titre est censé être automatiquement transmis à la puissance protectrice, indépendamment des dispositions du traité de protection. Une telle pratique irait en effet à l'encontre de la règle fondamentale *pacta sunt servanda*, se traduirait par ce que l'on a appelé une «violation institutionnalisée de traité» — situation qu'aucune règle de droit intertemporel n'a jamais justifiée —, et brouillerait en outre la distinction que la Cour s'est efforcée d'établir entre, d'une part, un titre transmis de manière automatique par suite d'une occupation effective et, d'autre part, un titre transmis par suite d'un accord conclu avec les chefs locaux.

5. Si l'on ne peut inférer de l'avis consultatif rendu par la Cour en l'affaire du *Sahara occidental* que les accords de protection conclus avec des chefs locaux sont toujours une source d'acquisition de titre dérivé valable, pourrait-on, sans risque d'erreur, énoncer cette même proposition en s'appuyant sur certains passages de l'arbitrage souvent cité de l'arbitre Max Huber en l'affaire de l'*Ile de Palmas* (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 858-859; traduction française: Ch. Rousseau, *Revue générale de droit international public*, t. XLII, 1935, p. 187)? Au moins ce juge érudit et renommé y a-t-il exprimé un avis empreint de toute la certitude dogmatique requise, ne laissant aucune place à l'interprétation. Toutefois, si l'analyse de Max Huber ne peut être taxée de manque de clarté, elle présente l'inconvénient d'être manifestement erronée.

Premièrement, l'arbitre part de l'hypothèse que, parce que de tels accords ne sont pas conclus entre égaux, ils sont «plutôt une forme d'organisation intérieure d'un territoire colonial, sur la base de l'autonomie des indigènes... Et c'est la suzeraineté exercée sur l'Etat indigène qui devient la base de la souveraineté territoriale à l'égard des autres

Such an approach is a confusion of inequality in status on the one hand and inequality in power on the other. That local rulers and chiefs were weak is apparent from their agreeing to enter into treaties of protection, but this does not detract from the fact that they had the capacity to enter into treaty relations.

Secondly, it is characterized by its sweeping generalization, the assumption being that the local chiefs or rulers, no matter how valid and old their title and how clear the display of their sovereignty and the degree of their organization and regardless of the terms of the Treaty of Protection in question, are deemed to have become virtual colonies or vassal States under the suzerainty of the protecting colonial Power even if — as was not uncommon — control over them was nominal and even if in subsequent dealings with the metropolitan State they continued to be treated as retaining some sovereignty, for example, for the purposes of sovereign immunity, or by being dealt with by the Foreign Ministry of the colonial Power. It is difficult to understand how a local ruler would be considered to be entitled to absolute sovereign immunity and to have been divested of his territorial sovereignty at one and the same time. See, for example, *Mighell v. Sultan of Johore* [1894] QB 149 and *Sultan of Johore v. Abubakar Tunku Aris Bendahar and Others* [1952] AC 318. These cases are all the more relevant since they related to local rulers in the same region that Max Huber was dealing with in the *Island of Palmas* Award, i.e. South-East Asia, and were decided by the courts of the same metropolitan State that entered into a treaty of protection with the Kings and Chiefs of Calabar.

Thirdly, such an approach is clearly rooted in a Eurocentric conception of international law based on notions of otherness, as evidenced by the fact that there were at the time in Europe protected principalities without anyone seriously entertaining the idea that they had lost their sovereignty to the protecting Power and could be disposed of at its will. Intertemporal law is general in its application, its underlying rationale and unity of purpose being time (*tempore*) as its name implies, not geography, and cannot be divided into regional intertemporal law, all the more so when no State in the concerned region, be it sub-Saharan Africa or South-East Asia, participated in its formation.

Fourthly, Max Huber's approach is based on an extreme interpretation of the theory of constitutive recognition. A theory, suffice it to say, that remains no more than a theory and has as many opponents as it has adherents.

6. Lastly, it is doubtful — and this is not without irony — that Max Huber's generalization about suzerainty and vassalage with regard to the so-called colonial protectorates is supported by the State practice of the time. To the "local rulers" the notion that they had given up their sovereignty upon entering into a treaty of protection or a treaty of commerce

membres de la communauté des nations.» Ce faisant, il confond inégalité de statut et inégalité de pouvoir. Que les souverains et chefs locaux fussent faibles, le fait qu'ils acceptaient de conclure des traités de protection l'atteste, mais cela n'enlève rien au constat qu'ils disposaient précisément de la capacité de conclure des traités.

Deuxièmement, ce postulat pêche par une généralisation excessive, puisqu'il suppose que les territoires des chefs locaux, quelque valide et ancien qu'ait pu être leur titre, quelques patents qu'aient été la manifestation de leur souveraineté et leur degré d'organisation, et indépendamment des dispositions du traité de protection en question, seraient quasiment devenus des colonies, ou des Etats vassaux placés sous la suzeraineté de la puissance protectrice coloniale, et ce même si — comme c'était fréquemment le cas — le contrôle exercé sur eux n'était que symbolique, et si, dans les relations qu'ils furent par la suite amenés à nouer avec la métropole, les chefs continuèrent à être traités comme détenant une part de souveraineté, par exemple aux fins de l'immunité souveraine, ou en tant qu'ils avaient pour interlocuteur le ministère des affaires étrangères de la puissance coloniale. L'on comprend mal qu'un chef local ait pu être considéré simultanément comme en droit de jouir d'une immunité souveraine absolue, et comme ayant été déchu de sa souveraineté territoriale (voir, par exemple, *Mighell v. Sultan of Johore* [1894] QB 149 et *Sultan of Johore v. Abubakar Tunku Aris Bendahar and Others* [1952] AC 318). Ces affaires sont d'autant plus pertinentes qu'elles concernaient des chefs locaux de la région que devait traiter Max Huber dans son arbitrage sur l'*Ile de Palmas*, à savoir l'Asie du Sud-Est, et qu'elles furent tranchées par les instances judiciaires de ces mêmes métropoles qui avaient conclu un traité de protectorat avec les rois et chefs du Vieux-Calabar.

Troisièmement, ce postulat repose manifestement sur une conception eurocentrique du droit international fondée sur la notion d'altérité, ce dont témoigne le fait qu'il existait à l'époque en Europe des principautés protégées dont personne ne pensait sérieusement qu'elles avaient aliéné leur souveraineté à la puissance protectrice et que celle-ci pouvait en disposer à son gré. Le droit intertemporel est général dans son application — sa raison d'être et sa principale unité de propos étant le temps (*tempore*), comme son nom l'indique, et non la géographie; il ne saurait être subdivisé en droits intertemporels régionaux, et ce à plus forte raison lorsque aucun Etat de la région concernée, qu'il s'agisse de l'Afrique subsaharienne ou de l'Asie du Sud-Est, n'a pris part à sa formation.

Quatrièmement, l'analyse de Max Huber est fondée sur une interprétation excessive de la théorie de la reconnaissance constitutive, dont je me contenterai de rappeler qu'elle n'est, précisément, rien d'autre qu'une théorie, et qu'elle compte autant de détracteurs que de partisans.

6. Enfin — et c'est là un plaisant paradoxe —, l'on est en droit de douter que la généralisation opérée par Max Huber concernant la suzeraineté et la vassalité des protectorats dits coloniaux soit étayée par la pratique des Etats à l'époque. Les «chefs locaux» auraient été les premiers surpris d'apprendre qu'en concluant un traité de protection — ou un traité de

and friendship which were sometimes of the same ilk, would be astonishing¹. This is not to suggest that there were no cases when such loss of sovereignty ever took place, but that it is again a question of treaty interpretation and subsequent practice of the parties. Similarly, for the protecting Powers themselves, in many cases they were not seeking colonial title but merely spheres of influence or dominance, or domination in the sense of *power and jurisdiction* and not in the sense of *territorial dominion*.

7. To be sure, treaties of protection were sometimes a first step towards the development of a full colonial title, or as they have been described, “a legal lever for acquiring an inchoate title to territory: a title capable of being perfected more or less at leisure” (D. J. Latham Brown, “The Ethiopia-Somaliland Frontier Dispute”, *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*, Vol. 5, pp. 254-255) but until that happened and in the absence of provisions which may be interpreted as conveying title, they remained a lever and no more. Some examples from State practice will serve to illustrate the point, all the more so in view of the fact that they were contemporaneous with the Congress of Berlin era.

(a) In 1885 the British Foreign Office gave its view that

“a protectorate involves not the direct assumption of territorial sovereignty but is ‘the recognition of the right of the aborigines, or other actual inhabitants to their own country, with no further assumption of territorial rights than is necessary to maintain the paramount authority and discharge the duties of the protecting power’” (FO 403/9, No. 92 (14 January 1885) cited by Malcolm Shaw, *Title to Territory in Africa*, footnote 155, p. 283).

(b) In 1884 a number of treaties were concluded with local chiefs in Bechuanaland, where internal and external sovereignty gradually passed to the protecting Power: Great Britain. In the following year a British protectorate was made a crown colony and its governor exercised jurisdiction over the protected territory as well. Nevertheless, a British court in *R. v. Crewe* maintained the distinction between colonies on the one hand and protectorates on the other,

¹ Sometimes a treaty of protection was called a treaty of friendship in the local language, for example, the 1887 Treaty of Ucciali between Italy and Ethiopia was denounced later by Menelik the Ethiopian Emperor on the ground that the Italian and Amharic texts differed. In the Italian text the Emperor “consents to avail himself of the Italian Government for *any* negotiations which he may enter into with other powers or governments”, the Amharic text reads “may use” the Italians as intermediaries. The Emperor of Ethiopia saw the treaty as one of friendship, the Italian Government, on the other hand, viewed it as a treaty of protection. (A. H. M. Jones and E. Monroe, *History of Ethiopia*, pp. 139-140.)

commerce et d'amitié, qui s'y apparentait parfois¹ — ils avaient renoncé à leur souveraineté. Nous ne prétendons pas qu'il n'y ait jamais eu abandon de souveraineté, mais ces questions relèvent, une fois de plus, de l'interprétation des traités et de la pratique ultérieure des Parties. Et pareillement, les puissances protectrices elles-mêmes n'étaient-elles pas, dans nombre de cas, en quête non de titres coloniaux mais simplement de sphères d'influence, de contrôle, ou de domination au sens de *pouvoir* et d'*autorité*, et non au sens de *possession territoriale* (*territorial dominion*).

7. Assurément, les traités de protection représentaient parfois une première étape vers la constitution d'un titre colonial à part entière, ou, comme on les a décrits, «un levier juridique pour acquérir une ébauche de titre territorial: un titre à même d'être parachevé plus ou moins à loisir» (D. J. Latham Brown, «The Ethiopia-Somaliland Frontier Dispute», *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*, vol. 5, p. 254-255), mais jusqu'à ce qu'un tel résultat fût atteint et en l'absence de dispositions pouvant être interprétées comme conférant un titre, ils demeuraient un levier et rien de plus. Certains exemples de pratique des Etats permettront d'illustrer ce point, et ce d'autant mieux qu'ils remontent à l'époque de la conférence de Berlin.

a) En 1885, le Foreign Office britannique indiqua que, selon lui,

«un protectorat n'implique pas d'appropriation directe de la souveraineté territoriale, mais revient à «reconnaître le droit des aborigènes, ou autres habitants effectifs, à leur propre pays, sans appropriation de droits territoriaux autres qu'il n'est nécessaire à la puissance protectrice pour exercer l'autorité suprême et remplir les fonctions qui lui incombent en tant que telle» (FO 403/9, n° 92 (14 janvier 1885), cité par Malcolm Shaw, *Title to Territory in Africa*, note de bas de page 155, p. 283).

b) En 1884, plusieurs traités furent conclus avec des chefs locaux du Bechuanaland, par lesquels la souveraineté interne et externe fut progressivement transférée à la puissance protectrice, la Grande-Bretagne. Dans l'année qui suivit, le protectorat britannique devint colonie de la Couronne et l'autorité de son gouverneur s'étendit dès lors au territoire protégé. Un tribunal britannique devait néanmoins confirmer, dans l'affaire *R. v. Crewe*, la distinction entre colonies et protectorats,

¹ Un traité de protection était parfois appelé traité d'amitié en langue vernaculaire; ainsi, le traité d'Uccialli conclu en 1887 entre l'Italie et l'Éthiopie fut-il ultérieurement dénoncé par l'empereur éthiopien Ménélik au motif que les versions italienne et amharique différaient. Dans la version italienne, l'empereur «consent[ait] à avoir recours au Gouvernement italien pour toutes négociations qu'il pourrait engager avec d'autres puissances ou gouvernements», tandis que la version amharique indiquait qu'il «p[ouvait] recourir» aux Italiens en qualité d'intermédiaires. L'empereur d'Éthiopie considérait cet instrument comme un traité d'amitié, alors que le Gouvernement italien y voyait, lui, un traité de protection (A. H. M. Jones et E. Monroe, *History of Ethiopia*, p. 139-140).

L. J. Vaughan Williams noting that the “the Bechuanaland protectorate is under His Majesty’s dominion in the sense of *power and jurisdiction*, but is not under his dominion in the sense of *territorial dominion*” ([1910] 2 KB 603-604, cited by Malcolm Shaw, *Title to Territory in Africa*, footnote 161, p. 283; emphasis added).

- (c) In 1884 and 1886 respectively agreements were signed between Great Britain and the Chiefs of five Somali tribes. In the first series of agreements the Somali Chiefs covenanted not to alienate their territory unless to the British Government. In the second (consisting of five agreements), they agreed and promised to “refrain from entering into any correspondence, Agreement or Treaty with any foreign nation or Power, except with the knowledge and sanction of Her Majesty’s Government”. For their part the British Government undertook “to extend to them and to the territories under their authority and jurisdiction the gracious favour and protection of Her Majesty the Queen Empress”. In 1897 the Somali tribes’ grazing areas were ceded by Great Britain to Ethiopia. After the defeat of Italy in World War II those territories were placed under the British Military Administration for Somalia. In 1954 that administration was withdrawn from those territories in accordance with a treaty negotiated *de novo* between Great Britain and Ethiopia which in effect upheld the 1897 Treaty over the agreements with the Somali Chiefs, though with some guarantees for the grazing rights of the Somali tribes. The inconsistency between the cession to Ethiopia in 1897 of what the Somalis regarded as their traditional land and the earlier treaties of protection was the subject of a debate in the House of Commons where, we are told by a commentator (D. J. Latham Brown, *op. cit.*, pp. 254-255), that the Secretary of State for the Colonies regretted “the treaty of 1897 but, like much that has happened before, it is impossible to undo it”. While the words of one Member of Parliament were more telling:

“the tribal elders voluntarily placed themselves under British protection. They sought it for the maintenance of their independence, the preservation of order and other good and sufficient reasons. In short there seems to be argument that at no time was any territory transferred. Consequently, it was not in our power to give away that which we did not possess.”

Whilst in the event the cession was in practice confirmed by the 1954 Treaty, this was done by circumventing the maxim *nemo dat quod non habet* but not by denying it or by pretending that Great Britain had acquired title. Instead the alleged superior character of an international treaty over agreements with the Somali Chiefs, together with the lack of their delineated territorial expanse, were cited in an

L. J. Vaughan Williams notant que «le protectorat du Bechuanaland relève de la souveraineté de Sa Majesté au sens de *pouvoir* et d'*autorité*, mais non au sens de *possession territoriale*» ([1910] 2 KB 603-604, cité par Malcolm Shaw, *Title to Territory in Africa*, note de bas de page 161, p. 283; les italiques sont de moi).

- c) En 1884 et en 1886, des accords furent conclus entre la Grande-Bretagne et les chefs de cinq tribus somaliennes. Dans la première série d'accords, les chefs somaliens s'engageaient à ne pas aliéner leur territoire, sinon au Gouvernement britannique. Dans la seconde (qui comprenait cinq accords), ils s'engageaient à «s'abstenir de toute correspondance, de tout accord et de tout traité avec une quelconque nation ou puissance étrangère sans l'autorisation préalable du gouvernement de Sa Majesté britannique». De son côté, le Gouvernement britannique s'engageait «à étendre sur eux, ainsi que sur les territoires relevant de leur autorité et de leur compétence, les bonnes grâces et la bienveillante protection de Sa Majesté la reine et impératrice». En 1897, les terres pastorales des tribus somaliennes furent cédées par la Grande-Bretagne à l'Ethiopie. Après la défaite de l'Italie au cours de la seconde guerre mondiale, ces territoires furent confiés à l'administration militaire britannique pour la Somalie. En 1954, celle-ci se retira, conformément aux dispositions d'un traité négocié *de novo* entre la Grande-Bretagne et l'Ethiopie, qui confirmait de fait la prépondérance du traité de 1897 sur les accords passés avec les chefs somaliens, en concédant toutefois aux tribus somaliennes quelques garanties relatives à leurs droits de pâture. La contradiction entre la cession à l'Ethiopie, en 1897, de ce que les Somaliens regardaient comme leurs terres ancestrales et les précédents traités de protection fit l'objet d'un débat au Parlement devant lequel, relate un commentateur (D. J. Latham Brown, *op. cit.*, p. 254-255), le secrétaire d'Etat aux colonies affirma déplorer le traité de 1897 «sur lequel, toutefois, comme sur nombre de faits passés, il [était] impossible de revenir». Un membre du Parlement s'exprima de manière plus explicite :

«les anciens des tribus s'étaient volontairement placés sous la protection britannique, dans l'espoir de préserver leur indépendance, l'ordre établi, ainsi que pour d'autres raisons valables et suffisantes. En résumé, l'on est, semble-t-il, fondé à affirmer qu'il ne fut à aucun moment opéré de transfert de territoire. En conséquence, il n'était pas en notre pouvoir de céder ce que nous ne possédions pas.»

Si, par la suite, la cession fut en pratique confirmée par le traité de 1954, elle le fut en dépit de la maxime *nemo dat quod non habet*, sans toutefois que celle-ci fût contestée ou que quiconque prétendît que la Grande-Bretagne avait acquis le titre. Au lieu de cela, l'on chercha à expliquer la contradiction entre les obligations conventionnelles contractées auprès de l'Ethiopie d'une part et des chefs somaliens de

endeavour to explain the inconsistency between the different treaty obligations undertaken to the Somali Chiefs and Ethiopia, respectively. At any rate, there was at least an attempt at a rationale, which is sadly missing in our Judgment, which states with full-throated ease that the 1884 Treaty of Protection did not preclude the transfer of Bakassi to Germany merely because it established a colonial protectorate.

- (d) British colonial policy during the relevant period was marked by a consistent insistence on distinguishing between colonies and protectorates. Upholding such a distinction was a major aim of British diplomacy in the Berlin Conference, where it triumphed over imperialist latecomers intent upon achieving nothing less than the threshold of effective occupation and who, moreover, derided the concept of protection as “*prises de possession sur le papier*”. It is reasonable to assume that such a distinction was not insisted upon for purely formal or descriptive motives, but for pragmatic reasons that have been commented upon extensively by historians (Robinson and Gallagher, *Africa and the Victorians: The Official Mind of Imperialism*, 1961). Whatever these motives might have been, what matters is that a normative differentiation was attached to this distinction and was reflected in British practice².

8. It would appear, therefore, that support for the contention that treaties of protection in sub-Saharan Africa allowed generally for the transfer of sovereignty to the colonial/protecting Power cannot be safely established by reference to the *Island of Palmas* Award nor to the alleged practice of the Berlin Conference era, a practice from which, at best, no firm inferences can be drawn and which in fact supports retention of a normative distinction between colonies and the so-called colonial protectorates and the consequent upholding of the maxim *nemo dat quod non habet*.

9. So far I have attempted to demonstrate that the existence of a category of protectorates, the so-called “colonial protectorates”, where the protecting Power was free to dispose of the protected territory at will, is a proposition that neither State practice nor judicial precedent supports and is, in all probability, no more than a fiction existing in the minds of some commentators who try to find *ex post facto* legitimization for unfathomable and illegal facts by the invention of sub-categories where normally applicable rules do not operate. Be this as it may, let us assume, *arguendo* — if only for the sake of completeness — that the Berlin Con-

² *Oppenheim's International Law*, Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts (eds.), 9th ed., Vol. I, p. 269; footnote 9 contains a list of British practice and court decisions generally supportive of a distinction between colonies and the so-called colonial protectorate.

l'autre en invoquant la prétendue supériorité d'un traité international sur les accords conclus avec ces derniers, ainsi que l'absence d'une définition de l'étendue de leur territoire. Du moins avança-t-on une tentative d'explication, ce dont on peut déplorer l'absence dans l'arrêt, où la Cour affirme sans états d'âme que le traité de protectorat de 1884 n'empêchait pas la cession de Bakassi à l'Allemagne pour la simple raison qu'il établissait un protectorat colonial.

- d) Au cours de la période pertinente, les Britanniques ne laissèrent pas d'insister, dans le cadre de leur politique coloniale, sur la nécessité de distinguer entre colonies et protectorats. Maintenir une telle distinction fut, à la conférence de Berlin, l'un des principaux objectifs de la diplomatie britannique. Celle-ci l'emporta sur les derniers venus dans le clan impérialiste, qui, tournant en dérision le concept de protection, qu'ils taxaient de «prises de possession sur le papier» (en français dans le texte), avaient tout simplement pour ambition l'occupation effective. Il est raisonnable de supposer que ce ne fut pas pour des raisons purement formelles ou terminologiques que les Britanniques insistèrent sur le maintien d'une telle distinction, mais pour des raisons pratiques, lesquelles ont été amplement commentées par les historiens (Robinson et Gallagher, *Africa and the Victorians: The Official Mind of Imperialism*, 1961). Quelles qu'aient été ces raisons, ce qui importe, c'est qu'une différenciation normative était associée à cette distinction, ce dont témoigne au reste la pratique britannique².

8. Il semblerait ainsi que l'on ne puisse établir de manière certaine que les traités de protection en Afrique subsaharienne permettaient généralement le transfert de souveraineté à la puissance coloniale/protectrice ni en s'appuyant sur la sentence rendue en l'affaire de l'*Ile de Palmas*, ni en invoquant la pratique censée prévaloir à l'époque de la conférence de Berlin — pratique dont on ne saurait de toute manière rien inférer de définitif et qui confirme en réalité le maintien d'une distinction normative entre colonies et protectorats dits coloniaux et, partant, le respect de la maxime *nemo dat quod non habet*.

9. J'ai jusqu'à présent tenté de montrer que l'existence d'une catégorie de protectorats, les protectorats dits «coloniaux» dans le cadre desquels la puissance protectrice était libre de disposer à volonté du territoire protégé, est une thèse qui ne trouve confirmation ni dans la pratique des Etats ni dans la jurisprudence. Selon toute probabilité, elle n'est rien d'autre qu'une chimère née de l'imagination de certains commentateurs s'efforçant de légitimer à posteriori des faits incorporeux et illicites en inventant des sous-catégories dans lesquelles les règles généralement applicables n'ont pas cours. Quoi qu'il en soit, supposons, pour les

² Sir Robert Jennings et sir Arthur Watts (dir. publ.), *Oppenheim's International Law*, 9^e éd., vol. I, p. 269; la note de bas de page 9 énumère des comportements et des décisions judiciaires britanniques qui confirment de manière générale l'existence d'une distinction entre colonies et protectorats dits coloniaux.

ference on West Africa did sanction such behaviour as evidenced by the State practice emanating from it. Could this practice be invoked in an African dispute when no African State has participated in the formation of such practice? To my mind the answer must be clearly in the negative, and it matters not that the present dispute is between two African States. What is material is that the argument used by counsel for one State — Cameroon — is rooted in the alleged legitimacy of this practice which is claimed to be opposable to the other Party.

10. A further question is the extent to which the operation of the rule (or principle) of intertemporal law³ should shield such practice from judicial scrutiny taking place at a much later time when other rules of international law, regarding the sovereign equality of States, self-determination, non-discrimination and to some extent (for this area is sadly only rudimentarily developed, both from the procedural and the substantive aspects) the rights of indigenous peoples, have to be appraised by judges called upon to decide a contemporary dispute.

11. Let me start by recalling that the concept of the intertemporal law is an irretrievably elusive one. At first sight it looks simple. To quote Max Huber once more: “A juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not of the law in force at the time when such a dispute in regard to it arises or falls to be settled.” (*RIAA*, Vol. II, p. 845.)

12. At a general level, the proposition is sustainable, but when we come to enquire more closely into its operation, problems start to arise: is *appreciation* in the light of the law contemporary with the judicial act, for example, a treaty of protection, the same as *interpretation* of such a treaty in the light of contemporaneous law? Or does it merely mean that in interpreting a treaty of the past one should be mindful, in applying the time-honoured and established canons of treaty interpretation, of the temporal context that may shed light on the presumed intention of the parties and thus help ascertain it? Should such a legal act (a treaty) be interpreted against the background that the object and purpose of the treaty was the guaranteeing or upholding of a certain principle, for example, that the mandate system is a “sacred trust of civilization” (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *I.C.J. Reports 1971*, p. 16)? Similarly, in interpreting a

³ For different names used to connote the status of intertemporal law see T. O. Elias, “The Doctrine of Inter-temporal Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 74, 1980, p. 285.

besoins de l'argumentation — et ne serait-ce que par souci d'exhaustivité —, que la conférence de Berlin sur l'Afrique occidentale ait approuvé ce comportement, et que la pratique ultérieure des Etats l'atteste. Cette pratique pourrait-elle être invoquée dans le cadre d'un différend africain alors même qu'aucun Etat africain ne participa à la formation de celle-ci? A mon sens, la réponse ne peut être que négative, et le fait que la présente espèce oppose deux Etats africains est sans pertinence ici. Ce qui importe, c'est que l'argumentation développée par l'une des Parties — le Cameroun — est fondée sur la légitimité présumée de cette pratique, qui est présentée comme opposable à la Partie adverse.

10. Se pose également la question de savoir dans quelle mesure l'application de la règle (ou du principe) du droit intertemporel³ doit permettre de soustraire pareille pratique à tout contrôle judiciaire intervenant à une date bien ultérieure, quand des juges appelés à trancher un différend qui leur est contemporain doivent apprécier la pertinence d'autres règles de droit international concernant l'égalité souveraine des Etats, l'autodétermination, la non-discrimination et, dans une certaine mesure (car ce domaine n'en est malheureusement qu'à ses balbutiements, tant du point de vue de la procédure que de celui du fond), les droits des peuples indigènes.

11. Je commencerai par rappeler que la notion de droit intertemporel est irrémédiablement insaisissable. A première vue, elle paraît simple. Pour citer une fois de plus Max Huber: «[u]n acte juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque, et non à celle du droit en vigueur au moment où s'élève ou doit être réglé un différend relatif à cet acte» (*Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 845) (traduction française: Ch. Rousseau, *op. cit.*, p. 172).

12. D'un point de vue général, cette thèse peut se soutenir, mais dès lors que l'on se penche de plus près sur son application, des problèmes commencent à se faire jour: *apprécier* un acte juridique — un traité de protection par exemple — à la lumière du droit de l'époque revient-il à *interpréter* à la lumière du droit de l'époque? Ou doit-on seulement comprendre qu'il faut, lorsque l'on applique à un instrument hérité du passé les canons consacrés par l'usage en matière d'interprétation des traités, prendre en considération le contexte temporel, lequel peut fournir des éclaircissements sur l'intention présumée des parties et, partant, nous aider à établir celle-ci? Doit-on interpréter un tel acte juridique (un traité) en tenant compte du fait que son objet et son but étaient de garantir ou de confirmer certains principes, comme le caractère de «mission sacrée de civilisation» du régime de mandat (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) au Conseil de sécurité*,

³ Au sujet de la terminologie employée en ce qui concerne le statut du droit intertemporel, voir T. O. Elias, «The Doctrine of Inter-temporal Law», *American Journal of International Law*, vol. 74, 1980, p. 285.

treaty of protection should not the law contemporary with the legal act be read against the background of the concept of protection which, like the concept of the mandate, connotes an element of guardianship⁴ traceable to the great Roman jurist Ulpian who said: “for certain purposes of the law some cities and municipalities are to be treated as minors”. A concept that therefore excludes notions of ownership. It should not be forgotten that, in appreciating the law contemporary with the 1884 Treaty, we should be mindful that the ancient concept of protection antedates the Berlin Conference; thus, to cite a few examples, Great Britain had established a protectorate over the Ionian Islands in 1814 which was maintained in accordance with the classical concept of protection which excluded any notion of sovereignty of the protecting Power, and much earlier during the Muslim Conquests many agreements of protection were concluded with local rulers in certain parts of Europe and elsewhere⁵. After 1885, State practice, to use the words of one commentator “revealed a tendency to *deform the original classic* concept of the protectorate and to convert it into an instrument of colonialism” (Alexandrowicz, *The Role of Treaties in the European-African Confrontation in the Nineteenth Century, African International Legal History*, p. 55, cited by Malcolm Shaw in *Title to Territory in Africa*, p. 47; emphasis added). Would then the operation of intertemporal law not require us as judges to appraise not just the practice but the fact that it was a deformation of the concept and practice of protection against the background that the object of the protectorate system — like the mandatory system — is a form of guardianship that by definition excludes notions of territorial ownership or territorial dominion? To my mind this is the relevant law that should be appreciated as a consequence of the rule of intertemporal law and it cannot be reduced to a mere review of a deformation, half-Kafkaesque, half-Orwellian, where friendship means interference in the internal affairs and protection means loss of sovereignty and dismemberment and the conclusion of treaties means instantaneous breach. Put differently, ascertainment of the true meaning of intertemporal law requires us to enquire into the quality of the juridical act in the light not only of

⁴ *Oppenheim's International Law*, Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts (eds.), 9th ed., Vol. I, p. 267.

⁵ For example, the Treaty of Tudmir of Rajab 94 AH-April 731 AD, concluded between Abdulaziz Son of Musa Son of Nusair the Umayyad Governor of Spain and Theodemir, representative of local fortress-chiefs in South-East Spain, an area encompassing the modern region of Murcia, Alicante and Valencia; the pact itself transformed *political power* from the Hispanic Visigoths to the Umayyads of Damascus, but rights in property and other rights were retained by those chiefs and their descendants. For the text of the treaty see *Negotiating Cultures, Bilingual Surrender Treaties in Moslem-Crusader Spain under James the Conqueror*, edited by Robin Burns and Paul Clivedan, p. 202. Many similar treaties of protection were entered into by the Ottomans with various principalities in Eastern Europe where dominion in the sense of power passed to the Ottomans but ownership rights and other rights were retained by the indigenous European chiefs.

C.I.J. *Recueil* 1971, p. 16)? De même, lorsque l'on interprète un traité de protection, ne doit-on pas apprécier le droit de l'époque en gardant à l'esprit ce qu'impliquait la notion de protection? Cette notion, à l'instar de celle de mandat, connote des éléments de tutelle⁴ que l'on peut faire remonter au grand jurisconsulte romain Ulpien, lequel affirmait: «du point de vue du droit, certaines cités ne peuvent être considérées comme majeures» — notion qui exclut donc celle de propriété. S'agissant d'apprécier le droit contemporain du traité de 1884, gardons-nous d'oublier que le concept classique de protection est antérieur à la conférence de Berlin. Ainsi, pour citer quelques exemples, la Grande-Bretagne avait, sur la base de cette conception excluant toute notion de souveraineté de la puissance protectrice, établi en 1814 un protectorat sur les îles ioniennes, et, bien des siècles auparavant, lors des conquêtes islamiques, nombre d'accords de protection avaient été conclus avec des souverains locaux dans certaines parties d'Europe, notamment⁵. Après 1885, la pratique des Etats, pour reprendre les termes d'un commentateur, «marqua une tendance à déformer le concept original traditionnel de protectorat, et à le transformer en instrument du colonialisme» (Alexandrowicz, *The Role of Treaties in the European-African Confrontation in the Nineteenth Century, African International Legal History*, p. 55, cité par Malcolm Shaw dans *Title to Territory in Africa*, p. 47; les italiques sont de moi). L'application du droit intertemporel ne nous imposerait-elle pas dès lors, en tant que juges, de prendre en considération non pas seulement la pratique, mais également le fait que celle-ci constituait une déformation de la notion de protection et de l'exercice de cette dernière, l'objet du régime de protectorat — comme celui du régime de mandat — étant d'instituer une forme de tutelle qui, par définition, exclut les notions de propriété ou de possession territoriale? Tel est, à mon sens, le principe du droit de l'époque qu'il convient d'apprécier en vertu de la règle du droit intertemporel, et l'on ne saurait se contenter de dresser le constat d'une déformation mi-kafkaïenne mi-orwellienne, où amitié signifie ingérence dans les affaires intérieures, où protection signifie perte de souveraineté et démembrement, et où conclusion de traités signifie violation instantanée

⁴ Sir Robert Jennings et sir Arthur Watts (dir. publ.), *Oppenheim's International Law*, 9^e éd., vol. I, p. 267.

⁵ Citons, à titre d'exemple, le traité de Tudmir de Rajab (année 94 de l'hégire — avril 731 de l'ère chrétienne), conclu entre 'Abd al-'Aziz ibn Mūsā ibn Nuṣayr, gouverneur de l'Espagne omeyyade, et Théodémir, représentant des petites principautés militaires locales du sud-est de l'Espagne (correspondant aux actuelles régions de Murcie, Alicante et Valence): par ce pacte, le *pouvoir politique* était transféré des mains des Wisigoths d'Espagne aux Omeyyades de Damas, mais les princes et leurs descendants conservaient les droits de propriété ainsi que d'autres droits. Pour le texte du traité, voir Robin Burns et Paul Clivedan (dir. publ.), *Negotiating Cultures, Bilingual Surrender Treaties in Moslem-Crusader Spain under James the Conqueror*, p. 202. Les Ottomans conclurent nombre de traités de protection semblables avec diverses principautés d'Europe orientale, dans le cadre desquelles la souveraineté, au sens d'autorité, passait aux mains des Ottomans, tandis que les chefs européens conservaient leurs droits de propriété et autres.

the alleged practice, but in the light of the totality of the law relating to protection, i.e. with reference to its object and taking into account other rules relevant at the time. Did the practice of South Africa conform to the object and purpose of the mandate system as “a sacred trust of civilization”? And, similarly, did the practice of alienating protected territory conform to the notion that the concept of protection is based upon legally developed notions of guardianship which by definition exclude the concept that protection is synonymous with territorial ownership?

Also relevant in appreciating the law contemporary with the legal act in question, i.e. a treaty, is the requirement that other rules of law should be taken cognizance of. Paramount among these is the fundamental rule *pacta sunt servanda*, arguably the most important rule in international law and indeed in law generally, and one which cannot be overturned by the assumed practice of some States. I am not aware that in the Berlin Conference era that rule had ceased to exist.

13. At any rate, intertemporal law as formulated by Max Huber is not as static as some would like to think, for it should not be forgotten that its elusiveness is further increased by his immediately following statement that “the existence of the right, in other words, its continued manifestation, shall follow the conditions required by the evolution of law” (*RIAA*, Vol. II, p. 845).

14. It is beyond the scope of this separate opinion to enter into the well-known and legitimate debate on the scope of the rule or principle of intertemporal law arising out of the combination by Max Huber of evolutionary and static elements in his formulation of the concept. Suffice it to say that the confusion was such that neither the International Law Commission, guided by its distinguished and learned Special Rapporteur on the topic Sir Humphrey Waldock, nor the Vienna Conference itself, were able to resolve the issue, with the consequence that the concept of intertemporal law was dropped from the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 31 of that instrument containing no expressly temporal element and merely speaking “of relevant rules of law” and Article 64 in fact following an opposite direction in the case of a subsequently emerging rule of *jus cogens*.

15. In other words, we are not faced with a simple well-defined rule capable of automatic application, but rather with a perplexing idea that was incapable of finding a place in the 1969 Vienna Convention. Nor has the concept of intertemporal law found support in judicial decisions, where it has been often overcome with the aid of a belated discovery of the intention of the parties as was the case in the *Aegean Sea* case, or by reading the provisions of modern law into the treaty, which was the

de ceux-ci. Autrement dit, saisir la signification véritable du droit intertemporel nous oblige à nous interroger sur la qualité de l'acte juridique considéré à la lumière non seulement de la pratique alléguée, mais aussi de l'ensemble du droit relatif à la protection, c'est-à-dire en nous référant à son objet et en prenant en compte d'autres règles pertinentes à l'époque. La pratique de l'Afrique du Sud était-elle conforme au but et à l'objet du régime de mandat en tant que «mission sacrée de civilisation»? Et, de même, la pratique consistant à aliéner un territoire protégé était-elle conforme à l'idée que le concept de protection se fonde sur des notions de tutelle développées en droit qui, par définition, excluent toute synonymie entre protection et propriété territoriale?

Est également pertinent, s'agissant d'apprécier le droit contemporain de l'acte juridique considéré (le traité), l'obligation de prendre en considération d'autres règles de droit. La principale d'entre elles est la règle fondamentale *pacta sunt servanda*, en laquelle on peut voir la plus importante règle de droit international, sinon de droit en général, et qui ne saurait, en tout état de cause, être invalidée par la pratique supposée de certains Etats. Je ne sais pas que, à l'époque de la conférence de Berlin, cette règle ait cessé d'exister.

13. En tout état de cause, le droit intertemporel tel que l'a formulé Max Huber n'est pas aussi statique que d'aucuns voudraient le croire, son caractère insaisissable étant encore accentué par ce qu'il ajoute au paragraphe suivant, à savoir: «l'existence de ce droit, en d'autres termes sa manifestation continue, [doit suivre] les conditions requises par l'évolution du droit» (*Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 845) (traduction française: Ch. Rousseau, *op. cit.*, p. 172).

14. Il ne nous appartient pas, dans le cadre de la présente opinion individuelle, d'entrer dans ce débat bien connu et tout à fait légitime qui entoure le champ d'application de la règle ou du principe de droit intertemporel auquel a donné lieu la combinaison par Max Huber d'éléments statiques et d'éléments dynamiques dans la définition de son concept. Qu'il nous suffise de rappeler que la confusion fut telle que ni la Commission du droit international, sous la houlette de l'éminent rapporteur spécial sur la question, sir Humphrey Waldock, ni la conférence de Vienne elle-même ne furent en mesure de démêler cette question, de sorte que la notion de droit intertemporel fut omise de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. L'article 31 de celle-ci ne renvoie expressément à aucun élément temporel, se contentant d'évoquer «toute règle pertinente de droit», et son article 64 va même au rebours de cette notion, s'agissant de la survenance d'une nouvelle norme de *jus cogens*.

15. En d'autres termes, nous n'avons pas affaire à une règle simple et bien définie susceptible d'être appliquée automatiquement, mais plutôt à une idée complexe qui n'a pas réussi à trouver sa place dans la convention de Vienne de 1969. De même le concept de droit intertemporel n'a-t-il pas été consacré dans les décisions d'organes judiciaires, qui sont souvent passés outre grâce à une découverte tardive de l'intention des parties, comme ce fut le cas dans l'affaire de la *Mer Egée*, ou à une inter-

approach that the Court took in its Advisory Opinion on Namibia when it stated that: “an international instrument must be interpreted and applied within the overall framework of the juridical system in force at the time of interpretation” (*Legal Consequence for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *I.C.J. Reports 1971*, p. 31).

16. Furthermore, it is perhaps in the realm of criminal law that the rule of intertemporal law comes to the forefront and lends itself to delineation. This is so because the temporal aspect in the maxim *nullum crimen nulla poena sine lege* requires a precise definition, yet it was precisely in this same realm that the rule has been significantly abandoned. Thus, the operation of the rule would have acted to shield the perpetrators of grave crimes in World War II from criminalization because many of these crimes were not part of positive law, but in the event, as is well known, that protection afforded by adherence to intertemporal law was not accepted. If such was the case where the law was more precise, the concept itself more readily delineated and the consequences, criminalization, grave, I see no reason why a behaviour that is incompatible with modern rules of international law and morally unacceptable by modern values underlying those rules should be shielded by reference to intertemporal law, all the more so when the reprobation of later times manifests itself not in criminalization but merely in invalidation.

17. It would thus seem reasonable to assert that in speaking of intertemporal law, we are faced with a confusing concept the status of which as a rule, or principle, or doctrine, or rule of interpretation, is steeped in controversy and which was consciously dropped from the 1969 Convention on the Law of Treaties and consistently rejected in successive decisions of the European Court of Human Rights, not to speak of the way it was overcome by certain decisions of this Court and abandoned in the realm of grave crimes, ironically the very area where it can be said to have some delineation and coherence. In other words, it is a truncated concept on which the hopes of finding the basis for ceding Bakassi to Germany in 1913 are misplaced.

18. In paragraph 205 the Judgment draws attention to “the fact that the international legal status of a ‘Treaty of Protection’ entered into under the law obtaining at the time cannot be deduced from its title alone”. In support of this assertion the Judgment goes on to illustrate by examples:

“Some treaties of protection were entered into with entities which retained thereunder a previously existing sovereignty under international law. This was the case whether the protected party was hence-

prétation du traité à la lumière des dispositions du droit moderne, approche que retint la Cour dans son avis consultatif sur la Namibie, en s'exprimant ainsi: «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» (*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*, C.I.J. Recueil 1971, p. 31).

16. En outre, c'est peut-être dans le domaine du droit pénal que la règle de droit intertemporel revêt une importance particulière et se prête à une définition. En effet, bien que l'aspect temporel de la maxime *nullum crimen nulla poena sine lege* requière une définition précise, c'est pourtant précisément dans ce domaine qu'elle a été le plus remarquablement écartée. Ainsi, son application aurait permis de soustraire à la justice pénale les auteurs de crimes internationaux commis dans le cadre de la seconde guerre mondiale, crimes qui, pour beaucoup d'entre eux, ne relevaient pas du droit positif. Toutefois, on le sait, cette protection qu'impliquait le respect du droit intertemporel ne fut pas accordée. S'il en fut ainsi alors que le droit était plus précis, les contours du concept lui-même plus aisément identifiables et les conséquences (à savoir la criminalisation) fort lourdes, je ne vois pas pourquoi l'invocation du droit intertemporel devrait protéger un comportement incompatible avec les règles modernes du droit international et inacceptable au regard des valeurs morales modernes qui sous-tendent ces règles, et ce, à plus forte raison quand la réprobation ultérieure se manifeste non par une criminalisation mais simplement par une invalidation.

17. L'on peut donc, semble-t-il, raisonnablement affirmer que, s'agissant du droit intertemporel, nous avons affaire à une notion complexe, dont le statut en tant que règle, principe, doctrine ou règle d'interprétation est matière à force controverses, et qui fut en outre intentionnellement omise de la convention sur le droit des traités de 1969, systématiquement rejetée dans diverses décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans compter qu'elle fut écartée dans certaines décisions de la Cour internationale de Justice et abandonnée dans le domaine des crimes internationaux, le seul, paradoxalement, où elle semblait à peu près définie et cohérente. En d'autres termes, il s'agit d'une notion bancale par laquelle on a tort d'espérer pouvoir justifier la cession de Bakassi à l'Allemagne en 1913.

18. Au paragraphe 205 de l'arrêt, la Cour appelle l'attention sur le fait «que le statut juridique international d'un «traité de protection» conclu sous l'empire du droit alors en vigueur ne saurait être déduit de son seul titre», ce qu'elle illustre par les exemples suivants:

«Certains traités de protection furent ainsi conclus avec des entités qui conservèrent, dans le cadre de ces traités, la souveraineté qui était antérieurement la leur au regard du droit international, que ces

forth termed 'protectorate' (as in the case of Morocco, Tunisia and Madagascar (in their treaty relations with France) or a 'protected state' (as in the case of Qatar and Bahrain in their treaty relations with Great Britain)."

19. This reasoning calls for two comments: Firstly, whilst it is true that the international legal status of a "treaty of protection" cannot be deduced from its title alone, that title must nevertheless have some impact, for we can instantly glean from the title that the entity in question was not a *terra nullius* given that "you do not protect a *terra nullius*". We can also safely deduce from the title that the subject-matter was protection and not colonial title. We can further deduce that the entity in question had the capacity to enter into treaty relations and, unless we start from the false premise that one party to a treaty can unilaterally determine the international status of the other, we can also deduce that the treaty has international legal standing.

Secondly, the Judgment seeks to distinguish between this case and other cases where it had occasion to pronounce on the existence of an international legal personality of the protected party: Morocco and Tunisia with regard to France and Qatar and Bahrain with regard to Great Britain, but again this argues that the so-called colonial protectorates are part and parcel of protectorates in general and do not constitute a sub-category unless the will of one party, the protecting Power, is decisive. Moreover, in the case of Qatar and Bahrain these sheikhdoms were not independent States when Britain entered into treaty relations of protection with them but Ottoman dominions ruled under the suzerainty of the Ottoman Empire by local chiefs. The same is true of Tunisia. It would be ironic for the Court to decide that those who were under Ottoman suzerainty were in fact sovereign because it suited practical considerations of British policy that they should be so seen, and not those chiefs who were under no one's sovereignty or suzerainty when Great Britain entered into treaties of protection. Not only would this make colonial law and not international law the determining factor, it would also raise doubts regarding the broad consistency of the Court's decisions.

20. Leaving aside the question of title, the plain words of the treaty — and it is a mercifully brief one — leave no room for doubts that what was at issue was nothing but "favour and protection" in return for agreeing not to enter into treaties with other Powers without British sanction. There is no reference to a transfer of territorial sovereignty, either by calling it a cession or otherwise to use the terminology employed by the Court in the *Western Sahara* Advisory Opinion in paragraph 80. The lack of any intent to transfer territorial sovereignty can be safely arrived

territoires protégés aient ensuite été appelés «protectorats» (comme dans le cas du Maroc, de la Tunisie et de Madagascar ... dans leurs relations conventionnelles avec la France) ou «Etats protégés» (comme dans le cas de Bahreïn et de Qatar dans leurs relations conventionnelles avec la Grande-Bretagne).»

19. Ce raisonnement appelle deux observations: *primo*, s'il est vrai que le statut juridique international d'un «traité de protection» ne saurait être déduit de son seul titre, ce titre doit néanmoins avoir certaines implications. Il nous apprend ainsi d'emblée que l'entité en question n'était pas *terra nullius*, car «on ne protège pas une *terra nullius*». Nous pouvons également en déduire, sans risque d'erreur, que le traité avait pour objet la protection et non le titre colonial. Nous pouvons encore en conclure que l'entité en cause était habilitée à établir des relations conventionnelles. Enfin, sauf à postuler, erronément, qu'une partie à un traité peut déterminer de manière unilatérale le statut international de l'autre, nous pouvons en inférer que le traité était juridiquement valable sur le plan international.

Secundo, la Cour cherche, dans son arrêt, à établir une distinction entre cette affaire et d'autres dans le cadre desquelles elle a été amenée à se prononcer sur l'existence de la personnalité juridique internationale de la partie protégée (le Maroc et la Tunisie par rapport à la France, et Qatar et Bahreïn vis-à-vis de la Grande-Bretagne), mais, une fois encore, il appert que les protectorats dits coloniaux participent des protectorats en général et ne constituent pas une sous-catégorie, sauf à admettre que la volonté d'une partie (la puissance protectrice) soit décisive. En outre, s'agissant de Qatar et Bahreïn, ces territoires placés sous l'autorité d'un cheikh n'étaient pas des Etats indépendants lorsque la Grande-Bretagne noua avec eux, par le biais de traités, des rapports de protection, mais des possessions ottomanes gouvernées par des chefs locaux vassaux de l'Empire. Il en allait de même pour la Tunisie. Il serait paradoxal que la Cour juge que des chefs vassaux étaient de fait souverains, parce que, pour des raisons pratiques d'ordre politique, il seyait à la Grande-Bretagne qu'ils fussent considérés comme tels, mais ne reconnaisse pas les mêmes attributions à ceux qui échappaient à toute souveraineté ou suzeraineté lorsque la Grande-Bretagne conclut avec eux des traités de protection. Non seulement le facteur déterminant serait alors le droit colonial, et non le droit international, mais aussi la cohérence générale des décisions de la Cour pourrait dès lors être mise en doute.

20. Abstraction faite de la question du titre, le simple libellé du traité — qui, par bonheur, est fort bref — ne laisse aucune incertitude sur le fait que l'enjeu de cet instrument se résumait, pour une partie, à étendre «ses bonnes grâces et sa bienveillante protection», et pour l'autre, à s'engager à ne conclure aucun traité avec des puissances autres que la Grande-Bretagne sans l'autorisation de celle-ci. Il n'est fait référence à aucun transfert de souveraineté territoriale, que ce soit par l'emploi du mot cession, pour reprendre la terminologie qu'emploie la Cour au paragraphe 80 de

at by reference to the maxim *inclusio unius exclusio alterius* and by the fact that it was protection and not ownership that was the subject of that treaty.

21. The situation was not altered by the fact that Great Britain in fact went on to administer the territory in question (Judgment, para. 207) for this was exactly the same situation in the Bechuanaland Protectorate referred to above (see para. 7 above) but where, nevertheless, a British court maintained the distinction between a colony on the one hand and a protectorate on the other, or to use its exact words: “a protectorate under his Majesty’s dominion in the sense of *power* and *jurisdiction* it was not under his dominion in the sense of *territorial dominion*” (emphasis added). Moreover, the administration of a protected State can perfectly co-exist with protection. Nor was the situation altered by the British decision to incorporate the territories of the Kings and Chiefs of Old Calabar into the Niger Coast Protectorate. The situation did alter, however, in 1913 when Great Britain ceded present-day Bakassi to Germany, for what the Kings and Chiefs had consented to was British and not German protection and because, moreover, that cession implied powers associated with territorial sovereignty that Great Britain did not possess.

22. There is a strong presumption in international law against the incidental loss of sovereignty, but it is a rebuttable presumption, and whilst the case of the Kings and Chiefs of Old Calabar was not weakened by the treaty itself, their subsequent behaviour certainly has had that effect. It is said that the God of sovereignty is a jealous God but apparently not in Bakassi, for, in reflecting on this case, one cannot but notice an extreme passivity and inaction on their part that managed to rebut the presumption. Apart from a single trip in 1913 to London, when a delegation sent on their behalf discussed matters relating to land tenure, they remained silent in the face of momentous events that had an impact on their status. Most notably, their failure to protest at the cession of their territory to Germany under the 1913 Agreement leaves me with no choice but to conclude that they had given their consent to that transfer *volenti non fit injuria*. It is for this reason alone — and not the surrealistic interpretation of the Treaty of 1884 or the reference to a fictitious sub-category of colonial protectorates, nor the equally fictitious reference to a form of intertemporal law that would shield a deformed practice of the concept of protection from invalidation — that I have voted in favour of point III (A) of the *dispositif* relating to those provisions of the 1913 Agreement that deal with Bakassi.

(Signed) Awn AL-KHASAWNEH.

l'avis consultatif rendu en l'affaire du *Sahara occidental*, ou sous quelque autre forme. L'absence de toute intention de transférer la souveraineté territoriale découle très clairement de la maxime *inclusio unius exclusio alterius* d'une part et, d'autre part, du fait que l'objet du traité n'était pas la propriété mais la protection.

21. Que, par la suite, la Grande-Bretagne ait effectivement administré le territoire en question (arrêt, par. 207) ne modifia en rien la situation : celle-ci était exactement la même dans le protectorat du Bechuanaland évoqué plus haut (voir par. 7 de la présente opinion), ce qui n'empêcha pas un tribunal britannique de maintenir la distinction entre colonie et protectorat, ou, pour reprendre ses termes exacts : « un protectorat relevant [ant] de l'autorité de Sa Majesté au sens de *pouvoir* et d'*autorité*, mais non au sens de *possession territoriale* » (les italiques sont de moi). En outre, une puissance peut parfaitement administrer un Etat qu'il protège. La situation ne changea pas non plus lorsque la Grande-Bretagne décida d'intégrer les territoires des rois et chefs du Vieux-Calabar au protectorat de la côte du Niger. Elle changea, en revanche, en 1913, lorsque la Grande-Bretagne céda à l'Allemagne l'actuelle Bakassi : en effet, c'était sous protection britannique, et non allemande, que les rois et chefs avaient consenti à se placer et la cession aurait, en outre, exigé des pouvoirs associés à la souveraineté territoriale que la Grande-Bretagne ne détenait pas.

22. Il existe, en droit international, une forte présomption contre la perte incidente de souveraineté, mais c'est là d'une présomption réfragable, et si la situation des rois et chefs du Vieux-Calabar ne fut pas affaiblie par le traité lui-même, elle le fut assurément par leur comportement ultérieur. L'on dit que le dieu de la souveraineté est un dieu jaloux, mais, à Bakassi, cette divinité déroge apparemment à la règle : à la réflexion, l'on ne peut manquer d'être frappé par la passivité et l'inaction dont firent preuve les rois et chefs du Vieux-Calabar, poussés à un point tel que la présomption s'en trouva renversée. A l'exception d'une unique visite à Londres en 1913, au cours de laquelle leur délégation discuta de questions relatives au régime foncier, les rois et chefs demeurèrent silencieux face à des événements capitaux qui mettaient en jeu leur statut. Le fait, en particulier, qu'ils ne protestèrent pas contre la cession à l'Allemagne de leur territoire aux termes de l'accord de 1913 m'oblige à conclure qu'ils avaient donné leur consentement à ce transfert : *volenti non fit injuria*. C'est uniquement pour cette raison — et non en me fondant sur l'interprétation surréaliste du traité de 1884 qui a été avancée, pas plus que sur le renvoi à une chimérique sous-catégorie de protectorats coloniaux, ou à une non moins chimérique forme de droit intertemporel qui permettrait de soustraire à l'invalidation une pratique déformée de la protection — que j'ai voté en faveur du point III A) du dispositif relatif aux articles de l'accord de 1913 concernant Bakassi.

(Signé) Awn AL-KHASAWNEH.