

DISSENTING OPINION OF JUDGE FRANCK

The 1891 Convention determined the allocation of territorial sovereignty between the Parties — Pulau Ligitan and Pulau Sipadan clearly located south of 4° 10' allocational line therein established — Presumption that 4° 10' line intended to settle all areas of potential conflict between the Parties — Need to interpret boundary and allocation agreements broadly — Role of ad hoc judge — Three principal issues in case — Agreement with Court's Judgment rejecting Malaysian "chain of title" argument — Difficulty in assessing comparative weight of Parties' pleaded effectivités — Effectivités were minimal and not performed, in all but a few instances, à titre de souverain — Effectivités do not prevail against conventional title established under 1891 Convention — New effectivités created after 1969, the critical date, are inadmissible as evidence of title — 1891 Convention's text does not establish the applicability of Article IV (the 4° 10' line) to Pulau Ligitan and Pulau Sipadan — Article IV does not have one clearly expressed "ordinary meaning" within the terms of Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties — "Across Sibbitik" equally can be construed to mean "over and beyond" or "over but no further" — Vienna Convention in Article 31 refers Court to the "object and purpose" of a treaty as way to clarify ambiguous text — Parties' "object and purpose" was closure, to achieve certainty and finality — Collateral evidence of this object and purpose in Dutch map attached to Explanatory Memorandum and comments of Netherlands Minister van Dedem — British "object and purpose" to include territories south of 4° 10' latitude also deducible from British Foreign Office Minute as well as lack of reaction to transmission of Dutch map by British Minister in The Hague, Sir Horace Rumbold — Commonsense confirms Parties could not have intended to exclude tiny islets from 1891 boundary settlement — Further confirmed by Parties granting oil exploration concessions in 1960s east of Sebatik that stop 30" on either side of the 4° 10' line — Court should confirm precedents making rebuttable presumption that a line to fix a frontier should, if possible, be so interpreted that the result of the application of its provisions in their entirety conduces to establishment of a precise, complete and definitive frontier.

1. INTRODUCTION

1. The 1891 Convention between Britain and the Netherlands should have been determinative of this case. It established a line beginning at Broershoek on Borneo's east coast and continuing in an eastward direc-



OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE FRANCK

[Traduction]

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

1. INTRODUCTION

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

tion along the 4° 10' latitude. Pulau Ligitan and Pulau Sipadan clearly lie south of this line, on the Indonesian side.

2. Beyond that, little else is clear. This case presents the Court with a record full of ambiguities. That is no one's fault: it is the fate of history in obscure places. Pulau Ligitan and Pulau Sipadan, at least until recently, were not the stuff of which history is made.

3. To overcome that difficulty within the case's factual record, however, the Court need not have had recourse to conjectures about fragments of *effectivités* when it could, instead, have resorted to well-established presumptions of law that are applicable to the interpretation of the text and context of the 1891 Convention. More precisely, when, as frequently occurred, the evidence presented was unclear or indecisive, the Court could have applied rules of evidence to clarify not only the issues central to this case but also to elucidate — for these and for future litigants — the applicable principles by which the law shines a light on that which is unclear to the naked eye.

4. A presumption of law draws on the common experience to make a reasonable inference from what is known to what is unknowable. Such inferences are crystallized in well-known principles or legal maxims, such as *res ipsa loquitur*. Any rebuttable presumption can be contradicted by evidence demonstrating its opposite, or by application of a stronger evidentiary presumption such as the principle of absolute liability. In a sense, then, a rebuttable presumption shifts the onus of proof to the party seeking to disprove the deduction derived from it.

5. How is this relevant to the dispute over two tiny islands off Borneo? I believe that when two powerful States, with a history of both conflict and co-operation, negotiate a convention settling a long boundary in a distant theatre of their colonial interaction, then this Court should presume that the boundary was meant to cover all the area's potential points of conflict.

6. Instead, the Court has relied on a narrow parsing of *effectivités* that are (by its own admission) enveloped in ambiguity. I dissent, not because I think that reasonable judges could not have concluded as this Court has done, but, rather, because a visionary judiciary should have used the opportunity here presented to clarify the adjectival law of evidence — the presumptions — applicable to the interpretation of treaties intended to resolve territorial and jurisdictional conflict. The applicable presumption is straightforward: where a treaty specifies a boundary line or principle of territorial allocation, it should be interpreted as broadly as necessary to resolve any conflict of jurisdiction in the absence of clear evidence of a contrary intent. As I will seek to demonstrate in part 8 below, such a presumption accords both with common intuition and with judicial practice.

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

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

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

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

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

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

7. In terms of the present case, the line established by the 1891 Anglo-Dutch Convention at the eastern end of the agreement's subject-matter (the 4° 10' line) should have been presumed to apply broadly to the entire area of the Parties' interface east of Sebatik, subject only to prevailing evidence to the contrary. The onus of proof, in other words, should have been held to rest with those seeking to rebut a presumption of completeness or closure. A treaty such as this one, resolving a vast area of potential conflict, is special. It seeks to transform a zone of conflict into a zone of peace. Its purpose requires not just deference but generosity. It is not to be construed by the gimlet eye as if it were a contract for the sale of barley.

8. Of course, this is a case about very small islands. But, that the subject-matter of the case is small does not mean that it does not afford the Court an auspicious occasion to clarify important law. The legal issues in this case are ones that have arisen in other, weightier, contexts and they will arise again in contexts more freighted than these. The Court's decision, alas, does not elucidate the applicable normative standards. Quite aside from which party wins a case, it is the international legal system which loses when the Court fails broadly to address the legal issues and, instead, focuses on deciding small questions of fact on ambiguous evidence, eliciting little that can be of value to the *corpus juris*.

2. THE ROLE OF THE *AD HOC* JUDGE

9. Before adverting further to these matters, it seems in keeping with this preference for developing the *corpus juris* that I express myself regarding the appropriate role of the *ad hoc* judge. The subject has but rarely been canvassed by those occupying this unusual position. An exception is the separate opinion of Judge *ad hoc* Lauterpacht in the provisional measures phase of the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Provisional Measures, Order of 13 September 1993 (I.C.J. Reports 1993, pp. 408-409, paras. 4-6)*; see also Judge *ad hoc* Palmer, in his dissenting opinion in the *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case, Order of 22 September 1995 (I.C.J. Reports 1995, pp. 420-421, para. 118)*. I subscribe entirely to Judge *ad hoc* Lauterpacht's useful analysis, the gist of which is that *ad hoc* judges, in accordance with their solemn declaration under Article 20 of the Statute, are bound to exercise their function impartially and conscientiously, while also discharging:

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

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

2. LE RÔLE DU JUGE *AD HOC*

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

“the special obligation to endeavour to ensure that, so far as is reasonable, every relevant argument in favour of the party that has appointed him has been fully appreciated in the course of collegial consideration and, ultimately, is reflected — though not necessarily accepted — in any separate or dissenting opinion that he may write” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 409, para. 6).

As Judge *ad hoc* Nicolas Valticos has pointed out, the *ad hoc* judge is not simply a representative of the appointing State. Notably, one — Judge *ad hoc* Suzanne Bastid — has even disagreed on the merits with the position of the appointing States. (See Nicolas Valticos “L’évolution de la notion de juge *ad hoc*”, *Revue hellénique de droit international (RHDI)*, Vol. 50, 1997, pp. 11-12; and Hubert Thierry, “Au sujet du juge *ad hoc*”, *Liber Amicorum “In Memoriam” of Judge José María Ruda*, 2000, p. 285.)

10. The nub of the matter is this: the *ad hoc* judge must always ensure that the appointing State’s arguments are fully addressed by the Court, whether or not they convince the majority of the judges. Between March 1948 (*Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*) and July 2002 (*Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*) there have been *ad hoc* judges in 45 cases and 53 phases of cases before this Court. Of these, 29 have written dissenting opinions, corresponding quite closely to the number of *ad hoc* judges appointed by losing parties. That, however, does not argue against the integrity of the institution of *ad hoc* judges. Rather, it demonstrates that, when a State is the losing party, the *ad hoc* judge it appointed has an even greater obligation to ensure that the Court’s judgment accurately and fully reflects the careful consideration given by the Court to the losing State’s representations. The drafting of the dissent attests to the richness of the Court’s collegial deliberative process.

11. The function of the dissent, therefore, is multiple. It assures the losing party that its arguments, far from being overlooked, were considered extensively by the entire Court. It facilitates the reasoned and balanced exchange of research and written views among the judges during the deliberative process. And, perhaps, it presents to the law’s universal market place of ideas certain principles of law and nuances of analysis which, even if not adopted in the instant case, may be of use in another, as yet unforeseen, context.

12. The *ad hoc* judge, like any other judge authoring a separate opinion, is accorded a sacred freedom. To be preserved, it must be used. As Judge *ad hoc* Bula-Bula has written, the *ad hoc*’s “traditional practice would seem to be characterized by its freedom” (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judg-*



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

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

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

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

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

ment, *I.C.J. Reports 2002*, p. 100, para. 2, separate opinion of Judge *ad hoc* Bula-Bula). That freedom, of course, quite simply, is to write as one wills: to be the sole author of an opinion, unencumbered by a majority's need, sometimes, to find common ground through compromise and creative ambiguity.

3. THE PRINCIPAL ISSUES IN DISPUTE

13. That the Court's Judgment leaves ambiguous the answers to some questions raised in this case is as apparent as that this may have been inevitable given the relative paucity of unambiguous controlling facts.

14. In my reading of the pleadings and the Court's Judgment it emerges that there are three principal points of contention:

- (1) whether the 1891 Convention should be read to extend the 4° 10' "boundary" line to allocate islands east of the east coast of Sebatik;
- (2) whether, on the contrary, a "chain of title" exists which establishes sovereignty to Pulau Ligitan and Pulau Sipadan, successively, in the Sultan of Sulu who transferred it to Spain, which transferred it to the United States, which transferred it to Great Britain, which, ultimately, transferred it to Malaysia; and
- (3) whether, if the answers to (1) and (2) are both in the negative, the two disputed islands' resultant, unresolved status (*terra nullius*) can be said to have been resolved in favour of either Party by reason of a preponderance of *effectivités* exercised by one or the other.

4. ASSESSING THE COURT'S ANSWERS

15. The Court answers both questions No. 1 and No. 2 in the negative: the 1891 Convention is held not to be applicable to Pulau Ligitan and Pulau Sipadan, and the Court finds no controlling "chain of title" leading to Malaysian sovereignty over the islands. It therefore relies on a relative weighing of the *effectivités* of the Parties to conclude that those of Britain and Malaysia are superior to those of Indonesia.

16. I will leave to the next section my grounds for disagreeing with the Court's response to question No. 1. I find myself fully in agreement with the Court in its response to question No. 2. For reasons set out precisely in the majority's opinion, I reject Malaysia's "chain of title" theory as unsupported by the events cited as demonstrative of it. It is unnecessary for me to restate the Court's conclusions in this regard, with which I wholly concur.

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

3. LES PRINCIPAUX POINTS LITIGIEUX

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

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

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

4. ANALYSE DES RÉPONSES APPORTÉES PAR LA COUR

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

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



17. Question No. 3 I find difficult — and ultimately unnecessary — to answer categorically. I do not agree, but neither do I really disagree, with the Court in its weighing up of the *effectivités* adduced by Indonesia and Malaysia to support their respective claims of title. To weigh, on the one hand, occasional administration of turtle egg harvesting and of a bird sanctuary — neither of these, apparently, *in situ* — together with the establishment of a few navigational lights (by Britain/Malaysia) against, on the other hand, naval and air patrolling and piracy-control (by Indonesia) appears to me like trying to weigh precisely a handful of feathers against a handful of grass: it can be done, but not very convincingly. The Court has not set out a coherent table of weights and measures for assessing and comparing the *effectivités* here pleaded, nor could it be expected to do so, given their ephemeral nature. Nevertheless, it is not convincing to give preference to a very few activities by one party while discounting those of the other party without some effort to develop neutral principles by which the relative weight of their respective *effectivités* can be compared.

18. The problem of their comparative weight is augmented by the brevity of the period from which evidence of *effectivités* may properly be pleaded. There is no evidence before this Court that, prior to 1930, Britain believed itself to have title to either Ligitan or Sipadan. Whatever slender acts of administration might have been undertaken prior to that date by the British North Borneo Company were not claimed to have been made *à titre de souverain*. As Judge Huber said in the *Island of Palmas* case, the demonstration of *effectivités* must consist “in the actual display of State activities, such as belongs only to the territorial sovereign” (*Island of Palmas (Netherlands/United States of America)*, Award of 4 April 1928, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. II, p. 839). To qualify, they must be activities undertaken not as a good neighbour or a gratuitous intermeddler, but as an exercise of sovereign responsibility for the territory in question. The harvesting activities of fishermen were found not to constitute occupation *à titre de souverain* by this Court in the *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)* case (*Judgment, I.C.J. Reports 1999 (II)*, p. 1095, para. 75) and the same principle is applicable to turtle egg collectors. Similarly, the construction by Malaysia of lighthouses on Ligitan and Sipadan may or may not be evidence of occupation *à titre de souverain* when seen by itself, without reference to the 1891 Convention. Even so, the Arbitral Award of 9 October 1998 between Eritrea and Yemen stated: “The operation or maintenance of lighthouses and navigational aids is normally connected to the preservation of safe navigation, and not normally taken as a test of sovereignty.” (*Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage of the Proceedings (Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute)*, 9 October

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

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

1998, p. 91, para. 328; see also to same effect *Minquiers and Ecrehos, Judgment, I.C.J. Reports 1953*, pp. 70-71.)

19. This is especially so when, as in this case, the territory is the subject of a competing claim of sovereignty based on conventional title, against which mere *effectivités* have been held to be of little evidentiary value (*Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), Judgment, I.C.J. Reports 1992*, p. 472, para. 181; *ibid.*, p. 516, para. 266). As this Court has pointed out, "where the territory which is the subject of the dispute is effectively administered by a State other than the one possessing the legal title, preference should be given to the holder of the title" (*Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 587, para. 63). Moreover "acts . . . largely of a routine and administrative character performed by local officials . . ." were held insufficient in the *Sovereignty over Certain Frontier Land (Belgium/Netherlands)* case "to displace Belgian sovereignty established by . . . Convention" (*Judgment, I.C.J. Reports 1959*, p. 229). *Effectivités* are rubber spears when wielded against the shield of conventional title. In the present case, it is title under the 1891 Convention that Indonesia claims. Thus the minor *effectivités* presented by Britain and Malaysia depend for whatever persuasive power they may have on a determination that the 1891 Convention failed to resolve the question of title to Ligitan and Sipadan: a proposition I reject (see below).

20. By 1969, moreover, the window of opportunity for *effectivités* had closed. The Parties, in their status quo agreement (described by the Agent for Indonesia in CR 2002/27, pp. 16-17, paras. 13-18), in effect had determined the critical date by which new acts and facts could not be adduced to support the claim of either Party. Evidence of new *effectivités*, such as the establishment of a deep-sea diving resort, are inadmissible in evidence of Malaysian title.

21. If I were disposed to weigh the handful of Malaysian true *effectivités* against that of Indonesia, I could conceivably join the majority opinion on that count. But were I to agree with the Court — *arguendo* — that a few turtle eggs and signal lights do, indeed, have greater *gravitas* than the voyage of HNLMS *Lynx*, that would still not get me across to the other shore. In my opinion, these are token acts of no legal value. For *effectivités* to be weighed at all, they must not only be performed *à titre de souverain* but also upon *terra nullius* or, at least, upon territory whose title has not been dispositively determined. Both Malaysia and Indonesia have argued that at all relevant times, neither Ligitan nor Sipadan were *terra nullius*, and I agree with them. The one solid legal instrument before

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

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

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

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

this Court is the Convention of 20 June 1891 between Great Britain and the Netherlands. It is to that sturdy instrument I now turn. Against it, properly construed, an *effectivités*-based claim cannot stand.

5. THE 1891 CONVENTION

22. If the 1891 Convention between Britain and the Netherlands were applicable to Pulau Ligitan and Pulau Sipadan, that would be decisive in this case. Is it? It's Article IV establishes a line beginning at the east coast of Borneo at 4° 10' latitude and proceeding in an easterly direction "across the Island of Sebittik . . .". What, crucially, is in dispute is whether the words of Article IV, in allocating to the British North Borneo Company the territory north of this line and "the portion south of that parallel to the Netherlands", intended it to stop at the east coast of "Sebittik" or to continue on its mission of allocation in an easterly direction. If the former, then the 1891 Convention would have nothing to say about title to Ligitan and Sipadan, thereby properly focusing the Court's attention on subsequent *effectivités*. If the latter, however, the Convention would allocate Ligitan and Sipadan to the Netherlands, thereby making recourse to subsequent *effectivités* irrelevant in the absence of evidence of Dutch abandonment of title.

23. What, then, if anything, does the 1891 Convention say about the two contested islands? Nothing at all. But that should not be an end to the Court's search for its meaning. More specifically, what adjectival law may be of help to the Court in its task of construing the Convention?

24. The first stop in any search for applicable legal principles to guide the Court is the Vienna Convention on the Law of Treaties. Article 31 of that instrument lays down the principle that the text of a treaty is to be understood in its "ordinary meaning" and "in the light of [the treaty's] object and purpose". It is acknowledged by the Parties and this Court that these two adjectival legal principles — requiring a search for the words "ordinary meaning" and the Convention's overall contextual "object and purpose" — must guide the Court.

6. THE "ORDINARY MEANING" PRINCIPLE

25. First, then, the Court is obliged to give their "ordinary meaning" to Article IV's words. Key, here, is the phrase "across the Island of Sebit-



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

5. LA CONVENTION DE 1891

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

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

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

6. LE PRINCIPE DU «SENS ORDINAIRE»

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

tik". While Malaysia has insisted, in effect, that these words must be read to imply the additional definite words "and no further", Indonesia has insisted that the phrase can be construed to imply the additional defining words "and beyond". Unfortunately, neither Party can demonstrate that the ordinary meaning of "across the Island of Sebittik" necessarily implies either the one clarifying phrase or the other. Quite simply, in ordinary usage, the word "across" can equally mean "over and beyond" or "over but no further". There is no one "ordinary" meaning. There are several. They are equally valid. Examine them as one will, they cannot resolve the riddle of Article IV's applicability to Ligitan and Sipadan.

7. THE "OBJECT AND PURPOSE" PRINCIPLE

26. That, however, cannot exhaust our search for meaning and intent. Article 31 of the Vienna Convention also alerts us to interpret treaties in accordance with their "object and purpose". To the same effect is the Decision of the Eritrea-Ethiopia Boundary Commission regarding *Delimitation of the Border between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia* (13 April 2002, para. 3.4). The key provisions of the Vienna Convention had become the customary law of treaty interpretation.

27. While the text of the Convention is of little help in determining an "ordinary meaning", it is quite responsive to the quest for its "object and purpose". The 1891 Dutch-British Convention's preamble stipulates its purpose: that of "defining the boundaries between the Netherland[s] possessions in the Island of Borneo and the States in that island which are under British protection". Accordingly, the parties "resolved to conclude a Convention to that effect . . . for that purpose". The history of the negotiations leading up to the Convention make even clearer the largesse of this purpose. They wanted to solve, once and for all, the problems that could arise between adjacent imperial Powers. Could it have been that the parties, nevertheless, willingly left two islets, some 50 miles east — or, indeed, any other bits and pieces of their Borneo empire — to future disputation, regardless of what that might do to undermine the closure so evidently being sought? For it *was* closure the parties wanted. It was the object and purpose of their agreement. The presumption of a desire for closure was central to this Court's decision in the *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* case, when it interpreted the French-Thai frontier settlement of 1904-1908 as intended "to achieve certainty and finality" in an area where, "very long frontiers" had been the "cause of uncertainty, trouble and friction" leading to "growing tension" (*Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 34). Why has the Court

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

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

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

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

not presumed the 1891 Convention to have had the same object and purpose?

28. According to Malaysia, when the parties declare themselves to be: "Desirous of defining the boundaries between the Netherlands possessions in the island of Borneo and the States in that island which are under British protection . . ." (Memorial of Malaysia, Vol. 1, p. 89, para. 8.7) they intended only that the Convention "was intended to be a land boundary treaty" (*ibid.*, para. 8.8) which, in the words of Article I of the 1891 Convention, would define only "The boundary between the Netherlands possessions in Borneo and those of the British-protected States in the same island . . ." (*ibid.*). In Malaysia's view, the treaty's use of the designation "in Borneo" colours the entire project, making it exclusively a designation of British and Dutch possessions on that one giant island — with the exception of Sebatik, provided for specifically in Article IV — and not anywhere else in the vicinity.

29. Indonesia, to the contrary, claims that the parties, in drawing up the 1891 Convention, were "motivated by a wish to put an end once and for all to their territorial problems in the area" (Reply of Indonesia, Vol. 1, p. 16, para. 1.24 (c)). Therefore, the 4° 10' line was chosen, starting at Broershoek and "continued eastward along that parallel" (Art. IV). This line, Indonesia asserts "passing to the north of Sipadan and Ligitan, established that [the parties intended that title to the two islands] belonged to [t]he Netherlands (. . . now to Indonesia)" (Reply of Indonesia, Vol. 1, p. 16, para. 1.24).

30. There is collateral evidence to support Indonesia's contention. It cites a British Foreign Office Minute that sets out a proposal for a compromise line which, albeit along latitude 4° and thus south of 4° 10', is eastward to longitude 118° 44' 30", well east of Sipidan (but not Ligitan): the point being that the British, all along, were also thinking about an allocational line extending to territories in the sea east of Sebatik (Reply of Indonesia, Vol. 1, p. 21, para. 1.31; and p. 22, Map 1).

31. That the Dutch, certainly, were thinking about a line prolonged eastward beyond Sebatik is apparent from the map attached to the Explanatory Memorandum by means of which the Dutch Government requested ratification of the 1891 Convention by its Parliament (States-General) in compliance with the Netherlands Constitution and with Article VIII of the 1891 Convention. This map (Memorial of Indonesia, Vol. 1, p. 88, Map 5.2) shows the agreed 4° 10' line extending well beyond Sebatik, although stopping west of Ligitan and Sipadan. Whether or not an acceptance of this extension of the 4° 10' line is imputable to the British Government, on the ground that it knew of the map and did not object to it, will be discussed below. For present purposes it is relevant

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

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

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

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

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

simply to note that the map illustrates the Netherlands Government's belief that the 4° 10' line was meant to extend further east than the eastern coast of Sebatik: that, in other words, to the Netherlands the term "across Sebitik" in Article IV of the Convention implied "across and beyond" rather than "across and no further".

32. The British Government, moreover, did know what the Dutch were thinking. There is no disagreement between the Parties that the Dutch Government's Explanatory Memorandum and accompanying map was published and freely available, that through the ministrations of Sir Horace Rumbold, the British Minister at The Hague, it reached the British Government after being specifically commented upon by him as "the only interesting feature" of the Memorandum, and that it was duly filed without objection or comment. At a minimum, this seems to me to demonstrate that the British Government, like the Dutch, did not believe that the 4° 10' line established by the 1891 Convention terminated at the east coast of Sebatik. Moreover, the British Government, closely observing the debates in the Dutch Parliament, may well have heard (or read) the Netherlands Minister for the Colonies, Mr. van Dedem's, public explanation to the First Chamber that the treaty was made to "prevent conflict" and regularize relations "both in Borneo itself and on the neighbouring smaller islands" (Memorial of Indonesia, Vol. 1, p. 94, para. 5.61; *ibid.*, n. 102). This cannot have been a surprising comment, given the context. Would it not have been much more surprising if Mr. van Dedem had explained that the Convention was intended to prevent conflict in Borneo *but not on the neighbouring small islands*?

33. These facts suggest the parties' "object and purpose" in entering into the 1891 Convention. That the Convention, in its preamble, speaks of "the island of Borneo" does not, to me, demonstrate, *a contrario*, that a treaty dealing with "Borneo" intended to exclude these minute islands situated a short distance (57.6 miles, in the case of Ligitan, the more distant of the two) east of Sebatik. Is it credible to infer that, had the parties in 1891 thought of Ligitan and Sipadan as possible future arenas of dispute, they would nevertheless deliberately have chosen to defer resolution of these potential irritants to another time and place? Would they have said to one another: "Let's see who most zealously guards against piracy on those islands, or who best administers the gathering of its turtle eggs?" In order to rebut the narrowest rendering of the 1891 Convention's preambular reference to an intent of the parties to fix their mutual boundary "in Borneo" is it realistic to insist that they should instead have stipulated "in Borneo, Ligitan and Sipadan"? Or even that they should at least have made a separate reference in Article IV to those tiny islands alongside the reference to the much larger and more strategically important island of Sebatik, risking an *inclusio unis est exclusio alterius* effect on other reefs and islets left unmentioned?

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

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

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

34. It has been argued that the intent of the Parties, and the object and purpose of the 1891 Convention, can be gleaned from the way the Parties subsequently dealt with Ligitan and Sipadan. This, however, is an arid record. The 1912 Boundary Commission began its work of demarcation in a westerly direction from the east coast of Sebatik, and this is what the map accompanying the 1915 Agreement shows. But what else does it demonstrate? The task of demarcation was to establish more precisely the land boundary between the Dutch and British possessions. To the east of Sebatik, there was no land boundary to be demarcated since the 4° 10' line traversed no territory. Ligitan and Sipadan were south of that meridian and not traversed by it. In any event, since the 1891 Convention did not purport to apportion sovereignty over the adjacent seas east of Sebatik, and since the whereabouts of the 4° 10' meridian was neither susceptible to, nor in need of, demarcation — being entirely an imaginary line over water — it proves nothing that the 1915 Agreement and map did not take that area into further account.

35. Something more substantial, as to the Parties' understanding of the import of the 1891 Convention, may be gleaned from their respective practice regarding the granting of oil exploration concessions. Here it is evident that, in the 1960s, both Malaysia and Indonesia thought that the 4° 10' line extended to sea well east of Sebatik, for both States granted concessions up to, but not beyond, a point at sea precisely 30" short of the 4° 10' line. No other reasons have been proffered to explain this happenstance and, in their absence, the coincidence is highly suggestive. This Court has held that, while oil concessions cannot shift existing delimitations, "the existence of an express or tacit agreement between the parties on the siting of their respective oil concessions may indicate a consensus on the maritime areas to which they are entitled" (*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2002*, p. 448, para. 304). In the present instance, the behaviour of the Parties may well confirm their identical belief as to the vigour of the 4° 10' line in the area east of Sebatik, a belief inconsistent with a Malaysian claim to the two disputed islands. The case concerning the *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)* similarly recognized the value of compatible concessions granted by disputants as evidence of their *de facto* agreement (*Judgment, I.C.J. Reports 1982*, p. 84, para. 117). It is a deduction that might well have found resonance in this decision.

8. THE PRESUMPTION OF THE CONCLUSIVENESS AND COMPLETENESS OF DEFINED FRONTIERS

36. Still, the words of the 1891 Convention and the sparse evidence of the parties' object and purpose in entering into the treaty do not make

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

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

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

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

absolutely clear that the 4° 10' line *was*, or *was not*, intended to extend beyond Sebatik as far east as Ligitan and Sipadan. What does emerge with some clarity is that the Netherlands entered the agreement in the belief that the 4° 10' line extended east of Sebatik and that, early in the run-up to the negotiations leading to the Convention, the British also thought that the designated eastward line could extend east of Borneo beyond Sebatik.

37. We do not know, however, how far east the parties may have expected the line to extend. A probable explanation for the failure of either party to specify a terminal point for the 4° 10' line is that they may have been uncertain as to where the effect of such a line would begin to trench upon Spanish (or Sulu) titles. While the Netherlands sovereignty clearly extended for many hundreds of miles southward of any designated eastward limit, the extent of British possessions northward of such a terminal point would have been far from clear in 1891. It may thus have appeared prudent to leave the eastern terminus of the 4° 10' line indeterminate, since its length need not have affected actual British or Dutch jurisdiction but might unnecessarily have aroused Spanish (or Sulu) concerns. This, too, of course is pure speculation. Once again, all that we know for sure is that the Netherlands thought that the 1891 Convention established a line at 4° 10' that did continue east of Sebatik and that the British knew of this and voiced no objection.

38. With so much being uncertain, this Court essentially had two divergent paths along which it could have proceeded. It could either have left the disposition of the matter to be settled by a weighing up of the few real *effectivités* claimed to have been conducted by each Party, or it could have enunciated a legal presumption by which to dispel the uncertainty created by the examination of the words, purpose and context of the 1891 Convention. It chose the former course, whereas I prefer the latter.

39. On its chosen path, the Court relies substantially on a weighing of the Parties' contending factual evidence of *effectivités*. As to this I can but observe once again that I find it unpersuasive: this weighing of a handful of feathers against a handful of grass. Moreover, the admissibility in evidence of these *effectivités* is contingent upon an absence of any legal title derived from a treaty. This was the conclusion of the Chamber of this Court in the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* case (*Judgment, I.C.J. Reports 1986*, pp. 586-587, para. 63). *Effectivités*, also in the present case, are of use only on the assumption of an absence of legal title.

40. If the 1891 Convention did confer legal title on one of the Parties, *effectivités* cannot override that title, absent evidence of its abandonment (*Sovereignty over Certain Frontier Land (Belgium/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports 1959*, pp. 227-230). But *does* the 1891 Convention

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

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

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

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

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

establish such title? We have already observed the ambiguities inherent in the text. What seems to me to have been demonstrated is that the treaty established a line, that the Dutch believed it to have continued eastward of the island of Sebatik, and that the British did not rebut that belief. The rest is speculation.

41. Did it extend so far eastward — at least to 119° east longitude — as to allocate to the Netherlands the title to two tiny islands lying just to the south of the 4° 10' latitude? The ambiguities cannot be dispelled by grasping at the straws of even more ephemeral facts. The 1915 map could prove something but it could just as well prove nothing, given the limited mandate of the Commission which drew it. Other “facts” are equally open to opposing interpretations. Instead of focusing on these, the Court could — and in my opinion should — have endorsed an interpretative or adjectival principle of evidentiary law: the presumption first stated by the Permanent Court of International Justice in its 1925 Advisory Opinion on *Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne*:

“It is . . . natural that any article designed to fix a frontier should, if possible, be so interpreted that the result of the application of its provisions in their entirety should be the establishment of a precise, complete and definitive frontier.” (1925, *P.C.I.J., Series B, No. 12*, p. 20.)

As has been noted, Article IV of the 1891 Convention was “designed to fix a frontier” (*ibid.*). The Convention certainly may “be so interpreted that the result of the application of its provisions in their entirety” (*ibid.*) conduces to “the establishment of a precise, complete and definitive frontier” (*ibid.*) across not only Borneo and Sebatik but also the adjacent spaces that could become *loci* of disputation. Why, then, not do so? This Court should have adopted the beneficial presumption that, absent strong evidence to the contrary, a treaty between two States to end territorial disputes and preclude disputation should be read in the way most likely to accomplish the presumed objective of obviating all such disputes as might arise between them.

42. As Judge Shahabuddeen pointed out in his separate opinion in the *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)* case, the colonial boundary treaty considered in that case “must . . . be construed so as to produce a comprehensive definition of the frontiers” (*Judgment, I.C.J. Reports 1994*, p. 44) unless there are “compelling reasons to the contrary” (*ibid.*). Judge Shahabuddeen appropriately noted that this deductive evidentiary principle would not apply in “cases in which the adjoining areas are so extensive as to make it both practical and sensible for parties to agree a boundary for some particular sector only” (*ibid.*, p. 49). The “adjoining area” of Ligitan and Sipadan, however, are distinctly not

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

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

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

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

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

“so extensive” as to have made a special agreement pertaining to them a “practical and sensible” option in 1891. Therefore, the treaty should have been construed as a comprehensive definition of the frontiers.

43. In the present case, this Court might have built on the *Lausanne* and *Preah Vihear* precedents to confirm the legal presumption in favour of the dispositiveness of frontiers defined in a treaty, i.e., that, when a treaty is made for the purpose of defining a boundary, it should be construed, *if possible*, to have succeeded in doing so to the full extent of the interface between the parties, unless there is persuasive evidence that some areas were meant to be exempt from its allocation. The onus of proving the intent to create such an exemption, however, should lie with the party asserting it.

44. Presumptions are necessary and well-established aspects both of common and civil law and cannot but be a part of the fabric of public international law. They capture the common experience of persons everywhere that make inferences an essential part of rational thought and action. As such, they are often captured in legal maxims recognized across diverse legal systems (Henri Roland, Laurent Boyer, *Adages du droit français*, 3rd ed., 1992, p. 38; and see examples indexed under the title “*Présomption*” at p. 1009.) As Professor Bin Cheng has pointed out:

“Without going so far as to holding them to be true, it is legitimate for a tribunal to presume the truth of certain facts or of a certain state of affairs, leaving it to the party alleging the contrary to establish its contention. These presumptions serve as initial premises of legal reasoning.” (Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1987, p. 304.)

“In general, it may be said that what is normal, customary or the more probable is presumed, and that anything to the contrary has to be proved by the party alleging it.” (*Ibid.*, p. 306).

The same point, citing various instances, is made by Professor Thirlway:

“presumptions can and do play an important part in directing the reasoning of a tribunal . . . in the delicate operation of ascertainment of the intention of one or more States . . . This results from the fact that direct circumstantial evidence of an intention may be very hard to come by, or may in the nature of things not exist.” (H. W. A. Thirlway, “Evidence before International Courts and Tribunals”, in *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. Two, 1995, p. 303.)

45. In the present case, there is circumstantial evidence that the Parties thought they were resolving all the territorial problems arising out of their overlapping imperial claims in the Borneo area. Even were that evidence inconclusive, it is surely sufficient to invoke the rebuttable pre-

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

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

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

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

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

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

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

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

sumption, based on the common sense and experience of diplomacy and recognized by several international tribunals, to the effect that when States negotiate a boundary allocating or confirming their respective areas of sovereignty over territories, these shall be presumed to have intended to resolve all outstanding and potentially disputatious claims in the area in question, subject only to convincing evidence to the contrary.

46. If the Court had applied this legal presumption to the Indonesia-Malaysia dispute, it would have concluded, as I do, that the 1891 Convention intended Ligitan and Sipadan to be Dutch and, now, Indonesian.

47. I respectfully dissent.

(Signed) Thomas FRANCK.

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

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

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

(Signé) Thomas FRANCK.
