

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

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-

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

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

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

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 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

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.

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.

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.

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 sache 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-

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

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

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.