

## DECLARATION OF JUDGE ODA

I voted in favour of the Judgment, in which the Court finds that “sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan belongs to Malaysia” (para. 150). The present case is a rather “weak” one in that neither Party has made a strong showing in support of its claim to title to the islands on any basis. While Malaysia has made a more persuasive case on the basis of “*effectivités*”, its arguments are still not very strong in absolute terms. The Court, however, has been requested to choose between the two Parties in adjudging “whether sovereignty over [the two islands] belongs to . . . Indonesia or to Malaysia” (Special Agreement of 31 May 1997, Art. 2) and, given that choice, the Court has come to a reasonable decision.

\* \*

In my view, a full understanding of the present case requires an awareness of the underlying facts and circumstances. The existence of the islands of Ligitan and Sipadan has been known since the nineteenth century. However, neither Great Britain nor the Netherlands manifested an interest in sovereignty over or territorial title to the islands in the period before the Second World War and neither Indonesia nor Malaysia took any steps in the post-war period to claim sovereignty over the islands until the late 1960s. Prior to that time, there was no dispute between the two States concerning sovereignty over the islands. If there was any dispute in the late 1960s concerning sovereignty over the islands, it could well have derived from conflicting interests in the exploitation of under-sea oil resources. In fact, any dispute which may have arisen in this period concerned only the delimitation of the continental shelf between the two States, which had become of interest because of the abundance of submarine oil reserves, but *not* sovereignty over the islands.

\*

In the mid-1960s, ten years after the adoption of the Geneva Convention on the Continental Shelf in 1958, agreements between neighbouring States to delimit the continental shelf were entered into in all parts of the world where prospecting had pointed to the existence of rich oil reserves: the North Sea, the Gulf of Finland and the Baltic, the Adriatic Sea, the

## DÉCLARATION DE M. LE JUGE ODA

[Traduction]

J'ai voté en faveur de l'arrêt, dans lequel la Cour déclare que «la souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan appartient à la Malaisie» (par. 150). La présente affaire manque quelque peu de consistance, aucune des Parties n'étant parvenue à démontrer de façon véritablement convaincante le bien-fondé de ses prétentions à un titre sur les îles. La Malaisie a certes plaidé une thèse plus convaincante sur le fondement des effectivités, mais, considérés dans l'absolu, ses arguments n'en demeurent pas moins faibles. Cela étant, les deux Etats ont prié la Cour de trancher entre elles en déterminant «si la souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan appartient à la République d'Indonésie ou à la Malaisie» (compromis du 31 mai 1997, art. 2) et, face au choix qui lui était confié, la Cour est parvenue à une décision raisonnable.

\* \*

Pour comprendre pleinement la présente affaire, il faut selon moi connaître les faits et circonstances qui la sous-tendent. L'existence des îles de Ligitan et de Sipadan est connue depuis le XIX<sup>e</sup> siècle. Cependant, ni la Grande-Bretagne ni les Pays-Bas ne manifestèrent le moindre intérêt pour la souveraineté ou le titre territorial sur ces îles avant la seconde guerre mondiale, pas plus que l'Indonésie ou la Malaisie ne prirent ensuite de mesures aux fins d'en revendiquer la souveraineté, et ce jusqu'à la fin des années soixante. Avant cette époque, aucun différend n'existait entre les deux Etats concernant la souveraineté sur les îles. A supposer qu'un tel différend soit véritablement apparu à la fin des années soixante, celui-ci pouvait fort bien découler de conflits d'intérêts dans l'exploitation des ressources pétrolières des fonds marins. Mais en vérité, tout différend susceptible d'avoir effectivement vu le jour à cette époque n'aurait pu concerner que la question de la délimitation du plateau continental entre les deux Etats, d'un grand intérêt depuis la découverte d'abondantes réserves pétrolières sous-marines, et *non* celle de la souveraineté sur les îles.

\*

Au milieu des années soixante, une dizaine d'années après l'adoption de la convention de Genève sur le plateau continental de 1958, des accords de délimitation du plateau continental commencèrent à être conclus entre Etats voisins dans toutes les régions du monde où les activités de prospection avaient dévoilé l'existence de riches réserves pétro-

(Persian) Gulf, the Gulf of Paria, etc. (For a comprehensive survey, see Oda, *The International Law of Ocean Development*, Vol. I, 1972, pp. 373-435; Vol. II, 1975, pp. 63-110.) There was one instance in the 1960s in which a dispute concerning the delimitation of the continental shelf was submitted jointly to this Court after negotiation had proved fruitless: the *North Sea Continental Shelf* cases (*I.C.J. Reports 1969*, p. 3).

In those days Indonesia, which was blessed with an abundance of oil both on land and offshore, initiated negotiations with its neighbours for an agreed delimitation of the continental shelf. Indonesia concluded agreements with Australia in 1971 and 1972 to divide the continental shelf between them in the area of Timor and the Arafura Sea.

Indonesia's negotiations with Malaysia had started earlier. They resulted in the 1969 Agreement relating to the delimitation of the continental shelf in the Malacca Straits and the South China Sea (off the east coast of West Malaysia and the coast of Sarawak) and the 1971 Tripartite Agreement (with Thailand) covering the northern part of the Malacca Straits but, concerning the area to the east of Borneo, they became deadlocked in September 1969. The Parties then agreed to suspend negotiations on this question. The Parties have chosen to consider the date of the breakdown of their negotiations over the delimitation of the continental shelf to be the "critical date" in respect of their dispute concerning sovereignty.

\*

Prior to these negotiations, Indonesia and Malaysia had granted Japanese oil companies (Japex and Sabah Teiseki, respectively) concessions for oil exploration and exploitation in this area. The concession areas did not overlap, as the southern limit of the Malaysian concession lay along 4° 10' 30" latitude north and the northern limit of the Indonesian concession along 4° 09' 30" latitude north. Furthermore, Ligitan and Sipadan did not lie in either concession area. Neither Indonesia nor Malaysia claimed that its concession area had been violated by the other Party (see Judgment, para. 31).

Even though the Special Agreement states that "a dispute has arisen between [Indonesia and Malaysia] regarding sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan" (Special Agreement of 31 May 1997, preface), in fact the only dispute which existed in or around 1969 was one concerning the delimitation of the continental shelf. That delimitation dispute would have been referred more properly to the Court by joint agreement, as in the *North Sea Continental Shelf* cases.

It should also be noted that the Application by the Philippines in 2001

lières: la mer du Nord, le golfe de Finlande, les mers Baltique et Adriatique, le Golfe (Persique), le golfe de Paria, etc. (une étude plus exhaustive figure dans mon ouvrage intitulé *The International Law of Ocean Development*, vol. I, 1972, p. 373-435; vol. II, 1975, p. 63-110). A une occasion, dans les années soixante, les négociations n'ayant pas abouti, un différend relatif à une délimitation du plateau continental fut porté conjointement devant la Cour (affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J. Recueil 1969, p. 3).

Ce fut à cette époque que l'Indonésie, qui regorgeait de pétrole tant en mer que sur terre, engagea des négociations avec ses voisins en vue de convenir d'une délimitation du plateau continental. En 1971 et 1972, l'Indonésie et l'Australie conclurent des accords aux fins de diviser leur plateau continental commun dans la région du Timor et de la mer d'Arafura.

Les négociations entre l'Indonésie et la Malaisie avaient débuté plus tôt. Elles débouchèrent sur l'accord de 1969 portant délimitation du plateau continental dans le détroit de Malacca et la mer de Chine méridionale (au large de la côte est de la Malaisie occidentale et de la côte du Sarawak) ainsi que sur l'accord tripartite de 1971 (avec la Thaïlande) couvrant la zone septentrionale du détroit de Malacca; toutefois, en septembre 1969, les négociations concernant la zone située à l'est de Bornéo se terminèrent dans l'impasse. Les Parties convinrent alors de suspendre les négociations sur cette question. C'est cette date de rupture de leurs négociations sur la délimitation du plateau continental qu'elles ont choisi de considérer comme «date critique» dans leur différend relatif à la souveraineté.

\*

Avant ces négociations, l'Indonésie et la Malaisie avaient accordé à des compagnies pétrolières japonaises (Japex et Sabah Teiseki, respectivement) des concessions à des fins d'exploration et d'exploitation pétrolières dans ce secteur. Les zones de concession ne se chevauchaient pas, la limite méridionale de la concession malaisienne suivant le parallèle 4° 10' 30" de latitude nord et la limite septentrionale de la concession indonésienne suivant le parallèle 4° 09' 30" de latitude nord. En outre, Ligitan et Sipadan ne se trouvaient dans aucune des zones de concession. Ni l'Indonésie ni la Malaisie n'ont invoqué de violation de leur zone de concession par l'autre Partie (voir arrêt, par. 31).

Bien que le compromis indique «qu'un différend s'est élevé entre [l'Indonésie et la Malaisie] concernant la souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan» (compromis du 31 mai 1997, préambule), en réalité, le seul différend qui existait en 1969 ou aux environs de cette date avait trait à la délimitation du plateau continental. C'est à ce titre que les Parties auraient dû saisir la Cour par leur compromis, comme dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*.

Il convient également de relever que la requête à fin d'intervention en

for permission to intervene in the present case did *not* concern either Party's title to the two islands but the delimitation of the continental shelf between the Parties. In other words, the Philippines showed its concern as to the effect which the delimitation of the continental shelf between Indonesia and Malaysia would have on its own interests.

\* \*

In the 1960s, the prevailing rule concerning the delimitation of the continental shelf was the one set out in the 1958 Convention on the Continental Shelf:

“the boundary of the continental shelf . . . shall be determined by agreement . . . In the absence of agreement, and unless another boundary line is justified by special circumstances, the boundary is the median line [in the case of opposite States]” (Art. 6, para. 1).

This provision is extremely ambiguous because it neither makes clear the baselines (i.e., whether or not offshore or mid-ocean islands should be included) from which the median line should be measured nor does it explain the “special circumstances” which justify departing from a median line in connection with certain islands: namely, whether and to what extent the very existence of islands, their size, their social or economic characteristics, their distance from the mainland, etc., could be considered “special circumstances”.

I suspect that the main concern of both Parties in their negotiations on the delimitation of their respective continental shelves related to the definition of the baselines and the role in terms of the “special circumstances” test to be played by the scattered islands just south of the north-eastern coast of Borneo. The Parties might then have realized the potential significance of the islands of Ligitan and Sipadan — over which neither Party had claimed sovereignty. In fact, they might have concluded that sovereignty over these islands would entitle them to a much wider continental shelf. Particularly in Indonesia's case, sovereignty over these islands, situated at some distance from its own coast might have gained for it a much wider share of the continental shelf.

In my view, it is significant that each State (and particularly Indonesia), which prior to the 1960s had shown no interest in sovereignty over these two islands, suddenly realized that sovereignty would strengthen its hand in respect of the continental shelf negotiations. The issue of sovereignty arose only as a result of the Parties' manœuvring for better bargaining positions in the continental shelf delimitation.

l'espèce, introduite en 2001 par les Philippines, *ne* concernait *pas* le titre de l'une ou l'autre des Parties sur les deux îles mais la délimitation du plateau continental entre celles-ci. En d'autres termes, les Philippines ont montré leur préoccupation quant à l'effet que la délimitation du plateau continental entre l'Indonésie et la Malaisie allait avoir sur les intérêts philippins.

\* \*

Dans les années soixante, la règle qui présidait à la délimitation du plateau continental était celle énoncée dans la convention de Genève de 1958 sur le plateau continental :

«la délimitation du plateau continental ... est déterminée par accord... A défaut d'accord, et à moins que des circonstances spéciales ne justifient une autre délimitation, celle-ci est constituée par la ligne médiane [dans le cas d'Etats se faisant face].» (Art. 6, par. 1.)

Cette disposition est extrêmement ambiguë, parce qu'elle ne précise ni à partir de quelles lignes de base la ligne médiane doit être mesurée (faut-il ou non inclure les îles situées au large de la côte ou au cœur de l'océan?), ni quelles seraient les «circonstances spéciales» qui justifieraient de s'écarter d'une ligne médiane dans le cas de certaines îles : autrement dit, si, et dans quelle mesure, l'existence même d'îles, leur taille, leurs caractéristiques sociales ou économiques, la distance qui les sépare du continent, etc., peuvent être considérées comme des «circonstances spéciales».

Selon moi, la principale préoccupation des Parties dans leurs négociations sur la délimitation de leurs parts respectives de plateau continental touchait à la définition des lignes de base et au rôle que les îles éparses situées juste au sud de la côte nord-est de Bornéo devaient jouer au regard du critère des «circonstances spéciales». Peut-être les Parties se sont-elles alors rendu compte de l'importance potentielle des îles de Ligitan et de Sipadan — dont ni l'une ni l'autre n'avait revendiqué la souveraineté. Il se peut en fait que les Parties aient alors conclu qu'en obtenant la souveraineté sur ces îles elles obtiendraient du même coup une part bien plus grande du plateau continental. Cela valait spécialement pour l'Indonésie qui, si elle se voyait reconnaître la souveraineté sur ces îles situées à une certaine distance de sa propre côte, pouvait obtenir une part bien plus grande du plateau continental.

Il est à mon sens particulièrement révélateur que l'un et l'autre Etat (et surtout l'Indonésie), bien que n'ayant manifesté aucun intérêt pour la souveraineté sur ces deux îles avant les années soixante, ait soudain compris que disposer de cette souveraineté renforcerait sa position dans les négociations relatives au plateau continental. Ainsi la question de la souveraineté ne s'est-elle posée que secondairement, comme conséquence des tentatives des Parties visant à gagner du terrain dans les négociations relatives à la délimitation du plateau continental.

This resulted from a misconception on the part of the Parties, who failed to understand that, in accordance with the "special circumstances" rule, a delimitation line could well have been drawn disregarding these two extremely small, socially and economically insignificant islands.

\*

It is important to keep in mind that sovereignty over two tiny, uninhabited islands, on the one hand, and those islands' influence on the delimitation of the continental shelf, on the other, are two quite different matters.

Though Malaysia has now been awarded sovereignty over the islands, the impact of the Court's Judgment on the delimitation of the continental shelf — which has been the leading issue in the negotiations between the two States since the 1960s — should be considered from a different angle. Today, the rule concerning the delimitation of the continental shelf is set out in Article 83 of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea calling for "an equitable solution". The main question remains how "equitable" considerations apply to these tiny islands for the purpose of the delimitation of the continental shelf.

In conclusion, I submit that the present Judgment determining sovereignty over the islands does not necessarily have a direct bearing on the delimitation of the continental shelf, which has been a subject of dispute between the two States since the late 1960s.

*(Signed)* Shigeru ODA.

---



Mais ce fut là le résultat d'une méprise de la part des Parties, qui ne saisirent pas que, en application de la règle des circonstances spéciales, une ligne de délimitation pouvait parfaitement être tracée sans tenir compte de ces deux îles, minuscules et insignifiantes sur le plan social aussi bien qu'économique.

\*

Il importe de garder à l'esprit que la souveraineté sur deux îles minuscules et inhabitées et l'incidence de ces îles sur la délimitation du plateau continental sont deux choses totalement distinctes.

Bien que la Malaisie se soit vu reconnaître la souveraineté sur les îles, l'incidence que l'arrêt de la Cour peut avoir sur la délimitation du plateau continental — question qui se trouve au cœur des négociations entre les deux Etats depuis les années soixante — doit être considérée sous un angle différent. Aujourd'hui, la règle en matière de délimitation du plateau continental est celle énoncée à l'article 83 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, qui impose la recherche d'une «solution équitable». Reste la question, fondamentale, de savoir comment des considérations «équitables» peuvent s'appliquer à ces îles minuscules aux fins de la délimitation du plateau continental.

J'estime en conclusion que le présent arrêt déterminant la souveraineté sur les îles n'a pas nécessairement d'incidence directe sur la délimitation du plateau continental, objet d'un différend qui oppose les deux Etats depuis la fin des années soixante.

(Signé) Shigeru ODA.