

MASI

CR 2007/21 (traduction)

CR 2007/21 (translation)

Mercredi 7 novembre 2007 à 10 heures

Wednesday 7 November at 10 a.m.

12

Le VICE-PRESIDENT, faisant fonction de président : Veuillez vous asseoir. L'audience est ouverte. Avant de donner la parole à M. Pellet pour qu'il reprenne sa plaidoirie, je voudrais vous informer que le juge Shi, pour des raisons qu'il m'a fait connaître, n'est pas en mesure de siéger ce matin. Vous avez la parole.

M. PELLET : Je vous remercie infiniment, M. le président.

**JOHOR HAD NO TITLE TO PEDRA BRANCA AND DID NOT GIVE PERMISSION
TO BUILD THE LIGHTHOUSE**

I. Johor's lack of title to Pedra Branca

**A. Lack of probative documentary material establishing the existence
of Johor's original title to Pedra Branca**

18. Mr. President, Members of the Court, when I broke off my presentation yesterday I had described the mere handful of documents (only three) relied on by Malaysia and which, it claims, mention Pedra Branca and are proof of the original title on which it relies. As I showed, that makes those documents say much more than they actually do. However, the fact that these are Malaysia's "big guns" shows how short of artillery it is. It nevertheless fires off a few more salvos which fall even further short of their target as they do not mention Pedra Branca at all.

2. The other documents relied on by Malaysia

19. Besides what I presented yesterday, the alleged evidence of original title relied on by Malaysia is the following (once again its very paucity shows to how tricky this exercise is):

- a letter of 10 January 1824 from John Crawfurd to the Governor-General of the Indies;
- the two 1824 treaties between Great Britain and the Netherlands on the one hand and the Sultan and the Temenggong of Johor on the other; and
- the Presgrave Report of 1828.

Malaysia also relies upon a number of documents dating from after the British took possession of Pedra Blanca which, it claims, also confirm Johor's original title to Pedra Branca of course. These are:

13

- the Ord Award of 1 September 1868;
- the letter of 20 March 1886 from the Sultan of Johor;

- the 1927 agreement between Johor and Singapore on the delimitation of their respective territorial waters; and even
- the 1973 agreement between Indonesia and Singapore, on the territorial sea once again.

Whether considered individually or as a whole, these documents do not support Malaysia's argument, irrespective of whether they date from before or after the British took possession of Pedra Branca.

(a) Documentary "title" prior to 1847

20. Try as we might, it is impossible to find in any of the documents prior to 1847 evidence or confirmation of the original title relied on by Malaysia. This is particularly true of the letter by John Crawfurd dated 10 January 1824¹, in which the British Resident of Singapore described the territorial extent of the principality of Johor:

«Cette principauté s'étend, sur le continent, de Malacca jusqu'à l'extrémité de la péninsule sur les deux côtes. Elle comptait plusieurs établissements sur l'île de Sumatra, et comprenait toutes les îles sises au débouché du détroit de Malacca ainsi que toutes celles des mers de Chine, jusqu'aux Natuna au point 4° de latitude nord et 109° de longitude est.»²

21. As Singapore has shown, that was a very general description of the possessions of the Sultan of Johor when the British settled in Singapore ("when we formed our settlement in the year 1819", Crawfurd wrote) — a description which, incidentally, does not bear out the impression of a strong and powerful State which Malaysia seeks to give: «L'actuel sultan, lorsqu'il est entré en relation avec nous, était non seulement privé de toute autorité, mais vivait dans une totale indigence.»³

22. Be that as it may, it can certainly not be deduced from that description that Johor's *territorial sovereignty* extended to the uninhabited islands of the region, or, manifestly, the seas included in that area (Crawfurd's description covers several tens of thousands of square nautical miles). The same applies⁴ to the 1828 Presgrave Report on piracy in the region⁵.

14

¹CMS, Vol. 2, Ann. 2.

²*Ibid.*, p. 10, para. 20.

³*Ibid.*, p. 11, para. 24.

⁴See CMS, pp. 51-52, paras. 4.24-4.25.

⁵MM, Vol. 3, Ann. 27.

23. It is also revealing that neither Crawford in his *Descriptive Dictionary of the Islands and Adjacent Countries* published in 1856⁶, nor Presgrave in the list of the 54 “places within the jurisdiction of [the Sultan of] Johor”⁷, nor Begbie in his table of the maritime population of the Empire of Johor indicating the various islands and the tribes inhabiting them in 1834⁸ mentioned Pedra Blanca among the possessions of Johor; it is also significant that the latter two limit themselves to listing the inhabited islands alone, which, as we shall see later when I complete this presentation, is not without significance either. And it is worth noting that Malaysia carefully avoided producing all these documents, perfectly relevant though they are . . .

24. Nor do the 1824 treaties confirm Malaysia’s claims either. Malaysia seems to interpret Article XII of the Anglo-Dutch Treaty of 24 March 1824 — Mr. Chan reminded us yesterday of the conditions in which it was drafted and of its overall effects — as meaning that the Dutch had recognized British sovereignty over the whole of the Singapore Strait⁹. That is assuredly not what that provision states, whose wording might usefully be recalled:

«Sa Majesté des Pays-Bas retire les objections faites au sujet de l’occupation de l’île de Singpou par les sujets de Sa Majesté britannique.

S. M. le roi des Pays-Bas se désiste des objections qui ont été faites contre l’occupation de l’île de Sincapou par les sujets de S. M. britannique ; cependant S. M. britannique promet qu’il ne sera pas formé d’établissement britannique dans les îles de Carimon ou dans les îles de Battam, Bintang, Lingin ou dans aucune des autres îles situées au sud du détroit de Sincapou, et qu’aucun traité ne sera conclu sous l’autorité britannique avec les chefs de ces îles.»¹⁰

15 25. In reality, this provision has nothing to do with the legal status of the Strait, which remained unchanged. However, this is of little importance to us: the only relevant point is whether that text could have had any effect whatever on the legal status of Pedra Blanca. The answer to that question is very clearly no.

⁶CMS, Ann. 17.

⁷CMS, Ann. 7.

⁸See CMS, Ann. 8.

⁹See CMM, p. 20, para. 32 or RM, p. 38, para. 83.

¹⁰MM, Vol. 2, Ann. 5.

26. In its Counter-Memorial, Malaysia asserted the contrary: «Le traité anglo-néerlandais de 1824 confirma le titre de Johor»¹¹, because, it wrote: «PBP est clairement située au nord de la ligne, sur le territoire du Johor et dans la sphère d'influence britannique»¹²; according to Malaysia, that line was allegedly marked on the map of the Dutch East Indies by van Hinderstein published in 1842¹³. Malaysia sticks to its guns in its Reply, without adding anything new¹⁴ apart from a few quotes from historians which in fact confirm Singapore's analysis¹⁵.

27. It thus appears — and I quote Malaysia's Reply — that:

«Pour éviter toute confusion, Elout (qui était alors conseiller du ministre néerlandais des colonies) avait demandé que, dans le projet de traité du 1^{er} février 1824, le membre de phrase «aucune des autres îles appartenant à l'ancien royaume de Johore» fût remplacé par «aucune des autres îles situées au sud du détroit de Singapour». Il y fut consenti. Dans le texte final, l'article XII désignait non pas le Johor mais les îles Carimon, Battam, Bintang, Lingin et les autres îles situées au sud du détroit.»¹⁶

As Mr. Chan explained yesterday, one could hardly demonstrate more clearly the lengths to which the Parties have gone *not to* take positions on the possession of the islands in the region by Johor — by the “ancient kingdom of Johore”, a point which deserves to be noted.

[Slide 3: extract from the van Hinderstein map of 1842 (RS, insert 5) (judges' folder, tab 17)]

28. Further, Singapore has shown, in its own Reply, that the *travaux préparatoires* of the 1824 Treaty reveal that the Parties deliberately avoided drawing a precise line between the respective zones of influence of the two signatories¹⁷ and that the red line on the 1842 map simply showed the boundaries of the Dutch Residency of Riau¹⁸ (this Residency may be more clearly seen on the map being shown now), but these were not the boundaries of the zone of influence attributed by the treaty to the Netherlands, still less Great Britain.

[End of slide 3]

¹¹CMM, p. 21, D.

¹²*Ibid.*, p. 22, para. 35.

¹³CMM, Map Sec., pp. 277 278, RM, p. 43 or RS, Insert 5, after p. 22.

¹⁴RM, pp. 34-38, paras. 78-83 and p. 42, para. 94.

¹⁵*Ibid.*, p. 36, para. 82.

¹⁶*Ibid.*

¹⁷RS, pp. 18 19, paras. 2.26-2.27 and pp. 21-22, para. 2.34. See also CMS, pp. 52 53, paras. 4.26 4.27.

¹⁸RS, pp. 22 23, para. 2.35.

[Slide 4: sketch-map of the approaches to Pedra Branca indicating the navigation channel (CMS, insert 3) (judges' folder, tab 18)]

I would add that it is debateable to regard Pedra Branca as situated “north of the Strait of Singapore”, if one has an extensive view of that waterway as Malaysia appears to, and bearing in mind that the island is situated south of the main channel leading to the Strait as such.

29. But there is more. As it often does, Malaysia engages in a little sleight of hand when it blandly asserts that Singapore's position is tantamount to regarding the Anglo-Dutch Treaty of 1824 as having *transformed* Pedra Branca into a *terra nullius* (“it somehow *became* terra nullius”¹⁹). With all due respect to the opposing Party, this is patently absurd: the 1824 Treaty did not alter the island's status. If it was *terra nullius*, it remained so; if it had belonged to old Johor, it would have continued to do so. But it is clear that the Treaty did not create, modify or confirm any title and that Malaysia cannot rely on it to support the existence of its alleged “original title”.

[End of slide 4]

30. The same is true of the donation made the following year by Sultan Abdul Rahman (of Riau) to his brother Hussein (Sultan of Singapore) of the lands and islands belonging to him in the British sphere of influence²⁰. Here too, while there is no real need to lock horns with the opposing Party on the precise meaning of that act, one need simply note that *nemo transferre potest quod non habet*²¹: if Pedra Branca was *res nullius*, it remained so; if it was not, it did not become so — but, in any event the letter of 25 June 1825²² changed nothing in the situation and in no way proves the existence of a pre-existing title (*Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, pp. 674-675, para. 109).

17

31. The use Malaysia seeks to make of the Treaty concluded by Crawford with the Sultan and the Temenggong of Johor on 2 August 1824²³ is no more convincing. Certainly, by Article II, the latter — the Sultan and the Temenggong — ceded to the English East India Company “the

¹⁹RM, p. 35, para. 78; see also para. 79.

²⁰See CMS, pp. 34-35, paras. 3.31-3.34.

²¹See PCA, Max Huber, Arbitral Award of 4 April 1928, *Island of Palmas (or Miangas)*, RGDIP, 1935, p. 168 (English text in United Nations, RIAA, Vol. II, pp. 842-843). See also Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2003, p. 120 and Marcelo G. Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, PUF, Paris, 1997, p. 138.

²²CMS, Ann. 5; see also Ann. 6.

²³MM, Ann. 6.

Island of Singapore, situated in the Straits of Malacca, together with the adjacent seas, straits and islets, to the extent of 10 geographical miles, from the coast of the said main Island of Singapore”. Singapore obviously in no way disputes that “it clearly follows that this area was not an area which the English East India Company or Singapore could enlarge unilaterally”²⁴. But, here too, that Treaty had strictly no effect one way or the other on sovereignty over the other islands in the region, including Pedra Branca, which was clearly not part of its plans. And it obviously lends no weight to the Malaysian argument regarding the existence of its untraceable original title to the island. Consequently, the statement that “[t]itle to other territories and sea areas remains where it was, namely in the Sultanate of Johor”²⁵ simply begs the question.

18 32. I should emphasize in particular that the width of 10 geographical miles used to set the limit does not in any circumstances mean, as Malaysia seeks to assert, that the princes and sovereigns of the region exercised sovereign rights up to that — arbitrary and logically baseless — 10-mile limit and only within that limit. In the two instances on which Malaysia relies, the Crawford Treaty and the transfer of Labuan, this limit was selected purely for convenience and to guarantee effective control and avoid disputes with the ceding State²⁶. Moreover, in the case concerning *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan*, the Court did not rule out the possibility that the Sultan of Sulu could exercise his rights over the disputed islands, despite their “considerable distance” from Borneo (21 nautical miles in the case of Ligitan and about 15 for Sipadan) and although the same Sultan — Sultan Sulu — had ceded all his rights and powers over all his possessions in Borneo and “the islands within a limit of 3 marine leagues [which corresponds to nine nautical miles]”. On the contrary, the Court wondered whether the Sultan held any kind of title at all to the islets (a fact which could not be proved) (*Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipidan (Indonesia/Malaysia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, pp. 674-675, paras. 108-110).

²⁴CMM, p. 25, para. 41.

²⁵*Ibid.*, para. 42, emphasis added; see also RM, p. 35, para. 79.

²⁶See RS, pp. 11-16, paras. 2.12-2.21.

[Slide 5: extract from the sketch-map illustrating the Crawford Treaty of 1824 (MM, insert 7) (judges' folder, tab 19)]

32. It is also impossible to fully concur with Malaysia when it states: “Obviously, Johor could not have ceded the territory of Singapore Island and islets situated within 10 geographical (i.e. nautical) miles to the English East India Company if Johor did not have title to it.”²⁷ In strictly legal terms, this is obviously correct by virtue once again of the adage *nemo dat quod non habet*. However, here, the expression should certainly not be taken at face value — a simple glance at the map currently on the screen behind me illustrates this. This is a sketch-map prepared by Malaysia which appears on page 25 of its Memorial. It shows that, if we were to interpret Article II (*sic.* = Article XII) of the Crawford Treaty literally, the East India Company would have received not only the small islands north of Bulan and Batam, but also a part of the island of Batam itself which, however, without any doubt did not belong to the Sultan of Johor sitting in Singapore but to the Sultan of Riau. In other words, that the Sultan and the Temenggong should be regarded as having ceded the islands situated within the 10-mile limit belonging to them and not the others and, beyond that, that the expression used provides a clue — one of many — as to the uncertainty then prevailing on the precise extent of the territorial control of the local sovereigns.

[End of slide 5]

(b) *The “confirmatory documents” invoked by Malaysia*

34. The construction of the Horsburgh lighthouse on Pedra Branca constitutes a key date: after that, any title of Great Britain — if the latter acquired such title (which is what Mr. Brownlie will show tomorrow) — could be transferred only by a treaty of cession concluded in due form. It thus seems curious, on the face of it, that Malaysia should rely on documents subsequent to that date to “confirm” its alleged “title immemorial”. Singapore is nevertheless prepared to accept the possibility of hypotheses under which the existence of such title could be confirmed by more recent documents establishing its continuity²⁸. That is not the case for the documents on which our opponents rely.

²⁷CMM, p. 24, para. 40; see also RS, pp. 41-42, para. 93.

²⁸Cf. PCA, M. Huber, Arbitral Award of 4 April 1928, *Island of Palmas*, United Nations, *RIAA*, Vol. II, p. 866; Arbitral Award of 29 Sept. 1988, *Taba*, *ILM*, 1988, p. 1469, para. 175. See also Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2003, pp. 125-126 or Marcelo G. Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, PUF, Paris, 1997, pp. 170-171.

35. We shall return to this matter at greater length when we discuss the respective practices of the two Parties with regard to Pedra Branca. I shall therefore confine myself to noting that none of the documents invoked by Malaysia for this purpose gives any indication of a conviction that any title to the island belonged to Johor.

[Slide 6: map 10 of the cartographic atlas of Malaysia (map attached to the Ord Award of 1868), annotated (in red) to show the area of the dispute between Johor and Pahang (CMS, Insert 6) (judges' folder, tab 20)]

— The “Ord Award” of 1 September 1868²⁹ settled a dispute between modern Johor and Pahang. It related to a geographical region situated far to the north of Pedra Branca and had no bearing whatsoever on that island; to interpret the sentence in the operative part establishing that “all the islands . . . to the south of [the line of latitude 2° 59' 20" N] belong to Johore” as implying recognition of the Sultanate’s sovereignty over Pedra Branca is tantamount to claiming that Bintan, or . . . Borneo or Australia belong to Johor, on the pretext that all of them lie to the south of the line in question, which makes no sense at all.

[End of slide 6]

20

— The letter of 20 March 1886 from the Sultan of Johor to Earl Granville, Principal Secretary of State to the Colonies³⁰, requesting the establishment of a register of the “Islands in the open Seas and Straits belonging to the State of Johore” also cannot be interpreted along the lines of the Malaysian argument; first of all, the least that can be said of such an approach is that it does not attest to a very sure knowledge of the territorial extent of Johor. Secondly, as was shown by Singapore in its Counter-Memorial, the purpose of the request was in fact to have Johor’s sovereignty over the Natunas recognized and had strictly nothing to do with Pedra Branca³¹. Lastly, and most importantly, as is often the case, Malaysia’s reasoning is “topsy-turvy”: no doubt the Sultan considered that some islands in the region belonged to him, but he did not know which ones and from this it must be concluded, *a contrario*, that he

²⁹MM, Vol. 3, Ann. 86.

³⁰*Ibid.*, Ann. 63.

³¹CMS, pp. 56-58, paras. 4.35-4.37.

accepted that this was not the case for all of them. As to whether he considered that this was or was not the case for Pedra Branca, it would require great perspicacity to know the answer: contrary to what he had announced³², the Sultan did not forward the list of the islands he considered to belong to him and Great Britain took no action on his request³³.

— The following two episodes in which Malaysia sees confirmation of its imaginary title occurred much later, these being the Straits Settlements and Johor Territorial Waters Agreement³⁴ of 19 October 1927, as confirmed in 1995³⁵, and the Agreement of 25 May 1973 between Indonesia and Singapore³⁶; both of these are strictly confined to delimiting the territorial sea around the island of Singapore and have nothing at all to do with Pedra Branca³⁷. Obviously, therefore, no conclusion can be drawn from these concerning the original title to this island claimed by Malaysia.

21

36. More generally speaking, one observation needs to be made: nearly all the documents relied upon by Malaysia to assert its indispensable but untraceable original title do not mention Pedra Branca by name. They are merely “assertions of sovereignty and jurisdiction that fail to mention any islands whatsoever, and with general references to ‘the islands’ with no further specificity”³⁸. As in the case concerning *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan*, the fact that the island in dispute is not “mentioned by name in any of the . . . legal instruments presented by Malaysia to prove” the alleged title (*Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 674, para. 108) is certainly not a point in favour of its existence and prevents the documents in question being considered as having “specific reference to [the island] in dispute as such” (*ibid.*, p. 683, para. 136). As they have no reference to Pedra Branca, which they do not identify and which, for the most part, they manifestly do not concern, these documents have no probative value in the case before us.

³²MM, Ann. 63, para. 5 of the letter of 20 March 1886.

³³See CMS, pp. 57-58, para. 4.36 (b).

³⁴MM, Vol. 2, Ann. 12.

³⁵*Ibid.*, Ann. 19.

³⁶*Ibid.*, Ann. 18.

³⁷See the map inserted on p. 49 of the Malaysian Memorial.

³⁸*Eritrea/Yemen, Phase One (Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute)*, Arbitral Award of 9 October 1998, United Nations, RIAA, Vol. XXII, p. 246, para. 136.

37. What are we to conclude from all this, Mr. President? The answer is very simple: apart from an isolated press article from 1835 that is subject to caution, and to which I referred yesterday, there is *no* document, *no* treaty, *no* proclamation, *no* court decision, *no* authoritative legal opinion that states, or even *implies* in any way, that Johor enjoyed or claimed any territorial title to Pedra Branca before Great Britain took possession of the island. Even the experts consulted by Malaysia are careful not to make this assertion. Contrary to what Malaysia suggests³⁹, Professor Houben says nothing of this nature: no doubt he considers that the sovereignty or suzerainty (*perentah*) of what he calls the kingdom of Johor-Riau “consisted [during the first quarter of the nineteenth century] of a ring of islands in the northwestern part of the Riau Archipelago and included Singapore and a portion of the Johor coastline”⁴⁰. But he goes no further than this and declines to draw any conclusion whatsoever concerning both the specific islands at issue and their nature. In particular, he does not venture to affirm that this *perentah* extended to uninhabited islands like Pedra Branca — contrary to what Malaysia would have us believe when it adds, immediately after citing Mr. Houben: “Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge fell within the Temenggong’s territory”⁴¹: this is what is affirmed by Malaysia itself, not its expert.

22 As for Professor Andaya, he says nothing about the legal status of the island, although he does not hesitate to allege, as I said yesterday⁴², that Johor (albeit in the seventeenth century) exercised sovereignty over the surrounding seas.

38. The caution displayed by these experts is understandable: while they are not jurists, Mr. Andaya and Mr. Houben are specialists in the history of the region and, in that capacity, they cannot be unaware that the local populations’ conception of the relationship of political authority to territory ruled out the possibility of territorial sovereignty extending to uninhabited islands far from

³⁹RM, p. 35, para. 80.

⁴⁰RM, App. II, pp. 227-228, para. 28.

⁴¹RM, p. 35, para. 80.

⁴²See above, para. 11.

the coasts, such as Pedra Branca. Moreover — and this cannot be emphasized too strongly — no document, not a single one, confirms Malaysia's allegations in this respect. Such a claim is, moreover, equally incompatible with the principles of general international law which were applied at that time in the relations between local sovereigns and the European powers.

B. Neither the territorial conceptions of the local population nor the principles of general international law establish the existence of an original title of Johor to Pedra Branca

39. Mr. President, we must surely not exaggerate the differences that exist between these two conceptions of the relationship to territory: as is observed by Malaysia, which superfluously devotes lengthy passages of its pleadings to the subject, Johor was always considered an independent State and was treated as such by the European powers. As such, it came under the scope of the general international law in force at that period (see *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, pp. 38-39, para. 79). Singapore has no quarrel with that. The fact nevertheless remains, as was noted by the Court in its 1975 Advisory Opinion on *Western Sahara*, that “[n]o rule of international law . . . requires the structure of a State to follow any particular pattern, as is evident from the diversity of the forms of State found in the world today” (*ibid.*, pp. 43-44, para. 94). As is moreover clear from the opinions of historians attached by Malaysia to its Reply, Johor, like all the kingdoms or principalities in the region, whatever their names, was subject to a form of political organization different from those that prevailed in Europe; and the political authority's relationship with its population and its territory was a very special one, which may help to show to what extent Malaysia's claims concerning “original title” to Pedra Branca are unfounded.

23

1. The Malaysian conception of territory

40. I may, however, be brief with regard to the Malaysian conception of territory, which is set out clearly — I think — by Singapore on pages 18 to 24 of its Counter-Memorial and which the Chief Justice explained again yesterday. I need doubtless only say that the opinions of Professors Andaya and Houben, which Malaysia has attached to its Reply, do more to confirm than to contradict the views of Singapore, even though in certain respects their assertions must no doubt be qualified — especially as regards the legal conclusions they draw from their statements.

41. In paragraph 61 of its Reply, Malaysia criticizes us for adopting a “Swiss cheese” theory of State formation in the Malay world. In so doing, it commits two highly regrettable errors: first, our opponents are guilty of an unfortunate failure to distinguish between Swiss gruyère — which has no holes — and French emmental, which does . . .⁴³; secondly, and this is even more serious (at least in the case which concerns us), this observation is in fact evidence of a Eurocentrism which is out of place. Whereas political power in Europe was gradually “territorialized”, and this movement marked the transition from feudalism to statehood, this was not necessarily the case in the rest of the world, where personal allegiances often predominated.

42. As was also noted by the Court in its 1975 Opinion: “[p]olitical ties of allegiance to a ruler . . . have frequently formed a major element in the composition of a State” (*Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 44, para. 95), and it is moreover by relying on “ties . . . of dependence or of alliance, which were essentially tribal rather than territorial”, and “in the context of such a territory and such a social and political organization of the population that the Court [examined] the question of the ‘legal ties’ between Western Sahara and the Kingdom of Morocco and the Mauritanian entity at the time of colonization by Spain” (*ibid.*, p. 42, paras. 88 and 89).

24 The same must apply in the present case. While there is hardly any doubt that the relations of the sovereign with the territory (which undeniably existed, contrary to what Malaysia would have us believe)⁴⁴ presupposed the intermediation of the population, it is clear, as was pointed out by Mr. Chan yesterday, that they did not extend to uninhabited islands remote from the coasts, like Pedra Branca. And the occasional presence of Orang laut — pirates of the high seas — which, however, is not attested by any document, makes no difference to the situation.

43. As if to convince itself, Malaysia repeatedly refers to the Orang laut as “subjects of the Temenggong”⁴⁵; but this is a mere affirmation which it has never proved. That there were ties between this tribe and the Sultans of Johor (and subsequently the Temenggong) is probably true. But the “evidence” put forward by Malaysia relates indiscriminately to the ties between the Orang laut, on the one hand, and the Sultans of continental Johor *and* Johor-Riau-Lingga, on the

⁴³See <http://www.lagruyere.ch/archives/2003/03.01.14/gruyere2.htm>.

⁴⁴See for example, RS, p. 25, para. 54.

⁴⁵See for example, in the Reply alone: p. 11, para. 22; p. 27, paras. 59 and 60; p. 29, paras. 64 and 65, or p. 204, para. 435.

other. For example, when John Crawford affirms that the Orang laut that he met “are subjects of the King of Johore”⁴⁶, given the date of that meeting (1822) he can obviously only be referring to the Sultan established in Riau, not the one on the mainland. Secondly, these ties, if they existed, seem to have lacked stability, which is a further characteristic of these nomadic populations.

44. It is not without interest to note that, in its 2002 Judgment, the Court dismissed out of hand the same argument put forward by Malaysia in support of its claim concerning a traditional title to Ligitan and Sipadan:

“Malaysia relies on the ties of allegiance which allegedly existed between the Sultan of Sulu and the Bajau Laut who inhabited the islands off the coast of North Borneo and who from time to time may have made use of the two uninhabited islands. The Court is of the opinion that such ties may well have existed but that they are in themselves not sufficient to provide evidence that the Sultan of Sulu claimed territorial title to these two small islands or considered them part of his possessions. Nor is there any evidence that the Sultan actually exercised authority over Ligitan and Sipadan.” (*Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2002*, p. 675, para. 110; see also p. 670, para. 98.)

25

45. The same points are applicable here: even if it is admitted that the Orang laut had ties with Johor and engaged in their favourite activities, piracy and fishing, around Pedra Branca — which Malaysia has failed to prove — this could in no way establish a traditional or original title on the part of Johor to the island in dispute. Both fishing and piracy are activities of private persons which, as the Court also held in the same Judgment, “cannot be seen as *effectivités* if they do not take place on the basis of official regulations or under governmental authority” (*ibid.*, p. 683, para. 140)⁴⁷. *A fortiori*, they cannot constitute proof of the original title claimed by Malaysia.

2. The applicable rules of international law

46. These remarks are equally valid from the standpoint of the traditional conception of the relationship of political power to territory, concerning which I have up to now followed the line taken by Mr. Chan yesterday, as well as of the general principles of public international law which were applied at that period in relations between States — and, consequently, in the relations forged between Johor and the European powers. It should be understood, I repeat, that there is no

⁴⁶RM, Vol. 2, Ann. 7.

⁴⁷See also, for example, the Arbitral Award of 30 June 1865, *Aves Island*, in A. de La Pradelle and N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Vol. II, p. 413, or *Dubai-Sharjah Border* case, Arbitral Award of 19 October 1981, *International Law Reports*, Vol. 91, 1993, p. 606.

continuity between these two ways of considering the matter: general international law took account of local conceptions and drew the necessary consequences. This again is clearly apparent from the 1975 Advisory Opinion in the *Western Sahara* case, where the Court held:

“Whatever differences of opinion there may have been among jurists, the State practice of the relevant period indicates that territories inhabited by tribes or peoples having a social and political organization were not regarded as *terrae nullius*.” (*Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 39, para. 80.)

26 47. On the other hand, the uninhabited territories were so regarded⁴⁸. And that was obviously the case with Pedra Branca which, as we have seen, did not come under the territorial sovereignty of the Sultan of Johor from the perspective of the territorial conceptions prevalent in the Malay world. Nor, needless to say, did it come under such sovereignty from the standpoint of general international law.

48. As for the theory of contiguity (which is only relative in this case), it has never been recognized in international law. One need only recall the very clear position taken by Max Huber in the *Island of Palmas* case, in a dispute over facts contemporaneous with those which concern us here. The citation is sufficiently convincing and important to deserve to be made in full, although it is rather lengthy:

“Although States have in certain circumstances maintained that islands relatively close to their shores belonged to them in virtue of their geographical situation, it is impossible to show the existence of a rule of positive international law to the effect that islands situated outside territorial waters should belong to a State from the mere fact that its territory forms the *terra firma* (nearest continent or island of considerable size). Not only would it seem that there are no precedents sufficiently frequent and sufficiently precise in their bearing to establish such a rule of international law, but the alleged principle itself is by its very nature so uncertain and contested that even governments of the same State have on different occasions maintained contradictory opinions as to its soundness. The principle of contiguity, in regard to islands, may not be out of place when it is a question of allotting them to one State rather than another, either by agreement between the Parties, or by a decision not necessarily based on law; but as a rule establishing *ipso jure* the presumption of sovereignty in favour of a particular State, this principle would be in conflict with what has been said as to territorial sovereignty and as to the necessary relation

⁴⁸See for example the Arbitral Award of the King of Italy, 28 January 1932, *Clipperton Island*, United Nations, RIAA, Vol. II, pp. 1105-1111. See also: Patrick Daillier and Alain Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 7th ed., 2002, p. 530, or Malcolm N. Shaw, *Title to Territory in Africa. International Legal Issues*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 31.

between the right to exclude other States from a region and the duty to display therein the activities of a State. Nor is this principle of contiguity admissible as a legal method of deciding questions of territorial sovereignty, for it is wholly lacking in precision and would in its application lead to arbitrary results.”⁴⁹ (See also *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 43, para. 92.)

I regard this as an impeccably reasoned demonstration.

49. Before going any further, allow me, Mr. President, to recapitulate the observations made up to now:

- 27
- (i) *no* document (apart from a newspaper article with no probative value), *no* authoritative legal opinion prior to the critical date, puts forward the argument of an original title of Johor to Pedra Branca;
 - (ii) nor is this corroborated by Malaysia’s invocation of activities on the island (to which no document attests) or in the surrounding seas, as neither fishing nor piracy can reasonably be regarded as evidence of any wish to act “with sovereign title”; moreover,
 - (iii) the documents attesting to these activities are rare and often subject to caution, and the ties between the Orang laut which engaged in them and the Temenggong or the Sultan of Johor, assuming that they existed, which Malaysia has failed to prove, are uncertain and, to paraphrase the conclusions of the Court in the *Indonesia/Malaysia* case, “such ties may well have existed but . . . they are in themselves not sufficient to provide evidence that the Sultan of [Johor] claimed territorial title to [this small island]” (*Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan, (Indonesia/Malaysia), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 675, para. 110); furthermore,
 - (iv) the local princes and chiefs did not consider the uninhabited islands of the region, which were far from the coasts and situated outside their territorial waters, to fall within their territorial sovereignty; and
 - (v) nor can Pedra Branca be connected to Malaysia, on the basis of a principle of contiguity which has never been recognized in positive international law.

⁴⁹*Island of Palmas* Arbitration, Permanent Court of Arbitration, Award of 4 April 1928, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. II, pp. 854-855.

II. ABSENCE OF “PERMISSION” GIVEN BY JOHOR FOR THE CONSTRUCTION OF THE LIGHTHOUSE

50. Mr. President, Malaysia’s whole contention depends entirely on the existence of an original title over Pedra Branca on the part of Johor. In the absence of such title, its entire line of argument collapses, and, in particular, the argument that Johor had given its “permission” for the erection of a lighthouse on the island. The indisputable absence of any such title is sufficient to dispose of it.

51. According to Malaysia, “PBP, an island under Johor’s sovereignty, was covered by that permission”⁵⁰. This argument rests on two premises:

- Pedra Branca fell under the sovereignty of Johor;
- the alleged “permission” concerned the island in question.

Both premises are false.

28

52. I have already given my reasons regarding the first. The second, too, is equally untenable. We have already shown this at length in our written pleadings⁵¹ but I would like to highlight the incongruous nature of the reasoning, if such it is, followed by our Malaysian friends.

53. From the outset they distort the problem rather, by writing in paragraph 112 of their Reply: «Les deux Parties conviennent que le gouverneur Butterworth a écrit au sultan et au *temenggong* en vue d’obtenir l’autorisation de construire *le* phare.» (Emphasis added.) The reference should be, Mr. President, not to “*the* lighthouse”, but to “*a* lighthouse”, since, as was then envisaged, it was to be constructed on a site belonging to Johor, as I shall explain in greater detail in a moment. All the allegations that follow are based on this distortion: «Elles conviennent également que les autorités du Johor accordèrent cette autorisation par des lettres datées du 25 novembre 1844.» “Such permission”? Yes: permission to construct *a* lighthouse, *if* it was to be constructed on the territory of Johor; but only *if* such was to be the case. The only certainty

⁵⁰RM, p. 94, para. 188 (*d*).

⁵¹CMS, pp. 82-92, paras. 5.28-5.50 and pp. 95-108, paras. 5.58-5.90; RS, pp. 38-43, paras. 3.8-3.22.

is, to be sure, that the Parties “disagree as to the geographical scope of that permission . . .”. But the next allegation by Malaysia — the last on this point — is again misleading: “Singapore argues that Butterworth’s request for permission concerned Peak Rock and only Peak Rock”⁵². That is not really quite what we are saying . . .

54. The fact is that no one knows the content of the letters that Butterworth, the Governor of the Straits Settlements, wrote to the Sultan of Johor and to the Temenggong, which neither Singapore nor Malaysia have traced and the existence of which is known only from the very vague replies of the former, the Sultan⁵³, and the more precise replies of the latter, the Temenggong⁵⁴. Both are dated 25 November 1844. The content of the Governor’s letters can only be inferred from those replies and from the other letters that he himself wrote during the same period.

29 [Slide 7: sketch-map (Point Romania-Peak Rock-Pedra Branca)]

55. Malaysia’s argument centres on the Temenggong’s reply, in which he notes that «[son] ami «[lire : «le gouverneur»] souhaite construire un phare près de Romania» et qui (temenggong) poursuit en disant que les Britanniques «étaient totalement libres de construire un phare là-bas, ou sur [tout] emplacement jugé approprié». That sentence, which is at the heart of Malaysia’s line of argument, calls for two clarifications.

56. First, it necessarily implies that what is at issue is “any spot *belonging to Johor*”. Curiously, moreover, Malaysia admits as much, fleetingly, when it writes in paragraph 148 of its Reply that: «[C]e qui signifie forcément que l’autorisation portait sur *tout lieu placé sous la souveraineté du Johor* que la CIO choisirait pour l’érection du phare dédié à la mémoire de James Horsburgh» (Emphasis added.) “Any place under Johor’s sovereignty” could be Peak Rock (as was then envisaged), or Point Romania, or Pulau Mungging. But not Pedra Branca. In claiming the contrary, Malaysia once again comes up against the insurmountable obstacle of the absence of any title on the part of Johor over Pedra Branca.

⁵²RM, p. 54, para. 112.

⁵³MS, Vol. 2, Ann. 13.

⁵⁴*Ibid.*

57. And this constitutes the first, and the most obvious, reply to Malaysia's allegation that Pedra Branca was covered by the permission given to Great Britain to construct the Horsburgh lighthouse on the island: if the Sultan and the Temenggong had given such permission, they would have been disposing of property that did not belong to them, which either cannot be done or has no legal value, as I have explained with regard to the 1824 Crawfurd Treaty⁵⁵. Just as they did not cede to Great Britain islands or portions of islands not falling under their sovereignty (but under that of the Sultan of Riau-Lingga) such as Batu Berhenti, Pulau Belakang Padang, or part of Batam, so too they could not dispose of Pedra Branca. Decidedly, *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*⁵⁶.

30

58. Malaysia writes, in its Reply, that “what Singapore has to show is that the permission *exclusively* concerned Peak Rock”⁵⁷. Not at all, Mr. President. The real challenge for Singapore is not to prove that the permission concerned only Peak Rock; it is for Malaysia to show that it concerned Pedra Branca. It has not done so; and it cannot do so: Johor had no title over that island . . .

59. Moreover, secondly, if the Temenggong's agreement did not “exclusively” concern Peak Rock (but also, possibly, other sites situated in Johor's possessions), it nevertheless certainly did not concern Pedra Branca.

60. Malaysia writes in its Memorial that “the location of the lighthouse was an open question until 1846”⁵⁸. That might be so, Mr. President. But in 1844, at the time of the exchange of correspondence which is of concern to us for the moment, the focus of attention was firmly on Peak Rock, which, moreover, is assuredly “near Point Romania” — it is one of the islets in the Romania Islands group; whereas that is much more debatable in the case of Pedra Branca, which is not part of the group⁵⁹.

[End of slide 7]

⁵⁵See above, para. 32.

⁵⁶See above, footnote 42.

⁵⁷RM, p. 61, para. 125; emphasis in original.

⁵⁸MM, p. 59, para. 116.

⁵⁹Cf. CMS, p. 97, para. 5.65; and RS, pp. 39-40, footnote 85, and Insert 6.

61. The chronology leaves no doubt:

- in April 1844, Governor Butterworth entrusted Captain Sir Edward Belcher with the task of determining the most eligible site for the lighthouse envisaged⁶⁰;
- on 1 October, the latter singled out “the Romania outer island”⁶¹ for that purpose — an expression which undoubtedly refers to Peak Rock⁶²; there is no disagreement between the Parties on this point⁶³;
- on 3 October, in a letter to Captain Faber, Butterworth, after mentioning that Pedra Branca had at one time been under consideration, endorsed Belcher’s report and announced his intention of visiting Point Romania⁶⁴;
- 31** — on 20 November 1844, Thomson, the Government Surveyor, whom Butterworth had entrusted with the task of preparing a feasibility study (concerning exclusively Peak Rock), submitted his report — which concerned only “Peak Rock Romania”⁶⁵. It was during that period that Butterworth wrote to the Sultan and the Temenggong to obtain their agreement to the construction of a lighthouse, and it was on 25 November (1844) that they gave it, in the terms that I have indicated⁶⁶. There can be no doubt that their agreement related to Peak Rock; in any case, it did not relate to Pedra Branca.

62. This, furthermore, is confirmed by the letter that Governor Butterworth wrote to the Secretary to the Government of India on 28 November 1844, which refers to the Belcher report and to the chart prepared by Thomson showing the position “of the Rock therein alluded to” . . . “with reference to Pedra Branca”, which shows that Pedra Branca could not be the site at issue, but, once again, only Peak Rock⁶⁷. And Butterworth went on to specify: «*Ce rocher fait partie des territoires du rajah de Johore , qui a, avec le tamongong, volontairement consenti de le céder*

⁶⁰Cf. MS, Ann. 11.

⁶¹*Ibid.*.

⁶²See MS, pp. 42-43, paras. 5.34-5.36.

⁶³Cf. MM, p. 57, para. 113; p. 62, para. 128, and p. 64, para. 131.

⁶⁴CMS, Ann. 10; see too Ann. 9.

⁶⁵MS, Ann. 12.

⁶⁶See above, paras. 55 and 56.

⁶⁷See too Butterworth’s letter to the Under Secretary to the Government of Bengal dated 22 August 1845, MS, Ann. 14.

gracieusement à la Compagnie des Indes orientales.»⁶⁸ Three days after receiving the letters from the Sultan and the Temenggong, the Governor of the Straits Settlements was interpreting the authorization given by them as referring to “this Rock”, that is, Peak Rock.

63. It was not until August 1846 that Butterworth changed his mind and opted — this time definitively — for Pedra Branca. And it is surely not the letter he wrote to the Secretary of the Government of India that changes things⁶⁹:

32 — the fact that the Sultan’s and the Temenggong’s letters of 1844 were once again appended to it cannot be regarded as evidence that the permission extended to Pedra Branca: in requesting a final decision from his Government, the Governor appended the full dossier on the case, but nothing can be inferred from that — particularly since other documents exclusively concerning Peak Rock, Belcher’s report dated 1 October 1844 and Thomson’s letter of 20 November 1844 are also appended to it; and this is also the case with regard to the letter dated 3 October from the Government of India to the Court of Directors of the East India Company⁷⁰ and, *a fortiori*, the “full report” sent by Butterworth to the Under Secretary to the Government of Bengal dated 12 June 1848⁷¹;

[Slide 8: extract from the letter from Butterworth W. J., Governor of Prince of Wales Island, Singapore and Malacca, to Bushby G. A., Secretary of the Government of Bengal, dated 24 August 1846 (judges’ folder, tab 21)]

— the report by the handwriting expert Ms Lee Gek Kwee, produced by Singapore on 21 August 2007⁷², confirms what Singapore had already stated in its Counter-Memorial⁷³, namely that it is “highly probable” that, in this letter, Butterworth was referring to

⁶⁸MS, Ann. 13; emphasis added.

⁶⁹MM, Vol. 3, Ann. 51.

⁷⁰MM, Vol. 3, Ann. 54; see RM, pp. 86-88, paras. 175-178.

⁷¹RM, pp. 88-89, paras. 179-181.

⁷²See the letters from the Registrar to the Parties dated 11 Oct. 2007.

⁷³CMS, pp. 104-105, para. 5.83; see, too, RS, pp. 41-42, para. 3.18.

«[l]’ensemble des détails relatifs à l’entretien [«care»] des phares, tels que décrits dans [sa] lettre en date du 28 novembre 1844...» et non dans le cas [«case»]des phares...», which, furthermore, is meaningless;

[End of slide 8]

— but — and this is probably the most important point: even if it was accepted that Butterworth had intended to refer to the Peak Rock question, that would obviously only be transposable *mutatis mutandis*; the distances, in relation to the Malaysian coast or to Singapore, are different; so are the reasons for the choice; and the same is true for the legal status.

Moreover, it is extremely revealing that, from the moment when Pedra Branca was finally chosen, there was never again any question of permission on the part of Johor⁷⁴ — until the 1953 episode, to which I shall return on Friday.

33 [Slide 9: comparison of the passage from Thomson’s *Account of the Horsburgh Lighthouse* of 1852 cited by Malaysia and the complete text as found in the *Account* (CMS, p. 114, para. 5.103) (judges’ folder, tab 22)]

64. And the Temenggong’s visit to Pedra Branca some days *after* the inauguration ceremony for the lighthouse in 1850 certainly does not confirm Malaysia’s contention that Johor had sovereignty over Pedra Branca. It is not without interest to note that, in order to turn the situation to its advantage, Malaysia has taken it upon itself to truncate the quotation from Thomson’s account relating the scene. Malaysia has relied on the fact that the Temenggong “came in a beautiful fast sailing sampan . . . rigged with graceful latteen sails”⁷⁵. The ellipses between the words “sampan” and “rigged” conceal a detail of the utmost importance, since, as can be seen from the comparison with the original, authentic, text, which is projected on screen⁷⁶, this beautiful fast sailing sampan belonged . . . to the Governor of the Straits Settlements (“a beautiful fast sailing sampan *belonging to the Governor of the Straits Settlements*”)⁷⁷. And I can well understand the embarrassment of our friends in the opposing Party — even though I am not sure that that embarrassment justifies truncating a quotation; for, Mr. President, that changes everything.

⁷⁴See, *inter alia*: CMS, pp. 105-108, paras. 5.86-5.90; RS, pp. 38-39, paras. 3.9-3.11, and p. 43, para. 3.22.

⁷⁵MM, p. 70, para. 148.

⁷⁶See CMS, p. 114, para. 5.103.

⁷⁷MS, Vol. 4, Ann. 61, p. 533; emphasis added.

Contrary to the affirmations of Malaysia, the Temenggong (who, it should be noted, was not invited to the inauguration ceremony) did not behave as would befit a sovereign, but as a guest of the British Governor, who placed one of his sampans at his disposal; for, contrary also to Malaysia's affirmations⁷⁸, it is hard to imagine that the Temenggong would have been able to use one of the Governor's boats without having been invited to do so, or that he would have travelled to the island by that means without having received permission to do so.

[End of slide 9]

34 65. The fact is, Mr. President, as Mr. Brownlie will now show if you give him the floor, that Pedra Branca had undoubtedly become a dependency of Singapore once the British had taken possession of it. First, however, allow me briefly to draw the conclusions that seem to me to emerge from the second part of my pleadings this morning:

- (i) in 1844, when Peak Rock seemed to have been chosen as the site for the construction of the Horsburgh lighthouse, the Governor of the Straits Settlements assured himself of the agreement of the territorial sovereign — which was incontestably Johor;
- (ii) the Sultan and the Temenggong both gave the requisite authorization, which became irrelevant once the final choice settled on Pedra Branca, which is not mentioned in their letters;
- (iii) Malaysia's reasoning is topsy-turvy when it proposes that that agreement extended to Pedra Branca, as it has never established the existence of an original title over the island on the part of Johor;
- (iv) moreover, after 1846, the question of permission never again arose; and
- (v) the Temenggong's visit to Pedra Branca in June 1850, after the inauguration of the lighthouse, on a boat belonging to the Governor, in no way confirms the "permission" to which Malaysia attaches such great importance: on the contrary, it shows that if any permission was given, it was given to the Temenggong, that that dignitary visited the island at the invitation and with the permission of the British authorities.

Mr. President, Members of the Court, thank you very much for your attention.

⁷⁸RS, p. 122, para. 233.

Le VICE-PRESIDENT, faisant fonction de président : Je vous remercie pour votre plaidoirie, Monsieur Pellet. J'appelle maintenant M. Brownlie à la barre.

M. BROWNLIE : Je vous remercie, Monsieur le président.

L'ACQUISITION DU TITRE SUR PEDRA BRANCA EN 1847-1851

1. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, c'est un honneur pour moi que de m'adresser à la Cour aujourd'hui en qualité de conseil de Singapour.

2. Je suis chargé d'examiner l'acquisition du titre par Singapour.

35

3. Singapour détient la souveraineté sur Pedra Branca sur la base de la possession légale de l'île par son prédécesseur en titre, le Royaume-Uni, durant la période allant de 1847 à 1851.

4. En 1847, Pedra Branca était *terra nullius* et aucune entité souveraine n'avait jamais auparavant revendiqué l'île, ni en aucune façon prétendu exercer sur elle sa souveraineté.

5. Les documents dont nous disposons incitent à conclure que la Couronne britannique est partie du principe que Pedra Branca était *terra nullius*.

6. La Malaisie a parfois suggéré que les fonctionnaires britanniques n'étaient pas conscients des questions de titre, ou qu'ils n'y étaient pas sensibles et ne se souciaient guère de la situation géographique du site utilisé : je me réfère ici au contre-mémoire de la Malaisie, vol. I, par. 104.

7. Toutefois, les éléments de preuve indiquent que la Couronne britannique était consciente des ramifications de la souveraineté dans la région. Ainsi, dans sa lettre en date du 28 novembre 1844, Butterworth, en sa qualité de gouverneur, se réfère au fait que Peak Rock «fait partie des territoires du rajah de Johore» (MS, vol. 2, annexe 13). Le gouverneur s'adressait à Currie, le secrétaire du gouvernement de l'Inde. Vous constaterez d'ailleurs sur la carte à l'écran que Peak Rock faisait partie du groupe d'îles appelé Romania (cette carte figure sous l'onglet 23 du dossier de plaidoiries). Et il s'agit là d'une carte — non d'un croquis — établie par Thomson. Vous pourrez également vous reporter à la lettre en date du 1^{er} octobre 1844 que le capitaine Belcher adressa à Butterworth (MS, vol. 2, annexe 11).

8. La question du titre apparaît également dans la lettre datée du 7 novembre 1850 que Church, le fonctionnaire responsable à Singapour, adressa à Butterworth, et dans laquelle figure le passage suivant :

«4. J'observe que M. Thomson soutient la création, *près de Point Romania*, d'un poste qui puisse, en cas de besoin, porter secours aux travailleurs du phare, et également lutter contre la piraterie. Un groupe militaire de l'ampleur recommandée aurait certainement son utilité mais je doute qu'une telle mesure soit absolument nécessaire, ou proportionnée à la dépense permanente qu'un tel établissement occasionnerait forcément ; en outre, *Romania appartient au souverain de Johore, où les Britanniques n'ont en droit aucune compétence*. Le vapeur ou les canonnières se rendront bien sûr chaque semaine à Pedro Branca, mais il serait en outre utile de demander à Son Altesse le *tumongong* de constituer à Romania un village placé sous l'autorité d'un respectable *panghooloo* en vue de prêter main-forte en cas d'urgence aux habitants du phare.» (MS, vol. 3, annexe 48 ; les italiques sont de nous.)

36

9. Il est donc clair que la prise de possession de Pedra Branca par les autorités britanniques ne suscita aucune protestation ni réserve de droits de la part d'autres puissances. Le processus de construction du phare et d'autres ouvrages publics revêtait nécessairement un caractère public et les opérations étaient relatées dans la presse singapourienne. Les opérations de construction qui débutèrent en 1847 n'imposaient pas de solliciter l'autorisation d'autres puissances au sujet des mouvements de navires, notamment pour les patrouilles menées par des canonnières britanniques en vue de protéger les navires transportant les matériaux de construction et les ouvriers.

10. Les activités publiques auxquelles la Couronne britannique ne cessa de se livrer pendant une période de quatre ans ne suscitèrent pas non plus de réserves de la part d'autres puissances. Dans ce contexte général, il n'est guère surprenant que, en écrivant au résident néerlandais à Riau en 1850, le secrétaire général néerlandais à Batavia ait évoqué «la construction d'un phare à Pedra Branca, *en territoire britannique*» (RS, vol. 2, annexe 8).

11. La Malaisie rétorque qu'aucune protestation ni réserve de droits ne s'imposait (CMM, p. 69, par. 134). Cette réponse est fondée sur plusieurs hypothèses non démontrées, à savoir, par exemple, que les autorités britanniques auraient eu la permission du Johor. En tout état de cause, la Malaisie reconnaît que le Johor n'émit aucune protestation ni réserve de droits.

Financement et construction du phare et travaux connexes

12. La conception, le choix de l'emplacement et la construction du phare furent assujettis du début à la fin à la supervision et à l'approbation de la Couronne britannique et de ses représentants.

13. La construction du phare passa par une série de décisions et d'interventions sur le terrain :

— premièrement, il y eut le choix de Pedra Branca comme site du phare ;

- deuxièmement, le choix du nom du phare ;
- troisièmement, la planification des travaux de construction ;
- quatrièmement, le financement de ces travaux ;
- cinquièmement, les visites effectuées par des responsables à Pedra Branca au cours de la construction ;
- sixièmement, l'appui logistique des navires du gouvernement ;
- septièmement, la protection assurée par des canonnières ;
- huitièmement, le fait que le gouvernement de l'Inde ait été la source d'approvisionnement exclusive en équipements et outils nécessaires à la construction du phare ;
- neuvièmement, que le gouvernement de l'Inde ait établi et conclu le contrat de construction ;
- dixièmement, que le cahier des charges et les estimations relatives à la construction aient été arrêtés par le gouvernement de l'Inde.

37

14. La procédure fut placée d'un bout à l'autre sous l'autorité et sous le contrôle de la Couronne britannique, dont la Compagnie des Indes orientales était l'organe compétent.

15. Il convient de présenter ici les sources de l'autorité britannique dans les Etablissements des détroits ; les voici à l'écran. Elles figurent également sous l'onglet 25 du dossier de plaidoiries. Il s'agissait notamment de Singapour, de Malacca et de Penang (encore appelée île du Prince-de-Galles). Fondés en 1826, les Etablissements des détroits étaient administrés par la Compagnie des Indes orientales.

16. La Compagnie des Indes orientales jouait le rôle d'organe de la Couronne britannique et ses activités étaient supervisées par le conseil de contrôle, à Londres, dirigé par un ministre du Gouvernement britannique.

17. Il serait utile d'apporter des éclaircissements sur la terminologie. En règle générale, par gouvernement de l'Inde on entend le gouverneur général de l'Inde et les membres de son conseil, siégeant à Calcutta, qui occupaient tous des postes de responsabilité à la Compagnie des Indes orientales. Le gouverneur général de l'Inde relevait de l'autorité du directoire de la Compagnie des Indes orientales. Ce directoire était lui-même sous la tutelle du conseil de contrôle, dirigé par le secrétaire d'Etat, ministre du Gouvernement britannique. Toutes les décisions du gouvernement de l'Inde étaient donc prises sous la responsabilité de la Couronne britannique, c'est-à-dire du

Gouvernement britannique à Londres. Sous l'autorité du gouverneur général de l'Inde, l'administration se divisait en quatre présidences (Bengale, Bombay, Madras et Agra). L'administration des Etablissements des détroits, dont faisait partie Singapour, relevait de la présidence du Bengale au moment de la conception et de la construction du phare.

18. L'autorisation définitive de construire le phare fut donnée par le directoire de la Compagnie des Indes orientales (établi à Londres), et il s'agissait là de la procédure appropriée.

19. Les éléments de preuve concernant l'ensemble du processus de conception et de construction tiennent en grande partie à la correspondance échangée, à des échelons successifs de la chaîne hiérarchique, par une série de fonctionnaires du gouvernement de l'Inde qui jouèrent un rôle particulièrement important dans la conception et l'exécution de l'entreprise. Ceux-ci sont mentionnés dans le document que voici à l'écran et qui figure sous l'onglet 26 du dossier de plaidoiries.

20. Ces fonctionnaires entretenaient les relations suivantes :

- d'abord, le gouvernement de l'Inde, par l'intermédiaire de la présidence du Bengale, exerçait son autorité sur le colonel W. J. Butterworth, gouverneur des Etablissements des détroits, avec lequel il correspondait ;
- 38** — ensuite, le gouverneur Butterworth était le supérieur hiérarchique de Thomas Church, conseiller résident de Singapour, avec lequel il correspondait, et,
- enfin, Thomas Church était le supérieur hiérarchique de J. T. Thomson, géomètre du gouvernement à Singapour, avec lequel il correspondait. Thomson était l'architecte et l'ingénieur chargé de la conception et de la construction du phare sur Pedra Branca.

21. Le gouverneur Butterworth fut directement associé au projet dès le début, et il fit lui-même état de sa visite à Pedra Branca en 1847. Il assista à la cérémonie officielle de pose de la première pierre, le 24 mai 1850. Son nom figure sur la plaque apposée dans la salle des visiteurs du phare, et c'est lui qui signa l'avis britannique aux navigateurs (*Notice to Mariners*) daté du 24 septembre 1851. C'est aussi le gouverneur Butterworth qui présida la cérémonie d'inauguration, le 27 septembre 1851.

22. Toutefois, le témoignage faisant autorité est sans aucun doute celui de Thomson. Outre sa correspondance, nous disposons d'un élément capital, l'*Account of the Horsburgh Lighthouse* (le rapport Thomson), publié en 1852 dans le *Journal of the Indian Archipelago and Eastern Asia*. Il s'agit en fait du texte du rapport officiel rédigé par Thomson, en sa qualité de géomètre du gouvernement à Singapour, après l'achèvement du projet. Ce texte est daté du 14 août 1852. Ainsi qu'il est indiqué dans sa préface, le rapport fut rédigé à la demande du gouverneur Butterworth. Thomson est présenté comme «l'architecte» sur la plaque apposée dans la salle des visiteurs et c'est le gouverneur Butterworth qui l'avait désigné pour exercer cette fonction.

23. Thomson fut chargé de l'intégralité du projet de construction, placé sous sa responsabilité directe. Non seulement il se rendit régulièrement sur Pedra Branca, mais aussi il séjourna pendant de longues périodes dans une maison se trouvant sur l'île. La correspondance échangée entre les principaux fonctionnaires intéressés, ainsi que le rapport Thomson, constituent des éléments de preuve détaillés et dignes de foi.

M. le président, il me serait utile de savoir si nous pouvons avoir la pause-café un peu à l'avance. J'en suis à un point où je peux m'interrompre, alors qu'il me faudra après plus de temps.

Le VICE-PRESIDENT, faisant fonction de président : Par conséquent, je pense qu'il conviendrait d'observer la pause-café maintenant.

39 M. BROMWLIE : Je vous remercie infiniment

L'audience est suspendue de 11 h 20 à 11 h 35.

Le VICE-PRESIDENT, faisant fonction de président : Veuillez vous asseoir. Vous pouvez continuer, Monsieur Brownlie.

M. BROWNLIE : Je vous remercie.

La question du droit applicable

24. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, j'en viens à présent à la question du droit applicable. Singapour a exposé en détail sa position sur cette question dans son mémoire (p. 79-87). D'après elle, le titre fut acquis par le Royaume-Uni conformément aux principes

juridiques qui, au cours de la période pertinente, à savoir, de 1847 à 1851, régissaient l'acquisition de territoires. La doctrine de l'époque est unanime à ce sujet : sont à la fois requises l'intention d'acquérir la souveraineté et la prise de possession.

25. La prétention juridique de Singapour peut donc être précisée :

- Premièrement, la revendication de souveraineté sur Pedra Branca se fonde sur la possession légale de Pedra Branca réalisée par la voie d'une série de mesures officielles prises entre 1847 et 1851, qui débutèrent avec la première visite de Thomson sur Pedra Branca, à une date comprise entre le 21 juin et le 9 juillet 1847, pour s'achever avec la mise en service officielle du phare le 27 septembre 1851.
- Deuxièmement, la décision de construire le phare sur Pedra Branca fut prise par le directoire de la Compagnie des Indes orientales, agissant en qualité d'organe officiel de la Couronne britannique.
- Troisièmement, l'ensemble des opérations — planification, choix du site et construction — fut soumis au contrôle et à l'approbation exclusifs de la Couronne britannique et de ses représentants.
- Quatrièmement, le type d'activités et les visites officielles effectuées de 1847 à 1851 constituent une manifestation claire de la volonté de la Couronne britannique de revendiquer la souveraineté sur Pedra Branca aux fins de la construction du phare Horsburgh et de ses dépendances et de leur entretien de façon permanente.
- 40** — Cinquièmement, les actes de prise de possession furent pacifiques et publics et ne suscitèrent aucune opposition de la part d'autres puissances.
- Sixièmement, en 1850, les autorités néerlandaises mentionnèrent, dans une lettre officielle, la construction d'un phare «à Pedra Branca, en territoire britannique» (RS, annexe 8).
- Et, enfin, le titre sur Pedra Branca fut acquis par la Couronne britannique conformément aux principes juridiques qui, entre 1847 et 1851, régissaient l'acquisition de territoires.

26. Les éléments de preuve et les éléments de droit pertinents attestent que la Couronne britannique acquit la souveraineté entre 1847 et 1851, souveraineté à laquelle la République de Singapour devait par la suite succéder.

27. Le second aspect du droit applicable à considérer est qu'il n'existe aucune preuve venant étayer la prétention malaisienne à un «titre originel». Comme l'a démontré M. Pellet, la Malaisie n'a pas expliqué quel était le fondement juridique de sa prétention à un titre originel sur Pedra Branca.

28. La Malaisie n'a, à aucun moment, donné une définition claire de sa position sur la question du droit applicable. Il convient tout d'abord de noter qu'elle développe des arguments sans examiner de près les principes du droit international général régissant l'acquisition de titre. La Malaisie fait ainsi valoir, dans son mémoire, trois arguments concurrents : la prétendue existence d'une autorisation du Johore ; le prétendu caractère spécial de la pratique britannique ; et l'affirmation selon laquelle la présence d'un phare était sans incidence sur la question de la souveraineté (MM, par. 104-177).

29. Dans son contre-mémoire, la Malaisie reprend les mêmes arguments (CMM, par. 52-142). Elle insiste également sur l'argument selon lequel les faits ne permettent pas de conclure à l'existence d'une intention de la Couronne britannique d'acquérir la souveraineté (par. 63-72).

30. Dans sa réplique, la Malaisie tire largement argument du fait qu'il n'existe aucune preuve de la prise de possession de Pedra Branca par la Couronne britannique (par. 191-216) ni, d'ailleurs, que les Britanniques avaient l'intention d'acquérir la souveraineté sur cette île (par. 247-278).

31. Elle y affirme aussi, sans fondement, que, dans son contre-mémoire, Singapour a dénaturé la «doctrine» (MR, par. 195-203).

41 32. Monsieur le président, c'est par des faux-fuyants et de manière évasive que la Malaisie aborde la question du droit applicable. Elle semble pourtant accepter, de manière générale, conformément à la doctrine relative au droit intertemporel, l'applicabilité des principes de droit international général (RM, par. 191-216).

33. La Malaisie fait par ailleurs valoir à titre subsidiaire que, de toute façon, une autorisation avait été accordée — mais mon ami Alain Pellet a déjà examiné cette question.

34. La Malaisie tire aussi accessoirement argument du fait que la Grande-Bretagne n'avait aucune intention d'établir sa souveraineté sur Pedra Branca (voir MM, par. 157-164, CMM, par. 63-72 et RM, par. 247-259).

35. Comme je l'ai déjà dit, s'il semble que la Malaisie reconnaisse l'applicabilité des principes de droit international général, elle n'en insiste pas moins sur l'argument selon lequel la pratique britannique exigeait une prise de possession officielle des territoires comme fondement de la souveraineté (voir MM, par. 157-164, CMM, par. 73-92, RM, par. 204-2016).

36. Je ne puis qu'attirer l'attention sur la confusion qui se dégage de l'argumentation malaisienne. Ainsi, dans le contre-mémoire, en particulier, l'argumentation repose exclusivement sur le fait que la prise de possession prétendument requise par la «pratique britannique» n'aurait pas eu lieu. La Malaisie n'invoque aucun principe de droit international général à l'appui de sa démonstration (CMM, par. 73-92).

37. Pourtant, tant le contre-mémoire que la réplique de la Malaisie contiennent des sections portant sur les divers actes britanniques qui auraient été accomplis à l'égard de Pedra Branca sans l'intention requise d'en acquérir la souveraineté (voir CMM, par. 63-72 et RM, par. 247-259).

38. La Malaisie y invoque le droit international général, non la pratique britannique. Bien qu'elle n'explique pas en quoi la description qu'elle fait de la pratique britannique est compatible avec le droit international général de l'époque pertinente, ce qu'il importe de noter, c'est qu'au cours de cette période, ni le droit international général ni la pratique britannique n'exigeaient la moindre formalité et que, depuis lors, le droit n'a pas changé sur ce point. Ainsi, conformément au droit international général, l'accomplissement de formalités à l'égard de l'île Christmas n'avait-il pas été considéré comme déterminant par le département d'Etat des Etats-Unis (voir Hackworth, *Digest of International Law*, vol. 1, 1940, pp. 507-508, RS, par. 3.104-3.106).

39. Dans ce contexte, la position officielle des autres souverains de la région est déterminante. En novembre 1850, quelque temps avant la mise en service du phare en septembre 1851, le Gouvernement des Indes orientales néerlandaises reconnut, dans une lettre en date du 27 novembre 1850 adressée au résident néerlandais de Riau par le secrétaire général des Indes orientales néerlandaises (dossier des juges, onglet 27), que l'île de Pedra Branca était un territoire britannique. Le passage pertinent se lit comme suit :

«Conformément aux instructions que j'ai reçues, j'ai l'honneur d'informer Votre Excellence que le gouvernement n'a trouvé aucune raison d'accorder des primes aux commandants des croiseurs stationnés à Riaou, comme vous le proposez dans votre dépêche n° 649 du 1^{er} novembre 1850, invoquant le dévouement qu'ils ont montré en patrouillant dans la voie navigable située entre Riaou et Singapour, et en *apportant leur aide à la construction d'un phare à Pedra Branca, en territoire britannique.*» (RS, annexe 8, les italiques sont de nous.)

40. La reconnaissance néerlandaise eut des conséquences pratiques ; le résident de Riaou envoya une canonnière qui arriva à Pedra Branca le 6 mai 1850 et qui y demeura, avec l'accord des britanniques, jusqu'à la fin des travaux de construction (voir le rapport Thomson, p. 424 et 473, MS, vol. 4, annexe 61, p. 527 et 576).

41. Dans sa réplique, la Malaisie affirme que Singapour donne une description erronée de la «doctrine», essentiellement parce que les sources qu'elle cite ne présentent pas la prise de possession légale comme un mode d'acquisition de titre (voir RM, par. 195-203). Singapour n'est pas dupe de ce subterfuge et renvoie aux textes autorisés régissant l'acquisition de territoire au milieu et à la fin du XIX^e siècle qu'elle a cités dans son mémoire (par. 5.108-5.111). Neuf ouvrages, publiés entre 1864 et 1906, y sont mentionnés.

42. Singapour conclut également la section de son mémoire consacrée à la doctrine comme suit :

«5.109. Si l'on examine la doctrine juridique de la seconde moitié du XIX^e siècle, il ne fait aucun doute que l'appropriation de Pedra Branca aux fins de l'usage exclusif de la Couronne britannique de 1847 à 1851 constituait un titre par occupation, en d'autres termes un titre résultant d'une prise de possession. Les textes exigent une intention d'acquérir la souveraineté — une intention permanente à cette fin — et une action publique visant à mettre l'intention à exécution et à la rendre manifeste aux autres Etats. Il est difficile de concevoir une manifestation de souveraineté et de possession exclusive dont la signification soit aussi évidente que la prise de possession de Pedra Branca par des personnes investies de l'autorité de la Couronne britannique, surtout si l'on tient compte de la raison pour laquelle cette prise de possession eut lieu et de la construction du phare qui s'ensuivit.

5.110. La doctrine citée dans ce chapitre est compatible avec la pratique des Etats à l'époque considérée. On peut mentionner à ce sujet l'*International Law Opinions* de McNair qui cite des *Reports of the Law Officers* de 1842 et 1868. Les *Reports* soulignent la nécessité qu'un titre soit établi par la voie de l'occupation effective, comme le fait observer McNair dans son commentaire.»

Singapour se réfère ici à l'ouvrage *International Law Opinions* de McNair (1956, vol. 1, p. 285).

43

Et nous disons pour finir : «5.111. Les sources confirment qu'une île inhabitée (comme Pedra Branca) était parfaitement susceptible d'appropriation par une prise de possession légale.» Ici se termine la citation de l'analyse que nous donnons dans le mémoire.

43. Cette présentation singapourienne de la doctrine n'a suscité que peu d'observations détaillées de la Malaisie, lesquelles figurent aux paragraphes 3 à 7 de son contre-mémoire. Le Gouvernement de la Malaisie prétend toutefois que l'expression «possession légale» est discutable (voir CMM, par. 52-62).

44. Cette réaction est un artifice. L'expression «possession légale» est synonyme de l'occupation effective d'une *terra nullius*, ce qui ressort des extraits d'ouvrages cités par Singapour dans son mémoire (voir également la réplique de Singapour, app. A, p. 285-290).

45. La Malaisie écarte l'emploi du terme «possession» mais il est difficile de comprendre pourquoi. «Possession» est le terme général ordinaire utilisé dans la littérature technique et dans les arrêts de la CIJ pour décrire comment un titre est fondé autrement que par un traité de cession. On constate également cet usage dans des ouvrages académiques classiques, notamment :

- a) O'Connell, *International Law*, 3^e éd., 1970, p. 405-421 ;
- b) Sir Robert Jennings, *Acquisition of Territory in International Law*, 1963, p. 4 et 20 ;
- c) Rousseau, *Droit international public*, vol. III, 1977, p. 151-173.

46. Les sources plus anciennes parlent parfois d'«occupation» ou d'«occupation effective». La jurisprudence contemporaine recourt principalement à la «possession» ou à un ensemble prépondérant d'effectivités.

47. Pour des exemples d'emploi du mot possession, la Cour peut se reporter à son arrêt en l'affaire des *Minquiers et des Ecréhous*. Ce terme est utilisé dans certains passages clés développés sur plusieurs pages. Ainsi, à la page 55, peut-on lire :

«En se fondant sur de tels faits, le Gouvernement du Royaume-Uni énonce l'opinion que les îles de la Manche étaient considérées au moyen âge comme constituant une entité physiquement distincte de la Normandie continentale et que le fait de n'avoir pas mentionné par son nom une île déterminée dans un document pertinent qui énumère d'autres îles de la Manche n'implique pas que cette île soit en dehors de l'entité... Si les Ecréhous et les Minquiers n'ont jamais été mentionnés expressément dans ces énumérations, cela était dû probablement à leur faible importance. Même certaines des îles plus importantes, telles que Serk et Herm, ne

44

font qu'occasionnellement l'objet d'une mention expresse dans les documents de cette époque, bien qu'elles fussent, tout autant que les trois plus grandes îles, tenues par le roi d'Angleterre. *De ces seules considérations, la Cour ne croit cependant pas pouvoir tirer une conclusion définitive quant à la souveraineté sur les Ecréhous et les Minquiers, cette question devant dépendre en dernière analyse de preuves se référant directement à la possession de ces groupes.*» (Minquiers et Ecréhous (France/Royaume-Uni), arrêt, C.I.J. Recueil 1953 ; les italiques sont de nous.)

La Cour trouvera un autre exemple à la page 57 où, après avoir retracé l'histoire de ces îlots depuis 1204, elle notait :

«Dans ces conditions, il est difficile de voir pourquoi le démembrement du duché de Normandie en 1204 devrait avoir les effets juridiques qui lui sont attribués par le Gouvernement français. *Ce qui, de l'avis de la Cour, a une importance décisive, ce ne sont pas des présomptions indirectes déduites d'événements du moyen âge, mais les preuves se rapportant directement à la possession des groupes des Ecréhous et des Minquiers.*» (Ibid., p. 57 ; les italiques sont de nous.)

48. La Cour a parfois évoqué la notion d'ensemble prépondérant d'effectivités — par exemple, dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire relative à la *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)* (C.I.J. Recueil 2002, p. 685-686, par. 148-149).

49. Il convient au passage de relever que, si l'importance de la décision rendue en l'affaire des *Minquiers et des Ecréhous* ne doit pas être minimisée, les considérations sur lesquelles elle repose renvoient à un cas de figure particulier, à savoir l'existence d'activités étatiques concurrentes des Parties aux époques considérées. Les circonstances de la présente espèce sont qualitativement différentes, la concurrence de la Malaisie ou de ses prédécesseurs étant restée nulle jusqu'en 1979.

50. Dans sa réplique, la Malaisie renouvelle sa critique de ce qu'elle appelle la «théorie de la prise de possession légale» de Singapour (par. 190-203). Dans ce passage, toutefois, l'accent est mis sur les faits — autrement dit, sur ce que peut recouvrir la prise de possession d'un territoire.

51. En outre, dans sa réplique, la Malaisie se plaint de l'usage que fait Singapour de certaines sources. Ainsi lui reproche-t-elle de citer le propos du spécialiste W. E. Hall sans en expliquer la pertinence. Mais le texte de Hall est on ne peut plus explicite et se passe de commentaires : la Cour pourra se reporter à cet égard au contre-mémoire de Singapour, paragraphe 5.11. Hall expose clairement que le critère qui prévaut en dernier ressort est la manifestation de la volonté de la Couronne.

52. Dans sa réplique, la Malaisie reproche également à Singapour de ne pas citer la 5^e édition de l'*International Law* d'Oppenheim, qu'elle qualifie d'«ouvrage classique britannique». Singapour ne conteste pas ce qualificatif. Toutefois, l'édition de ce livre à laquelle renvoie précisément la Malaisie — la 5^e — date de 1937, de sorte qu'elle n'a aucune pertinence en tant que source de droit intertemporel ni aucune utilité en tant que recueil de doctrine moderne.

45

53. Selon la Malaisie, la 5^e édition de l'ouvrage d'Oppenheim conforte la thèse selon laquelle l'*animus occupandi* doit être attesté par un acte officiel. C'est faux. La Malaisie fait référence au passage suivant :

«A cette fin, [c'est-à-dire, la prise de possession], [l'Etat occupant] doit nécessairement prendre le territoire qu'il occupe sous sa domination (*corpus*) dans l'intention d'y acquérir la souveraineté (*animus*). Cela ne peut s'opérer qu'à travers l'établissement sur le territoire, accompagné d'un acte officiel qui annonce à la fois qu'il a été pris possession du territoire et que le possesseur entend le conserver sous sa souveraineté.»

54. L'on peut se demander pourquoi la Malaisie ne cite pas la dernière édition en date de l'ouvrage d'Oppenheim, qui revêtirait davantage de pertinence, en tant qu'elle dresse la synthèse de la jurisprudence la plus récente de la Cour. Or, à la différence de la 5^e édition, la 9^e édition de cet ouvrage se lit comme suit :

«A cette fin, il doit nécessairement prendre le territoire qu'il occupe sous sa domination (*corpus*) dans l'intention d'y acquérir la souveraineté (*animus*). Cela — du moins en ce qui concerne les zones vastes et habitables — *suppose normalement* l'établissement sur le territoire, accompagné d'un acte officiel qui annonce à la fois qu'il a été pris possession du territoire et que le possesseur entend le conserver sous sa souveraineté.» (Oppenheim, 9^e éd., vol. II, p. 689.)

55. Le passage de la 9^e édition dont je viens de donner lecture est assorti d'une note de bas de page, libellée comme suit :

«De précédentes éditions de ce volume présentent l'établissement comme une condition *sine qua non* de l'occupation effective. Si tel est incontestablement le cas en ce qui concerne de vastes étendues habitables, il n'en va pas nécessairement de même s'agissant, par exemple, d'îlots. Il aurait été difficilement possible de s'«établir» à proprement parler sur les îlots rocheux de Jersey objet de l'affaire des *Minquiers et des Ecréhous* [C.I.J. Recueil 1953, p. 47], mais ceux-ci pouvaient assurément être «occupés» dès lors qu'ils ne relevaient pas déjà de la souveraineté d'un Etat.»

56. Il est clair que, pour les responsables de la 9^e édition de l'ouvrage d'Oppenheim, les précédentes donnaient à penser que l'occupation effective s'opérait nécessairement à travers l'établissement et non, ainsi qu'allégué par la Malaisie, à travers l'accomplissement d'un acte

officiel. Le passage concerné est également interprété par Humphrey Waldock comme faisant de l'établissement, et non de l'accomplissement d'actes officiels, une condition essentielle de l'occupation effective. Waldock écrivait en 1948 :

«La dernière édition de l'ouvrage d'Oppenheim continue d'affirmer catégoriquement qu'un Etat ne peut prendre possession d'un territoire qu'à travers l'établissement, à défaut de quoi l'occupation est purement illusoire. Mais cette thèse a été écartée une fois pour toutes par les décisions judiciaires et arbitrales rendues en ce siècle.» (25 *BYIL* 311 (1948), p. 315.)

46 Dans le même article, Waldock exprimait clairement le point de vue qu'aucun acte officiel n'était requis. Il indiquait que l'intention d'acquérir la souveraineté pouvait se manifester sous «forme de revendication publique de titre ou d'*acte de souveraineté*» (p. 334). Ce passage, conjointement avec la 9^e édition d'*Oppenheim*, confirme que c'est à tort que la Malaisie invoque la 5^e édition de cet ouvrage à l'appui d'une thèse que celui-ci ne vient pas étayer.

57. Plus significatif aux fins qui nous occupent ici est l'impasse que fait la Malaisie sur les sources de droit intertemporel applicable. Dans son mémoire, Singapour cite neuf ouvrages publiés entre 1864 et 1906, dont des ouvrages britanniques classiques comme le *Commentary upon International Law* de Robert Phillimore (publié en 1879) et *The Law of Nations in Peace* de Travers Twiss (publié en 1884). Or, aucun de ces ouvrages de référence ne présente l'accomplissement d'actes officiels comme une condition essentielle de l'occupation effective. Relevons du reste que la Malaisie n'a nullement cherché à en examiner directement le contenu.

58. C'est dans ce contexte que j'aborderai maintenant la manière dont la Malaisie analyse la pratique britannique. Dans son mémoire, la Malaisie évoque une «pratique traditionnelle et constante de prise de possession formelle suivie par les Britanniques pour établir leur souveraineté sur des territoires» (MM, p. 73, par. 157). Dans son contre-mémoire, elle évoque une «pratique courante» (CMM, p. 38-39, par. 76). A l'appui de l'existence d'une telle pratique, la Malaisie renvoie à un certain nombre de cas où des formalités ont été accomplies dans le cadre de la prise de possession. Ce faisant, elle commet la faute logique qui consiste à conclure hâtivement d'éléments descriptifs à une norme. Ainsi que l'a clairement montré Singapour dans ses écritures, rien n'atteste l'existence, dans la pratique étatique britannique, d'une règle positive imposant l'accomplissement de certaines formalités. En réalité, les éléments de preuve tendent à indiquer le contraire.

47 59. Si des formalités sont communément accomplies, il est clair que les hauts responsables britanniques ne les considèrent ni comme «nécessaires» ni comme «requisés». La requête introduite par le Royaume-Uni devant la Cour dans l'affaire de l'*Antarctique*, à laquelle la Malaisie accorde tant d'importance, en offre une illustration. Dans son contre-mémoire, la Malaisie cite une phrase tronquée qui figure au paragraphe 17 de la requête britannique : «Le titre britannique sur les îles et territoires des dépendances fut donc officiellement confirmé et précisé par les lettres patentes émises en 1908 et 1917...» Or, la seconde moitié de la phrase, que la Malaisie omet de citer, est ainsi libellée : «mais, comme nous l'avons montré, il n'en dépend pas non plus qu'il n'y trouve son origine, puisque ce titre existait déjà depuis de nombreuses déc[ennies]». Il ne saurait faire de doute que les auteurs de la requête britannique ne jugeaient pas l'accomplissement de formalités nécessaire dans la pratique britannique.

60. Dans sa réplique, Singapour cite également l'exemple de l'île Pitcairn. Un fonctionnaire du Foreign Office britannique notait en 1893 à propos de cette île que «[r]ien n'indiquait que le drapeau britannique y [eût] été hissé, ou qu'elle [eût] été déclarée territoire britannique, mais [qu'elle était] considérée comme telle» (RS, p. 80, par. 3.102). Ce fonctionnaire britannique n'avait, lui non plus, aucun mal à admettre qu'un territoire pourrait être acquis sans qu'y fussent accomplies de formalités. A propos de cette même île, les membres de la Cour se rappelleront peut-être que, voici deux ans, certains de ses habitants voulurent remettre en cause la souveraineté britannique. La Cour d'appel de l'île Pitcairn, dont le siège se composait de trois juges néo-zélandais, et dont la décision peut être consultée à l'onglet 28 du dossier d'audiences, est parvenue à la conclusion suivante :

«Il n'est pas nécessaire d'arrêter le moment précis auquel l'île Pitcairn est devenue possession britannique. L'élargissement de la juridiction exercée à l'égard d'un territoire peut intervenir de façon graduelle, ainsi qu'il a été reconnu dans l'affaire *Attorney-General for British Honduras v. Bristowe* (1880), 6 *App Cas* 143. Le Honduras britannique fut formellement annexé en 1862, mais la Couronne y concéda des terres dès 1817. Le conseil privé [c'est-à-dire la dernière juridiction d'appel de l'Empire britannique] a jugé que la souveraineté était acquise à cette dernière date, sinon avant. De même, *il n'est pas requis d'acte officiel d'acquisition. C'est l'intention de la Couronne, attestée par ses propres actes et les circonstances contextuelles*, qui détermine si un territoire a été acquis au regard du droit anglais. Le même principe s'applique dans le cadre du règlement de différends internationaux relatifs à la souveraineté.» ((2005) 127 *ILR* 232, p. 294-295 ; les italiques sont de nous.)

61. En bref, les juges, après avoir examiné la pratique britannique applicable au milieu du XIX^e siècle, ont estimé qu'il n'était «pas requis d'acte officiel d'acquisition» et que, en droit anglais, l'intention de la Couronne était à déduire de «ses propres actes et [d]es circonstances contextuelles». Voilà qui constitue une réfutation aussi convaincante que dénuée d'ambiguïté de la thèse développée par la Malaisie au sujet de la pratique britannique.

48 62. Enfin, Singapour a fait référence à Kenneth Roberts-Wray. Roberts-Wray est entré en 1931 au Dominions Office, devenu plus tard le Commonwealth Relations Office et Colonial Office. Ayant gravi les échelons, il en est devenu le conseiller juridique en 1945, fonction qu'il a ensuite exercée pendant quinze ans, jusqu'à son départ en retraite en 1960. Son livre *Commonwealth and Colonial Laws* était destiné à servir de manuel et d'ouvrage de référence aux futures générations de juristes du Commonwealth Relations Office et du Colonial Office. Si l'usage britannique imposait effectivement l'accomplissement systématique de formalités, l'on aurait pu s'attendre à ce que le conseiller juridique en chef du Commonwealth Relations Office et du Colonial Office en fasse état dans son ouvrage. Or, il n'en fait rien. Au lieu de cela, lorsqu'il est question de formalités, Roberts-Wray se contente d'indiquer qu'il est «préférable» d'en accomplir — non pas essentiel, mais préférable.

La preuve de l'acquisition du titre

63. Monsieur le président, j'en viens maintenant à la preuve de l'acquisition du titre. Pendant la période comprise entre 1847 et 1851, le titre fut acquis par la Couronne britannique en vertu d'une prise de possession légale ou, ce qui revient au même, d'un processus d'occupation effective. La Malaisie tente de prendre l'avantage en laissant entendre que la durée du processus, en quelque sorte, est anormale. Ce n'est bien entendu pas le cas. Le processus de prise de possession ainsi que l'appropriation de Pedra Branca aux fins d'y construire un phare ont simplement pris ce temps-là. Peu importe de savoir à quel moment le titre fut établi. Ce dernier fut reconnu par les autorités néerlandaises en 1850.

64. Quoi qu'il en soit, le processus de construction proprement dit fut lancé entre janvier et mars 1850 et il était de notoriété publique : je me réfère ici au rapport Thomson, p. 402-407. Les opérations furent menées à l'aide du vapeur *Hooghly* et de la canonnière *Charlotte*, auxquels s'associèrent des allèges pontées appelées «tonkangs» (Thomson, p. 401).

65. Monsieur le président, lorsque le phare fut mis en service le 27 septembre 1851, la Couronne britannique avait procédé à toute une série d'actes officiels concernant Pedra Branca, notamment la prise de possession exclusive de Pedra Branca dans son ensemble.

66. L'affirmation malaisienne selon laquelle la prise de possession visait uniquement l'acquisition d'un espace suffisant pour y construire le phare défie le bon sens.

67. Les preuves substantielles attestant la prise de possession officielle ou l'occupation effective de l'île par la Couronne britannique ont amené mes éminents contradicteurs à recourir à tout un ensemble de faux-fuyants ; permettez-moi maintenant de les examiner sous leurs différentes formes.

a) Les faux-fuyants de la Malaisie

Malaisie : exigence d'un acte officiel en matière de prise de possession

49 68. En premier lieu, la Malaisie prétend que, d'un point de vue juridique, un acte officiel est nécessaire en matière de prise de possession et que la (prétendue) absence d'un tel acte officiel concernant Pedra Branca prouve que la Grande-Bretagne n'avait pas l'intention d'établir sa souveraineté à son égard (MM, par. 157-164 ; CMM, par. 63-72).

69. Comme nous l'avons déjà expliqué à la Cour, la Malaisie ne présente en réalité aucune preuve crédible de l'exigence d'un tel acte officiel en rapport avec une prise de possession, tant dans la pratique britannique que dans le droit international général.

70. Ce qui est frappant dans les très longs développements du contre-mémoire de la Malaisie, c'est qu'il n'y est fait mention d'aucune source confirmant la prétendue exigence d'un acte officiel en matière de prise de possession. Les auteurs classiques sont présentés dans le contre-mémoire de Singapour. Les sources citées par la Malaisie sont les suivantes :

- a) premièrement, Lord McNair, *International Law Opinions* (1956), vol. 1, p. 285 ; et
- b) deuxièmement, T. J. Lawrence, *The Principles of International Law* (1895), p. 147.

71. Pourtant, aucun de ces ouvrages ne subordonne la prise de possession à un acte officiel. Ces textes, tout comme la doctrine dans son ensemble, postulent qu'une prise de possession officielle constitue seulement une preuve *suffisante* (mais non nécessaire) de l'intention.

72. Sur cette question, la position de Singapour est exposée dans sa réplique.

«Dans son mémoire, Singapour cite sir Kenneth Roberts-Wray, un auteur éminent. Dans son contre-mémoire, la Malaisie écarte cet extrait au motif qu'il s'agirait d'une «citation tirée de la doctrine», si tant est que cela ait un sens. Pourtant, l'ouvrage de Roberts-Wray expose les choses très clairement : la manifestation unilatérale de la volonté de la Couronne est suffisante.» (Réplique, p. 78, par. 3.96.)

b) La Malaisie déforme la notion d'actes accomplis à titre de souverain

73. La deuxième catégorie de faux-fuyants concerne l'argument, maintes fois réitéré, selon lequel la «simple» administration d'un phare serait sans rapport avec toute question de souveraineté ou de titre. Cet argument constitue le thème du chapitre 6 du contre-mémoire de la Malaisie.

74. Cet argument est exposé dans les passages suivants :

«203. Le présent chapitre contient également un examen d'un vaste ensemble de dispositions pratiques appliquées dans le monde par les services publics ou non publics de signalisation maritime, en matière d'administration des phares. Ces dispositions pratiques, qui ne reposent pas sur la souveraineté du territoire où le phare est situé ni ne la déterminent d'aucune manière, reflètent la conduite générale qu'adopterait tout exploitant de phares dans le cadre de ses responsabilités administratives.

50

204. En particulier, ces points sont illustrés par un examen de la pratique de l'administration des phares de la mer Rouge, de ceux du golfe Arabo-Persique, de ceux dont s'occupe la société Trinity House, ainsi que de différents autres exemples de phares. Comme nous le montrerons, la construction et l'administration de phares dans le monde, en particulier pendant la période comprise entre le milieu du XIX^e et le milieu du XX^e siècles, servaient à la fois les intérêts des empires et les objectifs économiques d'entreprises privées placées sous la protection de ces empires. La pratique de la Grande-Bretagne, de la France et d'autres Etats européens durant cette période, qui visait essentiellement à assurer la sécurité maritime, était guidée par les besoins du commerce et les intérêts de la navigation internationale et non par le souci d'acquérir des îlots minuscules, rochers ou autres parties de territoires sur lesquels les phares devaient être construits.» (CMM, p. 99-100, par. 203-204.)

75. La Malaisie déforme la notion d'actes accomplis à titre de souverain. La prise de possession d'un territoire peut être motivée par la volonté d'obtenir l'accès à un espace pour exploiter des installations portuaires ou aéroportuaires, ou encore des ressources naturelles, mais

l'obtention de cet accès passe par l'acquisition du titre. Ainsi que le relève Singapour dans sa réplique, le contexte juridique précis doit primer dans chaque cas. Ce contexte comprend notamment la preuve de l'intention. Il exclut les typologies simplistes sur les phares ou les aides à la navigation.

c) La Malaisie sépare la question de l'intention de la Couronne britannique du processus de prise de possession

76. La troisième catégorie de faux-fuyants concerne la distinction opérée entre la question de l'intention et celle de la prise de possession. Cette distinction est artificielle. En l'espèce, il ne convient pas de compartimenter les critères juridiques de l'intention et de la prise de possession. S'agissant du détail du processus décisionnel et de la construction du phare, les deux critères sont complémentaires et doivent être considérés comme un tout.

77. Toutes les étapes du projet ainsi que les activités menées sur Pedra Branca constituèrent une manifestation de souveraineté de la Couronne britannique à l'égard de l'île dans son ensemble.

d) La tendance de la Malaisie à fragmenter les éléments de preuve

78. La quatrième catégorie de faux-fuyants concerne la pratique constante des auteurs des pièces écrites malaisiennes, qui tend à fragmenter le nombre important d'éléments de preuve et, partant, à séparer l'intention de sa manifestation. Les exemples de cette fragmentation sont nombreux.

79. Le contre-mémoire de la Malaisie contient le passage suivant sur le projet de poser sept piliers de briques sur Pedra Branca en 1847 :

«Ce que Singapour présente tantôt comme la première étape de la prise de possession de PBP, tantôt comme le parachèvement d'une «prise de possession légale», en 1847, se résume à une visite effectuée par Thomson aux fins de déterminer la faisabilité du projet et de poser sept piliers de briques devant permettre d'apprécier la force des vagues⁷⁹. Outre qu'il ne s'agissait pas de faire effectivement main basse sur l'île et que ne saurait en être déduite la moindre intention d'acquérir la souveraineté sur elle, il convient de noter que Thomson se rendit également sur Peak Rock dans le même but : apprécier s'il serait possible d'y bâtir le phare.» (CMM, p. 54, par. 106.)

51

⁷⁹ MS, par. 5.49, 5.95.

80. Dans ce passage, la pose de piliers est détachée de son contexte. La Malaisie omet de mentionner que la construction des piliers de briques sur Pedra Branca fut précédée de la décision prise par la Couronne britannique, après mûre réflexion, de choisir Pedra Branca comme lieu de construction du phare. Thomson vérifiait la faisabilité des matériaux de construction à employer, et la décision de le construire sur Pedra Branca avait déjà été prise. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant qu'aucun pilier de briques n'ait été posé sur Peak Rock. Il n'avait pas été décidé d'y construire un phare.

81. Un autre exemple réside dans la manière dont la Malaisie analyse la pose de la première pierre le 24 mai 1850. La Malaisie insiste sur le fait que cette cérémonie ne constituait que l'une des «diverses formalités accomplies au moment de l'édification du phare» et qu'elle ne témoignait pas de l'intention d'en acquérir la souveraineté (CMM, par. 66, et voir par. 69-72). Selon l'argument de la Malaisie, ces «diverses formalités» portaient exclusivement sur une question de propriété en droit privé, et n'attestaient même pas une prise de possession exclusive (*ibid.*, par. 70). Monsieur le président, cette description des faits omet pourtant de mentionner que la cérémonie de pose de la première pierre fut entièrement organisée par les autorités britanniques, et que les personnes présentes, parmi lesquelles des fonctionnaires civils, des officiers ainsi que des consuls étrangers, avaient été invitées par le gouverneur Butterworth, le plus haut fonctionnaire du gouvernement des Etablissements des détroits. De plus, Pedra Branca fut décrite comme une «dépendance» de Singapour pendant la cérémonie.

Les actes invoqués pour fonder la prise de possession

82. Il me faut maintenant passer à l'examen des éléments de preuve sur lesquels se fonde Singapour pour étayer son titre sur Pedra Branca, lequel a été acquis par la Couronne britannique dans la période comprise entre 1847 et 1851.

83. Permettez-moi de faire certaines observations en guise d'introduction. Tout d'abord, la Malaisie admet le caractère essentiellement gouvernemental de l'entreprise visant à acquérir Pedra Branca pour y construire un phare. Dans une partie de son contre-mémoire consacrée à la «prise de possession», la Malaisie admet ce qui suit :

52

«La question en jeu en l'espèce n'est pas de savoir qui a bâti et exploité le phare, mais de déterminer si sa construction est assimilable à un acte de prise de possession de l'île. Il ne saurait faire de doute que le phare Horsburgh fut construit par la Compagnie des Indes orientales, dont il était la propriété. Les travaux de construction, il va de soi, furent menés à bien et supervisés par les autorités britanniques. La question à trancher ici est celle de savoir si les travaux de construction furent réalisés dans le dessein d'acquérir la souveraineté sur PBP.» (CMM, par. 103.)

84. Cette déclaration est incomplète. La Couronne britannique ne fut pas simplement l'instrument de la construction : elle en donna l'autorisation et en assura le financement. Cela dit, cette déclaration confère à l'entreprise son caractère essentiel, celui de projet britannique officiel. En outre, compte tenu des circonstances, on pouvait présumer qu'il y avait intention d'acquérir le titre. Par souci de stabilité et d'efficacité, il devenait logique et nécessaire de prendre possession de l'île dans son ensemble.

85. Dans son contre-mémoire, la Malaisie fait observer que «[c]'est la première fois, dans l'histoire des différends territoriaux, que la prise de possession d'une île est présentée comme un acte complexe s'étendant sur au moins quatre ans — quatre ans au cours desquels la Grande-Bretagne ne manifesta pas une seule fois l'intention d'en acquérir la souveraineté» (CMM, par. 61).

86. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, existe-t-il une seule raison, juridique ou autre, pour laquelle la prise de possession ne devrait pas être un acte complexe ? La sentence arbitrale rendue en l'affaire de l'*Ile de Clipperton* se lit comme suit dans sa traduction anglaise :

«It is beyond doubt that by immemorial usage having the force of law, besides the *animus occupandi*, the actual, and not the nominal, taking of possession is a necessary condition of occupation. This taking of possession consists in the act, or *series of acts*, by which the occupying State reduces to its possession the territory in question and takes steps to exercise exclusive authority there.»

L'original français est libellé comme suit :

«Il est hors de doute que par un usage immémorial ayant force de loi juridique, outre l'*animus occupandi*, la prise de possession matérielle et non fictive est une condition nécessaire de l'occupation. Cette prise de possession consiste dans l'acte ou la série d'actes par lesquels l'Etat occupant réduit à sa disposition le territoire en question et se met en mesure d'y faire valoir son autorité exclusive.» (*Différend relatif à la souveraineté sur l'Ile de Clipperton (France c. Mexique)*, sentence arbitrale en date du 28 janvier 1931, (1928) 2 RSA 1107, p. 1110 (texte original en français), et 26 AM. J. Int'l L. 390 (1932), p. 393 (traduction en anglais) ; les italiques sont de nous.)

87. Dans ses pièces, la Malaisie insiste sur le fait que la Couronne britannique n'aurait, au cours de la période pertinente, jamais manifesté la moindre intention d'acquérir la souveraineté (CMM, déjà cité dans RM, par. 249-256).

53

88. Monsieur le président, c'est là une position extravagante. L'ensemble des décisions et des actes de la Couronne britannique constitue en soi la preuve d'une intention d'acquérir la souveraineté. L'analyse de la Malaisie repose sur une dichotomie tout à fait artificielle entre la prise de contrôle d'un territoire et l'intention d'en acquérir la souveraineté.

89. Les éléments de preuve doivent impérativement être appréciés comme un tout. Les mesures matérielles et administratives des représentants de la Couronne britannique constituent par conséquent une partie des éléments attestant l'intention.

90. Dans de nombreuses affaires relatives à des questions de titre, les preuves significatives consistent en des assemblages d'éléments de preuve attestant l'existence d'activités et d'actes de juridiction étatiques. Un bon exemple à cet égard est l'arbitrage du *Canal de Beagle*, affaire dans laquelle la Cour d'arbitrage a traité la question de l'interprétation du traité de 1881 en partie sur la base des éléments de preuve concernant des actes de juridiction accomplis par le Chili (voir *International Law Reports*, vol. 52, p. 97, p. 220-226, par. 164-175). Les éléments attestant pareille association d'activités et actes administratifs étatiques créent une forte présomption d'existence d'un titre.

91. La Malaisie soutient que cet ensemble d'activités de la Couronne britannique n'appelait ni protestation ni réserve de droits (CMM, p. 69, par. 134). Mais cette assertion hardie repose sur une assertion tout aussi hardie selon laquelle il n'y eut ni officiellement ni officieusement de prise de possession par la Couronne britannique.

92. Singapour a répondu comme suit à cet argument dans sa réplique (p. 88-89) :

«3.121. L'absence de protestation à l'égard de la multiplication des actes publics et, en particulier, des opérations continues de construction du phare, ébranle sérieusement la revendication par la Malaisie d'un «titre originaire». Le Johor avait parfaitement connaissance des intentions de la Couronne britannique grâce à la correspondance portant sur le choix d'un site pour le phare. A cet égard, la visite du *temenggong* est importante, la pose de la première pierre ayant, quant à elle, fait l'objet d'articles dans la presse locale. Ainsi que la Malaisie l'a elle-même indiqué, tout cela s'est déroulé sur une période de quatre ans.

3.122. Les critères permettant d'affirmer qu'une protestation est requise ont été succinctement exposés par sir Gerald Fitzmaurice :

«Il faut bien sûr qu'il y ait connaissance, réelle ou présumée, des événements ou des circonstances qui appellent une protestation. Cela étant posé, l'on peut dire de manière générale qu'une protestation s'impose chaque fois que, faute d'une telle protestation, il est possible de déduire, dans les circonstances de l'espèce, que la partie concernée est indifférente à la question du titre, qu'elle ne souhaite pas revendiquer de titre ou contester la revendication de l'autre partie.» (Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. 1, 1986, p. 299, note 3.) [Traduction du Greffe.]

54

3.123. Et Fitzmaurice de préciser les conséquences d'un tel silence : «le fait de ne pas protester, lorsqu'une protestation s'impose, doit être préjudiciable à la partie concernée et peut constituer un élément de preuve de la non-existence du titre.» [Traduction du Greffe.] (*Ibid.*, p. 299.)

93. Dans l'arbitrage du *Canal de Beagle*, l'éminente cour d'arbitrage a reconnu que, relativement à la question de l'interprétation des traités qui était au cœur du différend, les actes de juridiction constituaient des éléments venant confirmer ou corroborer cette interprétation.

94. Comme l'a indiqué la Cour d'arbitrage :

«165. La Cour ne juge pas nécessaire de procéder à un examen détaillé de la valeur probante des actes de juridiction en général. Elle indiquera cependant les raisons qui la conduisent à considérer que les actes de juridiction chiliens — s'ils ne constituent en aucune manière une source de droit indépendant exigeant une protestation expresse de la part de l'Argentine afin d'éviter une consolidation du titre, et n'ont créé aucune situation rendant applicables les doctrines de l'*estoppel* ou de la forclusion — tendent en tout état de cause à confirmer le bien-fondé de l'interprétation chilienne de la disposition du traité relative aux îles.» (*International Law Reports*, vol. 52, p. 220-221.) [Traduction du Greffe.]

95. En analysant les éléments de preuve figurant à la suite, la Cour d'arbitrage saisie du différend relatif au *Canal de Beagle* a reconnu que les activités pertinentes du Chili étaient «bien connues des autorités argentines» et «également publiques et bien connues de l'Argentine» (voir décision, par. 166 et 169). [Traduction du Greffe.]

96. Je terminerai cette analyse en attirant une nouvelle fois votre attention sur le fait que la méthodologie suivie par la Malaisie présente un défaut fondamental, dû à la persistance de celle-ci à s'appuyer sur une typologie simpliste d'«actes pertinents» censés être évalués individuellement. En d'autres termes, la Malaisie s'obstine à fragmenter les preuves et à séparer l'intention des manifestations de celle-ci.

Les actes invoqués par Singapour pour fonder sa souveraineté

97. Je recourrai, pour présenter les actes invoqués par Singapour comme preuve de son acquisition de souveraineté dans la période comprise entre 1847 et 1851, aux catégories déjà définies dans le mémoire de Singapour.

Premièrement : le choix de l'emplacement du phare

55 98. La Couronne britannique a joué un rôle exclusif en ce qui concerne le choix d'un emplacement pour la construction du phare (MS, par. 5.33-5.44). Dans sa réponse à une demande de conseil émanant du gouverneur en 1844, sir Edward Belcher proposa de choisir l'île Romania la plus au large, c'est-à-dire Peak Rock, et ce dans l'intérêt de la navigation en général.

99. Le reste de l'histoire est simple, et est relaté comme suit dans le mémoire de Singapour :

«Ultérieurement, les résultats d'un nouveau levé du détroit, réalisé par Thomson et le capitaine Congalton, et qui révéla la présence de rochers et de hauts-fonds inconnus auparavant, furent portés à l'attention du gouverneur Butterworth. Ce dernier demanda que de nouvelles études fussent menées sur Pedra Branca et sur Peak Rock en vue de déterminer un emplacement pour le phare. Le 26 août 1846, il écrivit au gouvernement de l'Inde en lui demandant instamment que le phare fût construit sur Pedra Branca. Ce faisant, il revenait sur la position qu'il avait adoptée de longue date, selon laquelle le phare devait être érigé sur Peak Rock. En octobre 1846, le gouvernement de l'Inde accéda à cette demande et recommanda le site de Pedra Branca au directoire de la Compagnie des Indes orientales. En février 1847, la Compagnie des Indes orientales accepta le nouvel emplacement, et, en mai 1847, le gouverneur Butterworth fut chargé d'entamer la construction du phare Horsburgh sur Pedra Branca.» (MS, par. 5.44.)

100. Qu'en définitive le choix ait porté sur Pedra Branca n'est pas sans portée politique et juridique. Dans les documents britanniques, Peak Rock est reconnu comme «fai[san]t partie des territoires du rajah de Johore...». Pourtant, aucun document n'associe la question du titre du Johore à Pedra Branca (CMS, p. 92-108). La question de savoir si le Johore avait accordé l'autorisation de construire un phare a été examinée par mon collègue, M. Pellet. Il est clair que, dès l'instant où Pedra Branca fut choisie en tant qu'emplacement, la question de l'autorisation est devenue sans objet et n'a ensuite plus jamais été soulevée par le Johore.

Deuxièmement : la décision de construire le phare

101. La décision de construire le phare doit être examinée conjointement avec le choix de son emplacement et la question du financement. Les phases préparatoires de la construction ont été décrites dans le mémoire de Singapour (par. 5.47-5.53).

102. La décision de construire le phare fut prise une fois la question de l'emplacement tranchée et Pedra Branca retenue. Le document le plus important à cet égard est la lettre en date du 24 février 1847 adressée au gouverneur général de l'Inde par le directoire de la Compagnie des Indes orientales (MS, vol 2, annexe 18). Le passage le plus pertinent en est son premier paragraphe, qui se lit comme suit :

56

«Votre lettre datée du 3 octobre 1846 en réponse à notre dépêche du 6 mai précédent contient une copie du rapport reçu du gouverneur de l'île du Prince-de-Galles, de Singapour et de Malacca *qui ne laisse aucun doute quant à la supériorité de Pedra Branca par rapport à Peak Rock*, sur l'île Romania la plus au large, en tant que site du phare censé être érigé à proximité de Singapour à la mémoire de M. Horsburgh. Nous approuvons donc votre choix en la matière.» (Les italiques sont de nous.)

103. En 1847 et 1848, des mesures pratiques furent prises, mesures qui sont consignées dans les documents disponibles.

104. Le processus de prise de possession légale de Pedra Branca aux fins de la construction et de l'entretien d'un phare fut engagé en 1847. C'est entre 1846 et 1847 que le gouvernement de l'Inde décida de choisir Pedra Branca et non Peak Rock comme emplacement pour le projet. Dans une lettre en date du 21 juin 1847, Church — le conseiller résident de Singapour — pria Thomson de lui soumettre des projets de plans et devis estimatifs. Thomson répondit par une lettre en date du 9 juillet 1847 dans laquelle il passait en revue une longue série d'aspects pratiques, notamment l'engagement d'un entrepreneur général, la quantité de main d'œuvre nécessaire, son hébergement sur Pedra Branca et la nécessité de construire des piliers pour pouvoir déterminer la force de la mousson (MS, annexe 21).

105. Conformément aux instructions données par Church, Thomson effectua sa première visite à Pedra Branca en qualité de géomètre du gouvernement. Il avait pour mission de construire des piliers de briques sur le rocher afin de déterminer quel serait l'effet des vagues durant la mauvaise saison. Cette évaluation devait permettre de choisir, en toute connaissance de cause, les matériaux de construction à employer. La construction de l'ouvrage sur Pedra Branca ayant déjà été décidée, il ne s'agissait plus à ce stade que d'en étudier les modalités.

106. Le 1^{er} mars 1848, Thomson retourna sur Pedra Branca pour examiner l'état des piliers. Il décida finalement que l'édifice devrait être construit en granit et non en briques. La lettre datée du 12 juin 1848, adressée par le gouverneur Butterworth à W. Seton Karr, sous-secrétaire du gouvernement du Bengale, fait également mention de cette décision (MS, annexe 27).

107. Le 6 mars 1850, Thomson inspecta à nouveau l'île avant de commencer les travaux. D'autres actes de nature publique furent accomplis au cours du mois d'avril 1850, avec la construction sur l'île de logements pour les ouvriers.

57 108. L'ensemble des préparatifs et la construction elle-même étaient de notoriété publique étant donné, en particulier, la relative exigüité des espaces maritimes de la région. Les principales étapes de la construction firent à l'époque l'objet d'articles dans les journaux locaux. C'est ainsi que la pose de la première pierre fut évoquée dans le *Straits Times and Singapore Journal of Commerce* le 28 mai 1850 (MS, annexe 45).

109. L'achèvement de la construction du phare et la visite du gouvernement des Etablissements des détroits effectuée le 27 septembre 1851 furent relatés dans le *Straits Times and Singapore Journal of Commerce*, respectivement les 23 et 30 septembre 1851 (MS, annexe 56). Le *Singapore Free Press and Mercantile Advertiser* publia un article le 3 octobre 1851 (*ibid.*).

Troisièmement : le financement des travaux de construction

110. J'en viens maintenant au processus de financement des travaux de construction, lequel est relaté de manière détaillée dans le mémoire de Singapour (par. 5.60-5.65). En réponse aux éléments de preuve présentés, la Malaisie allègue que l'idée de construire le phare trouve son origine dans une initiative privée, celle de négociants de Canton (CMM, p. 50, par. 95). S'il en est bien ainsi, l'effet juridique n'est pas celui escompté par la Malaisie. Le fait est que la Couronne britannique prit seule la décision de construire le phare, ce que la Malaisie reconnaît d'ailleurs dans son contre-mémoire, dans lequel elle indique : «En réalité, la Compagnie des Indes orientales rejeta par deux fois une proposition en ce sens. Le directoire n'agit comme il le fit qu'en réponse aux sollicitations réitérées des négociants.» (*Ibid.*, p. 50, par. 95.) En d'autres termes, Monsieur le président, la décision fut prise par la Couronne britannique.

111. La conclusion qui s'impose est que la décision finale d'aller de l'avant fut motivée par un certain nombre de considérations politiques et économiques liées à la question de la perception de droits sur la navigation.

Le point suivant de mon examen des éléments de preuve relatifs au titre est :

La cérémonie de la pose de la première pierre

112. Le 24 mai 1850 fut posée la première pierre du phare en présence d'un groupe de représentants venus sur l'île à bord de deux navires officiels. Je citerai une partie du compte rendu officiel établi par Thomson :

«Le 24 mai étant la date anniversaire de S. T. G. M. la reine Victoria, il fut arrêté comme jour de la pose de la première pierre. La frégate à vapeur *Fury* de Sa Majesté arriva à proximité du rocher à 11 h 30 ce jour-là, remorquant le vapeur *Hooghly* de l'honorable Compagnie et l'*Ayrshire*, bâtiment de la marine marchande ayant à son bord l'honorable colonel W. J. Butterworth, gouverneur des Etablissements des détroits, qui avait invité S. Exc. l'amiral Austin, commandant en chef des forces navales des Indes orientales, et l'honorable T. Church, Esq., conseiller résident de Singapour, à l'accompagner. Il y avait aussi M. F. Davidson, Esq., maître de la loge *Zetland in the East* n° 748, qui, avec les principaux responsables de la loge et d'autres membres de celle-ci, avait été prié de conduire la cérémonie de pose de la première pierre avec les honneurs maçonniques. D'autres membres de la communauté civile et militaire de Singapour, ainsi que les consuls étrangers, avaient été conviés à la cérémonie.» (Rapport Thomson, p. 427.)

58

113. Lors de la cérémonie, le maître de la loge «*Zetland in the East*» fit la déclaration ci-après en présence du gouverneur Butterworth et de tous les autres invités et personnalités officiels (onglet 29 du dossier des juges). Il indiqua : «Puisse le bienfaisant auteur de la nature bénir notre île, dont ce rocher est une dépendance...» (Voir le *Straits Times and Singapore Journal of Commerce* du 28 mai 1850 ; MS, annexe 45.)

114. L'expression «notre île» ne peut être qu'une allusion à l'île principale de Singapour, d'où venaient les participants à la cérémonie, ce qui confirme que Pedra Branca est bien une dépendance de Singapour.

115. Voici la définition classique que le dictionnaire donne d'une dépendance : «the condition of being dependent, contingent logical or causal connection ... something dependent or subordinate» (*Shorter Oxford English Dictionary* (1974), p. 521) [fait d'être dépendant ; relation de subordination logique ou de causalité ... fait d'être dépendant ou subordonné].

116. Ainsi que Singapour l'a indiqué dans sa réplique, ce terme a pour l'essentiel la même connotation en droit international public. Ainsi, le *Dictionnaire de droit international public*, ouvrage faisant autorité publié sous la direction de Jean Salmon, énonce les principes suivants :

«Dépendance : ... Partie d'un territoire se rattachant de manière subordonnée à un autre. Ainsi :

- le territoire maritime, dépendance du territoire terrestre : ...
- une île, dépendance d'une autre île ou d'un groupe d'îles.»

Viennent ensuite deux exemples. Le premier est un extrait de l'arrêt des *Minquiers et des Ecréhous*

«Quand l'ambassade britannique à Paris, dans une note du 12 novembre 1869 au ministre français des affaires étrangères, s'est plainte de prétendus vols par les pêcheurs français aux Minquiers et s'est référée à ce groupe en disant : «cette dépendance des îles de la Manche...» (*Minquiers et Ecréhous (France/Royaume-Uni)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1953*, p. 71.)

Voici le second :

59

«L'exiguïté de Meanguerita., sa proximité de la plus grande île et le fait qu'elle est inhabitée permettent de la qualifier de «dépendance» de Meanguera, au sens où il a été soutenu que le groupe des Minquiers était une «dépendance» des îles de la Manche.» (*Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 570, par. 356.)

La traduction anglaise se lit comme suit :

«Dependency : . . . Part of a territory linked with another in a subordinate way. Thus :

- maritime territory, dependency of the land territory . . .
- an island, dependency of another island or group of islands.»

«When the British Embassy in Paris, in a Note of November 12th, 1869, to the French Foreign Minister, had complained about alleged theft by French fishermen at the Minquiers and referred to this group as «this dependency of the Channel Islands» . . .» (*Minquiers and Ecrehos (France/United Kingdom)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1953*, p. 71.)

«The small size of Meanguerita, its contiguity to the larger island, and the fact that it is uninhabited, allow its characterization as a «dependency» of Meanguera, in the sense that the Minquiers group was claimed to be a «dependency of the Channel Islands».» (*Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras : Nicaragua intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1992*, p. 570, para. 356.)

117. Dans ses écritures, la Malaisie affirme que la cérémonie du 24 mai 1850 était sans rapport avec la question de la souveraineté (voir MM, par. 151-164 ; CMM, par. 66 et 69-72 ; RM, par. 219-230).

118. En réponse aux éléments de preuve relatifs à l'inauguration du phare, la Malaisie avance une série d'arguments peu convaincants et tendancieux. Le premier de ses deux principaux arguments est que, lors de la cérémonie, l'élément maçonnique aurait supplanté les aspects gouvernemental et officiel. Toutefois, Monsieur le président, la cérémonie était organisée sous l'autorité du gouverneur des Etablissements des détroits, le lieutenant-colonel Butterworth, et c'est lui qui avait invité les franc-maçons à y participer. Ainsi, cette cérémonie était le fait de la Couronne britannique et était organisée par elle à des fins officielles. Le second argument avancé par la Malaisie consiste à dire que la pose de la première pierre n'était que l'une des «formalités» accomplies au moment de l'édification du phare et qu'aucune d'entre elles n'était la manifestation d'une quelconque intention d'acquérir la souveraineté sur l'île ou d'en revendiquer la possession exclusive (voir CMM, par. 66).

119. Toutefois, ainsi que Singapour l'a souligné dans sa réplique :

«L'important est que la pose de la première pierre n'est pas un événement isolé. L'article de presse invoqué par la Malaisie indique clairement que la cérémonie s'est tenue sous les auspices du gouverneur des Etablissements des détroits. Celui-ci avait demandé au vénérable maître et aux frères de la loge «Zetland in the East» de poser la première pierre, et les éminents participants qui ont été cités étaient là à l'invitation du gouverneur. En fait, la pose de la première pierre s'inscrivait dans une longue série de décisions et de préparatifs en vue de la construction du phare, processus qui se déroula sous le contrôle et au nom de la Couronne britannique.» (RS, p. 46-47, par. 3.31.)

60

Face à tous ces éléments de preuve du titre britannique, la Malaisie allègue que :

La construction du phare était exclusivement liée à l'administration et à la propriété

120. Dans son mémoire, la Malaisie affirme ainsi «que la construction et l'entretien de phares ou d'autres aides à la navigation ne sont pas en soi considérés comme des manifestations de souveraineté» (MM, p 78, par. 171). Elle présente cet argument sous deux angles. Premièrement, en alléguant que les aides à la navigation ne sont pas pertinentes aux fins de la question de la souveraineté et, deuxièmement, en soutenant que la construction impliquait seulement l'acquisition du titre de propriété sur un phare situé sur le territoire d'un autre souverain, à savoir le Johor.

121. Le premier argument — selon lequel les aides à la navigation seraient dépourvues de pertinence — est fondé sur une interprétation erronée du critère juridique. En effet, il ne s'agit pas d'une question abstraite, qui serait de savoir si les aides à la navigation sont ou ne sont pas des éléments de manifestation de souveraineté, mais de déterminer si l'ensemble des circonstances pertinentes permettent d'inférer une intention.

122. Ainsi que Singapour l'a indiqué dans son contre-mémoire, la jurisprudence invoquée par la Malaisie ne démontre rien d'autre que le fait que chaque espèce dépend des circonstances juridiques et historiques qui l'entourent. Ainsi, dans l'affaire des *Minquiers et des Ecréhous*, la Cour, ayant examiné dans leur ensemble les éléments de preuve relatifs aux activités concurrentes des deux Etats, a jugé que les activités britanniques sur les Minquiers prévalaient. Comme le montrent les extraits de l'arrêt présentés par la Malaisie, dans cette affaire, l'éclairage et le balisage par la France n'ont pas été «considérés comme preuve suffisante de *l'intention de ce gouvernement de se comporter en souverain sur les îlots*» (MM, p. 79, par. 172 ; les italiques sont de nous). Le critère était donc *bien* l'intention du gouvernement concerné, évaluée au regard de l'ensemble des éléments de preuve. Néanmoins, dans des circonstances particulières, la construction et l'entretien de phares peuvent constituer une preuve de la souveraineté, comme ce fut le cas dans les affaires *Qatar c. Bahreïn* et *Indonésie/Malaisie*. En cette dernière espèce, c'est la Malaisie qui avait invoqué cette thèse en sa faveur (*Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 684-685, par. 146).

61

123. En outre, la Malaisie invoque la sentence arbitrale rendue dans la première phase de l'affaire *Erythrée/Yémen*. Dans son mémoire, elle soutient que «[l]e tribunal arbitral ... rejeta les allégations selon lesquelles la construction ou le maintien de phares constituaient des actes de souveraineté» (MM, p. 79, par. 173). Avec tout le respect que je dois à mes contradicteurs, cette affirmation catégorique n'est toutefois pas conforme aux termes de la sentence. Le texte correspondant à la citation de la Malaisie se lit comme suit : «le fonctionnement ou l'entretien de phares et d'aides à la navigation est *normalement* lié à la sécurité de la navigation et n'est *normalement* pas considéré comme un critère de souveraineté» (les italiques sont de nous).

Et la citation se poursuit de la manière suivante :

«*Le fait que des sociétés britanniques et italiennes ainsi que les autorités britanniques et italiennes aient assuré sur ces îles l'entretien de phares n'a pas suscité de revendications de souveraineté ni de conclusions en ce sens. Le tribunal a étudié au chapitre VI quelle pertinence il faut attribuer à ces activités et à la présence du Yémen à la conférence de 1989 sur les phares de la mer Rouge.*» (Les italiques sont de nous.)

124. Le contenu de ce prononcé du tribunal et celui du chapitre VI de la sentence confirment que la portée juridique de l'entretien de phares dépend des circonstances historiques particulières et, notamment, *de l'ensemble des éléments prouvant l'intention d'émettre une revendication*. Le critère appliqué par le tribunal était donc celui de l'intention des Etats concernés. Les passages pertinents de la sentence sont reproduits dans le contre-mémoire de Singapour, aux pages 122-124.

125. Ces passages illustrent bien le raisonnement tenu par le tribunal au chapitre VI de la sentence rendue dans la première phase. Ils montrent très clairement que l'importance des phares a été appréciée à la lumière du contexte historique et des éléments de preuve attestant l'intention et le comportement de chacun des gouvernements à l'époque pertinente, tels qu'ils ressortaient des documents disponibles et des circonstances générales, les conséquences à tirer du point de vue de la souveraineté — ou, selon le cas, de l'absence de souveraineté — étant liées à l'intention.

126. Dans ce contexte, il est utile de rappeler un passage de l'argumentation développée par la Malaisie en l'affaire *Indonésie/Malaisie*. Dans sa réplique, la Malaisie avait fait observer que :

«Dans le deuxième volet de sa réponse, l'Indonésie invoque deux affaires — l'affaire *Erythrée/Yémen* et l'affaire des *Minquiers et des Ecréhous* — pour soutenir que l'établissement de feux et de balises n'est généralement pas considéré comme un critère de souveraineté et ne constitue pas la preuve d'une occupation «à titre de souverain». Il est vrai que dans ces deux affaires le tribunal arbitral et la Cour ont respectivement décidé que la construction de feux n'était pas une preuve suffisante de l'intention du gouvernement concerné d'agir en tant que souverain sur le territoire où se trouvaient les feux. Toutefois, les deux juridictions ont abouti à cette conclusion sur la base des faits propres à chacune des deux affaires, et cette conclusion ne saurait être appliquée en l'espèce aux deux îles en cause. (Par. 5.25.)

62

Les circonstances dans lesquelles en l'affaire *Erythrée/Yémen* le tribunal a formulé ses observations relatives à la construction de phares sont propres à l'affaire. Mais une lecture de l'ensemble de la partie pertinente de la sentence, et non pas seulement celle d'une ligne extraite de son contexte, montre que les Etats dont il s'agissait ne considéraient pas, dans la situation particulière où ils se trouvaient, la construction d'un phare *au su et avec le consentement* des autres Etats intéressés comme une circonstance permettant d'aboutir à la conclusion que l'Etat qui construisait le phare entendait ce faisant agir «à titre de souverain» à propos du lieu d'implantation du phare.» (Par. 5.26 ; les italiques sont dans l'original.)

127. La conclusion qui s'impose est que ce sont les circonstances historiques et politiques qui permettent de déterminer la nature de l'intention. Les éléments de preuve relatifs à l'intention de la Couronne britannique concernant Pedra Branca sont abondants et irréfutables. Un grand nombre d'entre eux démontrent que c'est le Gouvernement britannique qui avait choisi Pedra Branca, financé la construction et assuré à tous égards le soutien logistique et la sécurité pendant les travaux. En outre, compte tenu des caractéristiques physiques de Pedra Branca et de l'objectif de l'appropriation, prétendre qu'il n'y a pas eu appropriation de l'île dans son intégralité est un défi au bon sens.

128. En tout état de cause, la Malaisie a repris dans ses autres écritures en la présente espèce l'argumentation développée dans son mémoire : ainsi des paragraphes 228 à 237 de son contre-mémoire et des paragraphes 247 à 259 de sa réplique.

J'aborderai maintenant les éléments de preuve relatifs aux visites effectuées à Pedra Branca par des représentants britanniques.

Les visites de représentants britanniques

129. Au cours des préparatifs puis des travaux de construction du phare, des représentants britanniques se sont régulièrement rendus sur le site.

130. Pendant la période ayant précédé la construction et pendant le déroulement des travaux proprement dits, des personnalités se rendirent au moins à dix-neuf reprises sur Pedra Branca. Ces visites sont relatées dans le mémoire de Singapour (par. 5.66-5.68). Au moins treize d'entre elles furent effectuées par de hauts représentants de la Couronne britannique : le gouverneur Butterworth, le conseiller Church, et Thomson, le géomètre du gouvernement. En six autres occasions, des navires du gouvernement déposèrent des ouvriers et des matériaux de construction, sous les ordres et la surveillance de Thomson.

63

131. J'aimerais, sur ce point précis, appeler l'attention de la Cour sur les tableaux peints à l'époque par Thomson (voir le dossier des juges, onglet 30).

Si la Cour veut bien regarder l'écran, elle y verra projetées les images 11 et 12 du mémoire de Singapour. Il s'agit de tableaux de Thomson où celui-ci se représente en train de surveiller les activités de construction sur l'île. Est également projetée à l'écran l'image 13 du mémoire de Singapour, un tableau représentant Pedra Branca, où apparaissent, en arrière-plan, les logements des ouvriers.

132. En outre, plusieurs personnalités ont effectué des visites importantes sur l'île, une fois la construction du phare terminée (MS, par. 5.81-5.84).

133. En réponse à ces éléments de preuve, la Malaisie soutient que ces visites n'attestaient pas la souveraineté (CMM, par. 123). Singapour considère qu'il s'agit là d'une thèse fallacieuse. L'ensemble des informations disponibles démontre en effet que les visites faisaient partie intégrante du processus de construction et d'un exercice concomitant de l'autorité par la Couronne britannique. Ces visites s'inscrivaient dans la mise en œuvre d'une entreprise autorisée et financée par la Couronne britannique.

134. Quoi qu'il en soit, la Malaisie soutient que de telles visites ne sauraient être invoquées en tant qu'éléments de preuve de la souveraineté (CMM, par. 124). A cet égard, elle se fonde sur la décision de la Cour en l'affaire des *Minquiers et des Ecréhous*. En réalité, le passage de l'arrêt cité par la Malaisie ne repose nullement sur un principe selon lequel les visites de représentants ne sauraient être considérées comme des éléments de preuve d'un titre. Dans ce passage, la Cour exprimait clairement le point de vue selon lequel, dans les circonstances de l'espèce, ces faits ne «suffis[aient pas] à démontrer que la France [av]ait un titre valable aux Minquiers». Il est utile de rappeler que, en cette affaire des *Minquiers*, les deux Parties avaient accompli des actes de juridiction sur le groupe d'îlots et que la décision de la Cour sur la question du titre était fondée sur une appréciation de la valeur relative des prétentions de chacune des Parties. De la même manière, s'agissant des *Ecréhous*, la Cour a déclaré qu'elle avait «maintenant à apprécier ... la valeur relative des prétentions des deux Parties à la souveraineté sur les Ecréhous» (*Arrêt, C.I.J. Recueil 1953, p. 67*). Contrairement aux faits de la présente espèce, la situation dans les *Minquiers* mettait en jeu des actes de juridiction concurrents accomplis à la même époque par les deux Parties.

L'appui logistique des navires du Gouvernement britannique

135. Pendant les préparatifs de la construction et le déroulement des travaux, un appui logistique fut constamment apporté par des navires publics britanniques, à savoir :

64

- a) le vapeur *Hooghly*,
- b) la canonnière *Charlotte*,
- c) la canonnière *Nancy* et
- d) deux allèges (barges à fond plat).

136. Le gouverneur des Etablissements des détroits adressa plusieurs lettres aux conseillers-résidents de Singapour et de Malacca pour s'assurer que les canonnières seraient disponibles pour le transport des fournitures sur Pedra Branca (MS, p. 62, par. 5.70).

Monsieur le président, ce serait un endroit commode pour nous arrêter, si vous le souhaitez.

Le VICE-PRESIDENT, faisant fonction de président : c'est à vous de voir. Nous pouvons poursuivre parce que, hier, une partie du temps attribué à Singapour a été consacrée à mon introduction et à la prestation de serment des deux juges *ad hoc* ; donc, vous avez encore quelques minutes si vous voulez continuer.

M. BROWNLIE : Très bien, je vous remercie.

La protection par les canonnières

137. En plus de l'appui logistique, le gouvernement avait pris des mesures pour faire protéger les opérations par des canonnières, et deux canonnières se trouvaient en permanence à proximité du chantier. Comme le précise Thomson dans le passage pertinent de son rapport, la présence de pirates «dans le voisinage immédiat» rendait nécessaire cette protection par des canonnières. L'une, le *Charlotte*, était un navire de 23 tonnes, équipé de deux pièces de batterie de six, avec vingt-sept hommes d'équipage. L'autre, le *Nancy*, était un navire de même taille.

138. La mobilisation par le gouvernement d'un vapeur et de canonnières pour faciliter le transport des matériaux de construction et assurer la protection contre les pirates avait été prévue dans tous les plans et estimations financières relatifs à la construction du phare.

139. Dans son contre-mémoire, la Malaisie affirme que les activités des canonnières «n'attestaient d'aucune façon l'exercice d'attributions souveraines» (CMM, p. 55, par. 108). Cependant, plus haut dans le même paragraphe, la Malaisie relève de façon plus nuancée que l'activité des canonnières «n'est pas *en soi* une manifestation de souveraineté» (les italiques sont de nous).

65

140. Si la Malaisie ne nie pas le rôle logistique qu'ont joué les navires britanniques pendant les travaux de construction, elle conteste que ces activités correspondent à des «attributions souveraines» (CMM, p. 55, par. 180), ce qui témoigne d'une conception artificielle des fonctions étatiques. Dans le même paragraphe, la Malaisie soutient que l'approvisionnement en eau et en vivres et le transport des ouvriers n'étaient pas des attributions souveraines. Ces activités, cependant, de même que la protection contre les pirates, faisaient intrinsèquement partie des opérations menées par la Couronne en rapport avec la construction du phare.

141. Dans le même cadre général, rappelons que la reconnaissance par les Néerlandais du titre britannique en 1850 a eu pour conséquence directe que le résident néerlandais à Riau a offert l'assistance de deux canonnières pendant toute la durée des opérations relatives au phare (voir rapport Thomson, p. 424 et 473). La lettre néerlandaise où il est question de la construction d'un phare «en territoire britannique» était adressée au résident à Riau, et avait trait aux patrouilles navales qui prêtaient leur assistance à la construction d'un phare «à Pedra Branca, en territoire britannique» (RS, annexe 8).

Déploiement du pavillon de la marine sur Pedra Branca

142. A partir du moment où le phare fut mis en service, la pratique fut d'y faire flotter le pavillon de la marine du Royaume-Uni. Les dispositions relatives à l'exploitation du phare sont détaillées par Thomson, géomètre du gouvernement, dans une lettre du 20 juillet 1851 adressée à Church, conseiller-résident à Singapour (MS, annexe 54). Dans cette lettre, Thomson écrit : «Le pavillon du phare est, je suppose, différent du pavillon national.» Cette utilisation du pavillon était conforme à la pratique britannique d'alors.

143. De plus, même pendant les travaux, le pavillon de la marine avait été déployé sur le bâtiment en construction. On en trouve la preuve dans les tableaux peints à l'époque par Thomson, géomètre du gouvernement : voir les images 13 et 14 du mémoire de Singapour, qui sont reproduites dans le dossier d'audience sous l'onglet 30.

144. Dans la réplique de Singapour (p. 74), Singapour précise bien que l'argument qu'elle fait valoir est que le déploiement ultérieur du pavillon de la marine attestait que la prise de possession avait *déjà* eu lieu et qu'il s'agissait donc de la manifestation d'une souveraineté *déjà* acquise.

Conclusions relatives aux preuves de l'acquisition de la souveraineté pendant la période 1847-1851

66

145. Il me faut maintenant présenter mes conclusions et, ce faisant, je ne vais pas réexposer chacune des différentes preuves, mais m'attacher uniquement aux aspects qui démontrent l'exercice de la souveraineté et des activités étatiques.

146. En résumé, Monsieur le président, toutes ces activités de la Couronne britannique constituaient un grand projet de travaux publics, comprenant les éléments suivants :

- 1) la planification et la conception du phare lui-même ;
- 2) la logistique de la construction, y compris l'utilisation de navires du gouvernement ;
- 3) l'achat et le transport des matériaux de construction nécessaires ;
- 4) la construction d'un appontement en bois avec une flèche de chargement (Thomson, p. 420), appontement qui a d'ailleurs été emporté par la mer à la mousson suivante ;
- 5) l'achat et l'installation d'un mât de charge (Thomson, p. 425-426) ;
- 6) la pose de la première pierre le 24 mai 1850 ;
- 7) la construction d'une allège aux dimensions requises (Thomson, p. 428-429) ;
- 8) la construction d'une jetée (Thomson, p. 434-435) ;
- 9) l'installation d'une bouée d'amarre en 1850 (Thomson, p. 429) ;
- 10) la construction d'un appontement sud en 1851 (Thomson, p. 445-448) ;
- 11) la construction d'une plate-forme à proximité de l'entrée du phare (Thomson, p. 442-443, 445) ;

- 12) le creusement de canalisations destinées à recueillir les eaux de pluie autour des rochers les plus hauts en 1851 (Thomson, p. 447-448) ;
- 13) l'installation de la lanterne, du dôme, des machines et appareils destinés au phare (Thomson, p. 449-453).
- 14) enfin, la mise en service du phare au cours d'une visite du gouverneur, le 27 septembre 1851 (Thomson, p. 453-454 et MS, par. 5.81-5.84).

147. Il existe une jurisprudence solide qui considère la réalisation de travaux publics comme une preuve du titre sur le territoire. Ainsi, dans l'affaire des *Minquiers et des Ecréhous*, la Cour internationale de Justice a pris en considération différents ouvrages publics construits sur les Ecréhous par les autorités britanniques, à savoir :

67

- a) l'installation d'un poste de douane en 1884,
- b) un plan incliné en 1895,
- c) un mât-signal en 1910 et
- d) l'installation d'une bouée d'amarre en 1939 (*C.I.J. Recueil 1953*, p. 66).

148. La Cour a retenu des éléments analogues pour déterminer l'existence d'un titre sur les Minquiers. Aux termes de l'arrêt :

«Il est établi que des contrats de vente se rapportant à des immeubles aux Minquiers ont, comme dans le cas des Ecréhous, été passés devant les autorités compétentes de Jersey et inscrits au registre public de l'île. Des exemples d'enregistrement de contrats ont été produits pour 1896, 1909 et plus tard.

En 1909, les autorités douanières de Jersey ont établi aux Minquiers un poste de douane portant les armes de Jersey. Les îlots avaient été compris par les autorités jersiaises dans leurs opérations de recensement et, en 1921, un fonctionnaire se rendit aux îlots pour y procéder au recensement.

Ces divers faits montrent que les autorités de Jersey ont de plusieurs manières exercé une administration locale ordinaire aux Minquiers pendant une période prolongée.

Parmi les autres faits qui apportent de la lumière sur le différend, il faut mentionner les visites officielles périodiques des autorités jersiaises aux Minquiers depuis 1888 et l'exécution par ces autorités de divers travaux et constructions sur ces îlots, tels que la construction d'un plan incliné en 1907, l'installation d'une bouée d'amarre en 1913, de feux et bouées en 1931 et plus tard, et d'un treuil en 1933.»

Et l'arrêt indique ensuite :

«La Cour est d'avis que les preuves ainsi présentées par le Gouvernement du Royaume-Uni montrent qu'au début du XVII^e siècle les Minquiers étaient traités comme faisant partie du fief de Noirmont à Jersey, et que les autorités britanniques, pendant une grande partie du XIX^e siècle et au XX^e, ont exercé des fonctions étatiques à l'égard de ce groupe.» (*C.I.J. Recueil 1953*, p. 69-70.)

149. Le poids accordé par la Cour à la réalisation d'ouvrages publics et de constructions accessoires, comme des plans inclinés, est manifestement important pour la présente affaire. Avant tout, il est clair que les autorités britanniques ont utilisé *tout* Pedra Branca. La construction d'une jetée et des appontements impliquait l'utilisation de Pedra Branca en tant qu'ensemble, à des fins publiques. Le creusement des canalisations autour des rochers les plus hauts en 1851 est une autre preuve de l'appropriation à des fins publiques de l'île dans son ensemble.

150. Il existe d'autres précédents jurisprudentiels concernant le caractère probant de la réalisation d'ouvrages publics. Ainsi, dans la première étape du différend *Erythrée/Yémen* concernant certaines îles de la mer Rouge, le tribunal arbitral a admis la valeur probante de la construction et de l'utilisation d'une piste d'atterrissage sur la Grande Hanish, île inhabitée.

68

Voici les passages pertinents de la sentence :

«419. Ce sont là peut-être des éléments tout à fait accessoires de l'accord pétrolier conclu avec Total mais la construction et l'exploitation d'une piste d'atterrissage sur la Grande Hanish constituent aux yeux du Tribunal une effectivité matérielle. Ces éléments démontrent l'exercice par le Yémen de sa juridiction sur la Grande Hanish, la reconnaissance de cette juridiction par Total, et l'existence de signes visibles de ladite juridiction — une piste d'atterrissage activement exploitée — pendant une certaine période. L'Erythrée semble ne pas avoir eu connaissance de ces éléments et n'a de toute façon formulé aucune protestation...» (*Permanent Court of Arbitration Series*, Cambridge University Press, 2005, p. 409.)

«502. C'est par la suite que l'activité s'est intensifiée ; il y eut notamment la construction en 1993 par la société pétrolière Total d'une piste d'atterrissage sur Hanish destinée aux voyages de tourisme des salariés de la société, cette construction étant une retombée de l'accord de concession conclu avec le Yémen. Mais le secteur visé dans ledit accord n'englobait ni Zuqar ni Hanish. Toutefois, ces vols de tourisme réguliers sont une preuve de l'autorité étatique et de son exercice. Ces vols n'ont apparemment pas non plus suscité de protestation d'aucune sorte de la part de l'Erythrée alors que, bien entendu, à cette date, la guerre civile avait pris fin et que l'Erythrée était un Etat indépendant.» (*Ibid.*, p. 437.)

«507. En ce qui concerne la présence et la manifestation de l'autorité étatique, le Yémen fournit des indications plus nombreuses. Mise à part l'installation du phare au nord de l'île, il y eut l'expédition Ardoukoba et la mise en place du campement qui a été réalisée sous l'égide du Gouvernement yéménite. Il y a aussi la piste d'atterrissage, et l'organisation de ce qui semble être un programme de vols réguliers fréquents, desserte consacrée sans doute principalement aux loisirs des salariés de la société Total ; et il y a cette licence accordée en mai 1995 à une société yéménite

(associée apparemment à certains ressortissants allemands dans le cadre d'une coentreprise) aux fins d'un projet touristique à exécuter sur la Grande Hanish (la plongée sportive étant apparemment susceptible d'attirer des touristes).» (*Ibid.*, p. 436.)

151. Toute cette jurisprudence confirme l'importance des travaux publics, surtout lorsqu'ils concernent des îles inhabitées, comme preuve de la souveraineté.

152. Monsieur le président, je vais maintenant examiner la thèse de la Malaisie selon laquelle la Couronne britannique a seulement pris possession d'une partie de l'île pour y construire un phare, et qu'elle a ce faisant acquis seulement la propriété d'un bien, et non un titre sur une portion de territoire. Deux réflexions s'imposent immédiatement. En premier lieu, les juridictions internationales n'ont pas hésité à inclure la réalisation d'ouvrages publics dans les fonctions étatiques. Deuxièmement, dans leurs constatations de droit et de fait, elles n'ont pas plus manifesté la moindre tendance à décider que les ouvrages publics n'engendrent un titre, si l'on peut dire, que sur le sous-sol et l'espace qu'ils occupent effectivement. Aucun tribunal, et aucun auteur, n'a jamais soutenu ce point de vue.

69 153. A cet égard, le creusement de canalisations pour les eaux de pluie autour des rochers les plus hauts en mai 1851 est un exemple typique des fonctions étatiques en cause. Ces travaux d'amélioration étaient accessoires à l'objet pour lequel possession avait été prise et, tout comme le phare, la plate-forme extérieure et les appontements, ils constituaient une preuve de l'intention de s'approprier l'île dans son ensemble pour un usage à la fois permanent et exclusif. Dans ces circonstances, l'affirmation de la Malaisie selon laquelle le creusement de canalisations n'avait aucune incidence sur la question de la souveraineté est sans valeur (MS, par. 580 ; CMM, par. 125 ; RS, par. 386-387).

154. La construction d'ouvrages publics n'est pas, en tant que telle, une preuve concluante de l'intention d'acquérir la souveraineté. Dans la présente espèce, cependant, la prise de possession s'est accompagnée de la circulation d'un nombre considérable de documents manifestant l'intention de la Couronne britannique d'acquérir le contrôle exclusif de Pedra Branca à des fins publiques. Comme je l'ai montré, les travaux supposaient l'accès à l'île et l'utilisation de l'île dans son ensemble.

Monsieur le président, Messieurs de la Cour, j'aimerais vous remercier de votre patience et de votre considération. Merci beaucoup.

Le VICE-PRESIDENT, faisant fonction de président : Je vous remercie Monsieur Brownlie.
Nous reprendrons demain matin à 10 heures.

L'audience est levée à 13 h 15.
