

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE *AD HOC* DUGARD

[Traduction]

Malaisie détentrice du titre originaire sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh — Construction du phare Horsburgh n'ayant pas modifié la situation — Incertitude entourant la correspondance de 1953 (sens et compétence) — Manque de pertinence de cette correspondance confirmé par le fait que Singapour ne l'ait pas rendue publique — Cour attachant à tort de l'importance à la correspondance de 1953 — Caractère équivoque de la conduite des Parties entre 1953 et 1980 — Aucune conclusion à tirer de cette conduite pendant cette période quant à la souveraineté — Conduite de Singapour conforme à celle d'un exploitant de phare — Cour donnant des faits survenus dans cette période une interprétation erronée — Difficulté à discerner le fondement juridique de la décision de la Cour — Cour écartant à bon droit les notions de prescription et d'estoppel — Conclusion de la Cour voyant dans la conduite des Parties la manifestation d'un accord ou d'une communauté de vues tacites quant à l'existence d'un changement du titulaire de la souveraineté n'étant convaincante ni en droit ni en fait — Preuves insuffisantes à l'appui de la conclusion selon laquelle la Malaisie aurait acquiescé à la revendication de souveraineté de Singapour — Critères d'acquisition du territoire énoncés dans la sentence arbitrale Érythrée/Yémen — Lesdits critères non remplis en la présente espèce — Titre sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh demeurant malaisien — Middle Rocks et South Ledge relevant de la souveraineté de la Malaisie — Fâcheux que le conseil n'ait pas été invité à s'exprimer sur les éléments appelés à fonder la décision de la Cour.

1. L'arrêt de la Cour fournit une solution équitable au différend dont celle-ci est saisie. Pedra Branca/Pulau Batu Puteh est attribuée à Singapour, Middle Rocks à la Malaisie, South Ledge, haut-fond découvrant, devant revenir à l'État dans les eaux territoriales duquel il est situé. Si, à tout le moins en théorie, le différend ne portait pas sur la mer territoriale et le plateau continental, les deux Parties n'en partageront pas moins ces zones et leurs ressources. Si la Cour exerçait des fonctions de cour d'équité, ou avait été autorisée par les Parties à trancher l'affaire *ex aequo et bono* aux termes du paragraphe 2 de l'article 38 du Statut de la Cour, j'aurais peut-être pu m'associer à sa décision. Mais telles ne sont pas ses fonctions. Le compromis conclu par la Malaisie et la République de Singapour le 6 février 2003 énonce clairement, en son article 5, la nécessité de trancher le différend conformément au droit international. Me trouvant dans l'impossibilité de faire miens le raisonnement juridique de la Cour et l'interprétation des faits qui le sous-tend en ce qui concerne la question de la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, je me vois contraint de marquer mon dissentiment sur ce point.

2. L'arrêt d'une juridiction de la taille de celle de la Cour internationale de Justice doit inévitablement prendre en compte les différentes opinions juridiques et reflétera le plus petit dénominateur commun à la

majorité. Quand bien même, j'ai peine à bien saisir la base sur laquelle la Cour fonde son arrêt. Celui-ci repose sur la conclusion selon laquelle la conduite des deux Parties aurait fait passer la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh de la Malaisie (auparavant le Johor) à Singapour. Or, si des considérations d'acquiescement, d'abandon de titre ainsi que de communauté de vues ou d'accord tacites occupent une place considérable dans le raisonnement de la Cour, celle-ci ne cherche nullement à justifier ou à expliquer ce transfert de souveraineté à la lumière des principes établis régissant l'acquisition d'un titre territorial. Parallèlement, l'interprétation des faits de l'espèce suscite quelque interrogation. Les faits en cause sont complexes, contradictoires et compliqués. Pour rendre sa décision finale, la Cour a été contrainte de choisir entre des faits contradictoires et d'attribuer à certains plus de poids qu'à d'autres. Si tel est le propre du processus d'établissement des faits dans la procédure judiciaire, il me semble toutefois que, en sélectionnant les faits et en décidant du poids à leur attribuer, en particulier pour la période allant de 1953 à 1980, la Cour s'est laissé indûment influencer par son interprétation de la correspondance controversée de 1953 entre Singapour et le Johor. Elle s'est montrée, dans son appréciation des faits de cette période, très bienveillante à l'égard de Singapour, moins envers la Malaisie. Je m'attacherai, dans la présente opinion, à préciser la teneur de mon désaccord avec elle tant du point de vue des faits que du point de vue du droit.

LES FAITS AVANT 1852

3. Je n'ai guère de désaccord avec la Cour quant aux faits survenus avant 1852. Je souscris aux conclusions et au raisonnement de la Cour selon lesquels le Johor (et, partant, la Malaisie) détenait la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh avant 1824, et rien ne s'est passé entre cette dernière date et 1844 qui contredirait ce constat. La Cour a raison de dire que, selon toute vraisemblance, W. G. Butterworth, gouverneur des Etablissements des détroits, a, dans sa lettre de novembre 1844, proposé au sultan et au *temenggong* de Johor de construire le futur phare Horsburgh en des termes généraux, Peak Rock n'étant, autrement dit, qu'un des emplacements envisagés parmi d'autres. Je ne saurais toutefois la suivre lorsqu'elle affirme que le gouverneur ne «semble» pas avoir songé à Pedra Branca/Pulau Batu Puteh comme autre site possible (arrêt, par. 134). Il ressort de la correspondance antérieure aux lettres du gouverneur Butterworth que Pedra Branca/Pulau Batu Puteh a toujours été l'un des autres emplacements envisagés et avait été considérée comme l'un des sites possibles pour la construction du phare avant que Peak Rock ne fût proposé. On peut donc très raisonnablement en déduire que les lettres du gouverneur Butterworth mentionnaient expressément Pedra Branca/Pulau Batu Puteh comme un autre emplacement possible. Ce désaccord n'a cependant pas d'incidence fondamentale sur l'issue de l'affaire, la Cour ayant apparemment admis que la souveraineté

sur l'île a continué d'appartenir au Johor après la construction du phare ; à tout le moins n'a-t-elle tiré «de la construction et de la mise en service du phare aucune conclusion quant à la souveraineté» (arrêt, par. 162).

4. La Cour ne formule aucune conclusion sur la question de savoir si le Johor avait cédé au Royaume-Uni (et, partant, à Singapour) toute île (Pedra Branca/Pulau Batu Puteh comprise) placée sous sa souveraineté qui pourrait être choisie aux fins de la construction du phare, ou s'il n'avait accordé qu'une autorisation de construire, d'entretenir et d'exploiter un phare sur l'île qui serait retenue à cet effet, parce qu'elle «ne sait pas quelle était au juste» la teneur de la proposition faite par le gouverneur Butterworth au sultan et au *temenggong* de Johor en 1844 (*ibid.*, par. 133). La Cour, en revanche, a acquis la conviction que la souveraineté du Johor sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh avant 1844 était déjà établie.

LA PÉRIODE ALLANT DE 1852 À 1952

5. La Cour use de deux poids deux mesures dans son examen de la période allant de 1852 à 1952 — en grande partie faute d'avoir tranché la question de savoir si Pedra Branca/Pulau Batu Puteh avait été cédée au Royaume-Uni en 1844 ou si celui-ci avait simplement été autorisé à y construire, entretenir et exploiter le phare (voir paragraphe 4 ci-dessus). La Cour examine la conduite des Parties au cours de cette période et passe minutieusement en revue les faits survenus dans cet intervalle susceptibles d'avoir une incidence sur la souveraineté à l'égard de l'île, sans toutefois parvenir à une conclusion sur cette question.

6. La Cour examine la législation britannique ayant trait au système des phares des détroits, qui autorisait Singapour à administrer des phares avec lesquels elle n'entretenait aucun lien territorial, et conclut à juste titre qu'elle n'atteste pas la souveraineté du Royaume-Uni sur les îles où des phares ont été édifiés. Plus loin, la Cour soutient en revanche, à propos de la période postérieure à 1952, que «vient à l'appui des allégations de Singapour» (arrêt, par. 174) une affirmation selon laquelle Pedra Branca/Pulau Batu Puteh appartenait à cette dernière qui figure dans les travaux préparatoires de l'ordonnance de 1958 portant modification de celle de 1957 sur les droits de phare (Singapour). Selon moi, pareille affirmation avancée dans le cadre des travaux préparatoires d'un texte législatif ne justifie pas une telle conclusion, si modérée soit-elle. La Cour estime par ailleurs que mérite d'être «not[é]» un autre élément dont la pertinence est douteuse: le fait que, en 1952, le Johor ait songé à assumer le financement du phare de Pulau Pisang, qui relève clairement de la souveraineté malaisienne, mais non celui du phare de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. En revanche, elle n'accorde pas d'importance au fait que, dans l'accord de 1927 relatif aux eaux territoriales des Etablissements des détroits et du Johor, portant sur la rétrocession de certaines îles cédées à Singapour par le Johor en 1824, Pedra Branca/Pulau Batu Puteh n'est pas représentée en

territoire singapourien. Certes, comme l'affirme la Cour, Pedra Branca/Pulau Batu Puteh n'était pas couverte par cet accord, mais l'on se serait à tout le moins attendu à ce que Singapour insiste pour que soit quelque part mentionné le fait que l'île lui appartenait — eût-elle effectivement revendiqué la souveraineté sur l'île à cette époque.

7. La Cour n'accorde globalement pas, ou guère, d'importance aux faits survenus entre 1852 et 1952. Cela nous mène à 1953, année qui marque, selon elle, un tournant en ce qui concerne la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.

LA CORRESPONDANCE DE 1953

8. L'année 1953 est, pour reprendre les termes de la Cour (arrêt, par. 203), «essentiell[e]» aux fins de comprendre le différend: c'est de cette année, en effet, que date la lettre du secrétaire d'Etat par intérim du Johor informant Singapour que le Johor (la Malaisie) ne revendiquait pas la «propriété» de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Cette admission est à juste titre tenue par la Cour pour éminemment pertinente; reste à savoir si, conjointement avec certains faits antérieurs ou postérieurs, elle atteste que la souveraineté sur l'île était désormais singapourienne. D'après moi, trop d'interrogations et d'incertitudes entourent la correspondance de 1953 entre Singapour et le Johor et ses suites pour que l'on puisse conclure que de la lettre du Johor a découlé *dans les faits*, sinon dans les formes, le transfert de la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh du Johor à Singapour.

9. Premièrement, la question du secrétaire colonial de Singapour n'était pas de savoir qui détenait la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, mais si celle-ci avait fait l'objet d'un bail, d'une concession ou d'une cession au profit de Singapour. Si Singapour, dans sa lettre, avait expressément demandé quel Etat détenait la souveraineté ou un titre territorial sur l'île, et si le Johor avait déclaré ne pas revendiquer ceux-ci, il aurait été possible de conclure que le Johor (la Malaisie) avait renoncé à toute prétention à un titre souverain sur l'île. Mais, dans sa lettre, Singapour, mélangeant la terminologie du droit privé et celle du droit public, demande si l'île a fait l'objet d'un bail, d'une concession ou d'une cession à son profit. Rien d'étonnant, dès lors, à ce que la réponse soit formulée en termes de droit privé — propriété — et non de droit public — souveraineté. Or, nul ne conteste qu'il existe une différence entre propriété et souveraineté.

10. Les propos de la Cour sur les notions de «propriété» et de «souveraineté» ne sont pas convaincants. La Cour reconnaît que la propriété se distingue «en droit» de la souveraineté, mais n'en affirme pas moins que la demande de renseignements de Singapour visait la souveraineté de cette dernière sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, ajoutant que, «[e]n matière de litiges internationaux, la notion de «propriété» d'un territoire a parfois été employée comme synonyme de «souveraineté»» (*ibid.*,

par. 222). A l'appui de cette affirmation, elle cite l'affaire *Erythrée/Yémen, souveraineté territoriale et champ du différend* (*Permanent Court of Arbitration Award Series*, T.M.C. Asser Press, 2005, p. 288, par. 19, et p. 423, par. 474). Cet argument appelle deux observations. En premier lieu, ainsi que montré plus haut (voir paragraphe 9 ci-dessus), la lettre elle-même mélange droit immobilier et droit international, la question posée étant celle de savoir «s'il existe des documents indiquant que le rocher a fait l'objet d'un bail ou d'une concession, ou si le gouvernement de l'Etat du Johore l'a cédé ou en a disposé de toute autre manière» (arrêt, par. 192). En second lieu, le tribunal arbitral, dans la sentence rendue en l'affaire *Erythrée/Yémen*, n'emploie pas indifféremment les termes «propriété» et «souveraineté». Dans les passages cités, il emploie le premier au sens large comme synonyme de «souveraineté» mais, dans son dispositif, il a soin d'employer le mot «souveraineté» s'agissant des îles (*Erythrée/Yémen, op. cit.*, p. 441-442, par. 527). En l'espèce, la question demeure — d'où l'absence de certitude — de savoir si le secrétaire d'Etat par intérim a employé le mot «propriété» dans une acception large, en l'assimilant à la notion de souveraineté, ou s'il a délibérément utilisé ce terme de droit privé pour indiquer que, aux yeux du Johor, Singapour était propriétaire du terrain sur lequel était bâti le phare.

11. Deuxièmement, se pose la question de savoir pourquoi le secrétaire d'Etat par intérim du Johor a consulté le commissaire à l'aménagement du territoire et aux mines ainsi que le géomètre en chef, qui pouvaient essentiellement le conseiller sur des questions relevant du droit privé, et non ses conseillers politiques et diplomatiques. Est-ce parce que la question ne touchait pas, à ses yeux, à la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh? Est-ce pour cela qu'il a employé le mot «propriété»? Et qu'entendait-il par «propriété» dans le contexte des circonstances historiques propres à l'île? Pleine propriété? Propriété résiduelle? Possession? Ou souveraineté?

12. Que le secrétaire d'Etat par intérim ait considéré son rôle comme limité aux affaires, internes, de droit privé, est confirmé par la réponse écrite apportée par Singapour à la question posée par le juge Keith le 23 novembre 2007. Singapour mentionne le fait que, au cours de la période visée, «les responsables du Johor ont continué d'entretenir une correspondance régulière avec leurs homologues de Singapour sur les questions de leur ressort» (réponse écrite de Singapour à la question posée par le juge Keith, en date du 30 novembre 2007). Singapour donne de ces échanges des exemples ayant trait à l'approvisionnement en eau, à la coopération policière et à ses relations avec le capitaine du port et le responsable des fournitures du Johor. Aucune de ces questions ne touchait aux domaines politique et des affaires extérieures, qui, aux termes de l'accord de 1948 relatif à la Fédération de Malaya, étaient du seul ressort de la Grande-Bretagne.

13. Troisièmement, pourquoi le Gouvernement de Singapour n'a-t-il pas cherché à obtenir des éclaircissements sur le sens du mot «propriété»? Assurément, il ne pouvait savoir avec certitude ce qu'il recou-

vrait au juste. S'est-il abstenu de rendre publique la lettre du Johor de crainte de susciter de la part de celui-ci des explications ou des éclaircissements qui lui eussent été défavorables? L'affirmation de la Cour selon laquelle la réponse du Johor «revêt une signification claire» (arrêt, par. 223) ne résout pas certaines questions, telles que celles soulevées aux paragraphes 9 à 13 ci-dessus.

14. Se pose, quatrième, l'épineuse question de savoir si le secrétaire d'Etat par intérim du Johor avait compétence pour se prononcer sur des questions de souveraineté (par opposition à des questions de propriété). Les Parties se sont vivement opposées sur cette question. La Malaisie soutient que les deux accords de 1948 conclus par la Couronne britannique, l'un avec le sultan de Johor, l'autre avec la Fédération de Malaya, ne reconnaissent pas à l'Etat du Johor de compétence en matière d'affaires extérieures, lesquelles continuaient de relever de la Grande-Bretagne. Singapour, quant à elle, soutient que la correspondance de 1953 ne touchait pas au domaine des affaires étrangères et que le principe *omnia praesumuntur rite esse acta* s'appliquait à la lettre de 1953. La brève conclusion de la Cour selon laquelle les accords de 1948 ne sont pas pertinents, au motif que la première lettre de l'échange de correspondance émanait d'un représentant de la Couronne britannique, qui n'était pas un Etat étranger, et qu'une demande de renseignements ne saurait être assimilée à l'exercice d'une compétence exécutive dans le domaine des affaires extérieures, ne constitue pas, selon moi, une réponse satisfaisante aux objections de nature constitutionnelle soulevées par la Malaisie quant à la compétence du secrétaire d'Etat par intérim pour se prononcer sur la souveraineté à l'égard de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Cette question méritait un examen autrement plus approfondi. S'il n'a pas été mené, la faute en revient en grande partie à la Malaisie, qui n'a pas soulevé cette question dans ses écritures, ne l'abordant qu'au terme de ses plaidoiries. Il s'agit néanmoins d'une question qui revêt une importance cruciale pour l'issue de l'affaire et qui méritait davantage d'attention.

15. A la question de savoir si le secrétaire d'Etat par intérim du Johor avait la compétence requise pour statuer sur des questions relevant des affaires extérieures en est associée une autre: celle de la nature de l'accord entre Singapour et le Johor ayant, si accord il y a effectivement eu, découlé de la correspondance de 1953. S'agissait-il d'un traité régi par le droit international? Si le sultan de Johor était peut-être un souverain indépendant, le Johor n'était pas un Etat pleinement indépendant mais était un protectorat (et, par conséquent, il n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies). C'est probablement la raison pour laquelle il n'a pas été entrepris d'enregistrer «l'accord» conformément à l'article 102 de la Charte des Nations Unies. Mais quel était le statut des accords conclus entre deux entités relevant du Royaume-Uni? S'agissait-il d'accords *inter se* (à l'instar de ceux conclus entre anciens dominions du Commonwealth britannique)? Dans l'affirmative, il n'est pas «aisé», pour citer lord McNair, «d'apporter une réponse simple» à la

question de savoir si ces accords étaient «régis par le droit international ou par quelque mécanisme de droit interne» (lord McNair, *The Law of Treaties*, 1961, p. 115). Et si la correspondance de 1953 n'était pas régie par le droit international, cela a-t-il une incidence sur les conséquences qu'il convient de lui attacher?

16. Autre question, également liée à la compétence du secrétaire d'Etat par intérim: celui-ci était-il compétent pour aliéner un territoire qui relevait en dernier ressort de la Couronne britannique? S'il était compétent pour aliéner Pedra Branca/Pulau Batu Puteh au moyen d'une note que son destinataire relèguerait dans ses archives, l'aurait-il été pour trancher un différend frontalier ou pour aliéner une importante partie du territoire du Johor continental? Ou se serait-il alors agi d'une question relevant des «affaires extérieures», du ressort de la Couronne britannique?

17. Cinquièmement, pourquoi Singapour n'a-t-elle pas rendu public le fait que le Johor/la Malaisie avait admis que la «propriété» (souveraineté) sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh revenait à Singapour? Si la lettre de 1953 revêtait l'importance que lui prête cette dernière, l'on comprend mal pourquoi cette affaire n'a pas été rendue publique au-delà du cercle de la bureaucratie singapourienne. Pourquoi Singapour n'a-t-elle pas arboré son drapeau national sur l'île, pas fait figurer cette dernière sur ses propres cartes, pourquoi n'en a-t-elle pas fait état dans ses brochures touristiques? Pourquoi ne l'a-t-elle pas enregistrée conformément à l'article 102 de la Charte des Nations Unies? Si l'objectif de la lettre de renseignements était de déterminer les limites des eaux territoriales singapouriennes, pourquoi Singapour n'a-t-elle pas proclamé publiquement quelles étaient ses frontières maritimes après 1953? La réponse apportée par la Cour, à savoir que des Etats voisins auraient alors pu faire valoir des prétentions sur des eaux territoriales risquant d'avoir une incidence sur les droits de pêcheurs singapouriens, n'est fondée que sur des conjectures et elle n'est pas convaincante.

18. Au début de son arrêt, la Cour affirme qu'«[i]l est un principe général de droit, confirmé par [s]a jurisprudence ..., selon lequel une partie qui avance un élément de fait à l'appui de sa prétention doit établir celui-ci» (arrêt, par. 45). Plus loin, elle indique que

«tout changement du titulaire de la souveraineté territoriale fondé sur le comportement des Parties ... doit se manifester clairement et de manière dépourvue d'ambiguïté au travers de ce comportement et des faits pertinents. Cela vaut tout particulièrement si ce qui risque d'en découler pour l'une des Parties est en fait l'abandon de sa souveraineté sur une portion de son territoire.» (*Ibid.*, par. 122.)

La question de savoir si Singapour s'est acquittée de la charge de la preuve lui incombant ne peut se poser en ce qui concerne les conséquences de la correspondance de 1953, car celles que lui prête Singapour sont très différentes de celles que lui associe la Cour. Si cette dernière voit dans la correspondance un accord «tacite» (*ibid.*, par. 120) ou l'aboutissement d'une «évolution des vues» des Parties (*ibid.*, par. 203, 223,

230, 276), convenant toutes deux que le Johor ne revendiquait pas la souveraineté sur l'île ou avait acquiescé à la souveraineté singapourienne sur l'île, Singapour nie avoir fait valoir que le Johor avait renoncé à son titre sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh ou avait abandonné ce titre, «pour la simple raison» que le Johor ne détenait aucun titre auquel il eût pu renoncer ou qu'il eût pu abandonner (réponse écrite de Singapour à la question posée par le juge Keith, en date du 30 novembre 2007). La Cour ayant tiré de la correspondance de 1953 des conclusions différentes de celles avancées par Singapour, elle doit acquérir la conviction que la conduite du Johor «manifest[ait] clairement et de manière dépourvue d'ambiguïté» un abandon effectif de sa souveraineté sur l'île. Or, il est très loin d'être certain que la correspondance de 1953 apporte des preuves en ce sens compte tenu des incertitudes très réelles qui entourent sa signification, sa nature et ses conséquences.

19. La Cour, on le comprend, a quelque peine à trouver un fondement juridique solide à sa conclusion selon laquelle la correspondance de 1953 a substantiellement contribué au transfert de la souveraineté du Johor à Singapour. Elle affirme à juste titre que la correspondance n'était ni constitutive ni à l'origine d'un titre, que la lettre du secrétaire d'Etat par intérim ne constituait pas un engagement unilatéral contraignant et qu'il n'y a pas eu d'*estoppel*. Toutefois, elle n'indique pas clairement quelles sont les conclusions à tirer de cette correspondance. Dans les passages de l'arrêt qui s'y rapportent, la Cour indique que «cette correspondance ainsi que la manière dont elle est interprétée sont essentielles pour déterminer comment ont évolué les vues des deux Parties à propos de la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh» (arrêt, par. 203); que «la réponse du Johor montre que, en 1953, celui-ci considérait que la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh ne lui appartenait pas»; et que, «[a]u vu de cette réponse, les autorités à Singapour n'avaient aucune raison de douter que le Royaume-Uni détenait la souveraineté sur l'île» (*ibid.*, par. 223; voir également par. 230). La Cour fait également état d'une «évolution des vues partagées par les Parties» (*ibid.*, par. 224). Plus haut dans l'arrêt, elle indique, probablement eu égard à la correspondance de 1953, que le changement du titulaire de la souveraineté peut résulter d'un accord «tacite» découlant du comportement des Parties (*ibid.*, par. 120) et de l'absence de réaction de l'Etat qui détenait la souveraineté face au comportement d'un autre Etat agissant à titre de souverain, auquel cas «[l']absence de réaction peut tout à fait valoir acquiescement» (*ibid.*, par. 121). L'acquiescement, dans ce contexte, affirme la Cour, «équiv[aut] à une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement» (*ibid.*; citant l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 305, par. 130). Plus loin, dans la conclusion de son arrêt, et faisant notamment référence à la correspondance de 1953 — à laquelle elle prête «une importance capitale» pour son évaluation de la situation (arrêt, par. 275) —, la Cour déclare que les faits pertinents, dont

le comportement des Parties, «témoignent d'une évolution convergente des positions de celles-ci concernant le titre sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh», dont est découlé un changement du titulaire de la souveraineté sur l'île au profit de Singapour (arrêt, par. 276). Il apparaît ainsi que les notions d'accord tacite, d'évolution des vues partagées par les Parties (un synonyme d'accord tacite?) et d'acquiescement attestés par la conduite des Parties constituent la base juridique sur laquelle la Cour fonde son arrêt. De toute évidence, la lettre de 1953 du Johor occupe une place centrale dans son appréciation. La question de savoir si l'accord tacite fondé sur la conduite des Parties, le partage, au terme d'une «évolution», des mêmes vues quant à l'existence d'un transfert de la souveraineté et l'acquiescement fournissent, dans le contexte des faits de l'espèce, une base juridique solide à un tel changement sera examinée plus loin.

LA PÉRIODE ALLANT DE 1953 À 1980

20. La manière dont la Cour aborde les conséquences juridiques à attacher aux événements survenus dans la période allant de 1953 à 1980 est conditionnée, et influencée, par sa conclusion selon laquelle le Johor (la Malaisie) avait, dans la lettre de 1953 de son secrétaire d'Etat par intérim, reconnu la souveraineté de Singapour sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Les actes de Singapour postérieurs à cette date sont portés à son crédit comme étayant sa revendication de souveraineté, tandis que son inaction et ses omissions sont excusées. A l'inverse, les actes de la Malaisie ne se voient reconnaître aucune valeur juridique positive, tandis que son inaction est perçue comme une preuve supplémentaire de son acquiescement à la revendication singapourienne. Tel est le constat qui ressort de l'examen de l'arrêt de la Cour.

21. La Cour attache à l'enquête sur les naufrages menée au voisinage de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh par Singapour des conséquences juridiques favorables à Singapour, bien que celle-ci fût, en sa qualité d'exploitant du phare, tenue d'agir ainsi. La Cour estime que le contrôle qu'elle exerçait à l'égard des visites officielles (y compris de la Malaisie) sur l'île pèse, dans la balance, en faveur de Singapour, et refuse de considérer l'acquiescement de la Malaisie à cette pratique comme la simple marque d'une déférence polie envers l'autorité reconnue à un preneur à bail. La Cour met à l'actif de Singapour le fait que celle-ci ait installé du matériel militaire sur l'île, quand bien même la Malaisie a affirmé — sans que cette affirmation ait été contestée — qu'elle n'en avait pas eu connaissance et n'avait dès lors pu réagir. Il en va de même de la proposition de Singapour tendant à agrandir l'île par récupération de terres, dont, là encore, la Malaisie ne fut pas informée. En revanche, la Cour ne retient pas contre Singapour le fait que celle-ci se soit abstenue de protester contre un certain nombre d'actes publics de la Malaisie au voisinage de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh qui risquaient pourtant d'avoir pour elle de sérieuses conséquences — l'accord pétrolier de 1968 conclu entre la

Malaisie et la Continental Oil Company of Malaysia, l'ordonnance de 1969 sur la mer territoriale malaisienne élargissant les eaux territoriales de la Malaisie, et les accords conclus en 1969 et 1970 entre la Malaisie et l'Indonésie aux fins de délimiter leur plateau continental et leurs eaux territoriales —, n'ait pas exprimé de préoccupations à leur égard ni n'en ait seulement pris acte. Curieusement, la Cour n'attache pas d'importance au fait que l'accord de 1973 relatif à la mer territoriale entre Singapour et l'Indonésie ne contienne aucune mention de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Avec la même largesse, la Cour ne retient pas contre Singapour le fait que l'île ne figure pas en territoire singapourien dans ses publications officielles, et rejette comme sans importance une affirmation datant de 1966 de J. A. L. Pavitt, qui fut pendant plusieurs années directeur des affaires maritimes de Singapour, selon laquelle Pedra Branca/Pulau Batu Puteh n'appartenait pas à cette dernière (J. A. L. Pavitt, *The First Pharos of the Eastern Seas: Horsburgh Lighthouse*). En revanche, la Cour juge que «n'est pas sans intérêt» le fait que la Malaisie ait présenté le phare Horsburgh comme une «station de Singapour» dans deux rapports météorologiques. De l'explication de la Malaisie — à savoir qu'elle y figurait en tant que simple station pluviométrique singapourienne —, il n'est fait aucun cas. Enfin, la Cour note en passant seulement, et sans commentaire, que Singapour ne présente Pedra Branca/Pulau Batu Puteh comme singapourienne dans aucune des cartes qu'elle a publiées entre 1847 et 1995.

22. La Cour use de deux poids deux mesures dans la manière dont elle traite le fait que Singapour a arboré sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh son pavillon plutôt que son drapeau national. Elle reconnaît que le déploiement d'un pavillon «n'est habituellement pas une manifestation de souveraineté» (arrêt, par. 246), mais estime que milite contre la thèse de la Malaisie le fait que celle-ci n'ait pas protesté contre le déploiement du pavillon sur l'île inhabitée de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh alors qu'elle avait élevé des objections lorsqu'un tel pavillon avait été hissé sur l'île — plus grande et habitée — de Pulau Pisang. Selon moi, la Cour aurait dû au contraire juger que militait contre la thèse de Singapour le fait que celle-ci n'ait pas arboré son drapeau national sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Qu'elle ne l'ait pas arboré est on ne peut plus éloquent, puisqu'il en ressort clairement que Singapour n'a jamais considéré (ou n'a, à tout le moins, jamais estimé certain) qu'elle détenait la souveraineté sur l'île et n'était, dès lors, pas disposée à se livrer à la manifestation publique d'affirmation de la souveraineté inévitablement associée au déploiement du drapeau national.

23. Les activités de la Malaisie sont considérées sous un jour moins complaisant. Le fait que des navires malaisiens et singapouriens aient patrouillé conjointement dans les eaux voisines de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh est jugé sans importance. Aucun poids n'est accordé à une lettre de 1968 du chef de la marine malaisienne indiquant que les eaux territoriales de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh faisaient partie de la mer territoriale malaisienne, au motif que cette lettre ne fut pas rendue publique

(argument qui aurait pu être recevable si la Cour ne s'était montrée autrement généreuse dans l'importance accordée à l'installation secrète de matériel militaire par Singapour et à son projet de récupération de terres : voir paragraphe 21 ci-dessus). Aucun effet juridique n'est associé à l'accord pétrolier conclu en 1968 par le Gouvernement malaisien avec la Continental Oil Company of Malaysia, qui autorisait celle-ci à mener des activités d'exploration pétrolière aux alentours de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. La Cour, à cet égard, aurait pu prendre note de la sensibilité manifestée par les Etats en matière d'exploration pétrolière et du fait que cet accord a dû être porté à l'attention de Singapour — de sorte qu'une réaction de sa part semblait s'imposer. Il n'est accordé aucun poids à l'ordonnance de 1969 de la Malaisie sur sa mer territoriale au motif qu'elle ne mentionne pas expressément Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Une fois de plus, il aurait semblé naturel qu'un Etat entretenant, dans la région, des prétentions territoriales qu'il n'avait pas exprimées publiquement eût à tout le moins rappelé à la Malaisie son intérêt. Les accords conclus par la Malaisie avec l'Indonésie relativement à leur plateau continental et à leurs mers territoriales sont traités de la même façon, et le silence de Singapour n'est pas retenu contre elle, en dépit de l'intérêt manifeste qui était le sien s'agissant des revendications territoriales dans la région.

24. Le traitement réservé par la Cour aux cartes qui représentent Pedra Branca/Pulau Batu Puteh est extrêmement insatisfaisant. La Cour prête une importance considérable à six cartes malaisiennes qui semblent présenter Pedra Branca/Pulau Batu Puteh comme singapourienne, sans accorder l'attention qu'elle mérite à l'explication éminemment plausible de la Malaisie selon laquelle l'adjectif «singapourien» qualifiait, dans ce contexte, le phare Horsburgh seulement, et non pas l'île. (A ce stade, la Cour aurait également pu se poser la question de savoir si la décision prise par Singapour d'arborer le pavillon plutôt que son drapeau national corroborait d'une quelconque façon cette explication.) En revanche, la Cour écarte les documents cartographiques qui vont clairement dans le sens de la thèse malaisienne. Non seulement elle conteste l'importance de trois cartes publiées en 1926 et en 1932 par le géomètre général de la Fédération des Etats malais et des Etablissements des détroits, qui indiquent clairement (même si la Cour affirme seulement qu'elles «pourraient» indiquer) que l'île appartenait au Johor, mais elle ne prend pas même en compte d'autres cartes établies par le Johor et le Royaume-Uni, qui situent Pedra Branca/Pulau Batu Puteh en territoire malaisien.

APPRÉCIATION GLOBALE DES FAITS

25. Cette affaire recouvre un différend entre deux nations amies, longtemps soumises, l'une comme l'autre, à l'autorité ou à l'influence britanniques, et dont l'amitié et les liens constitutionnels étroits sont l'une des causes du présent litige. Cette amitié a permis à la question de la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh de passer quasiment inaper-

que pendant cent trente ans. Pour aborder ce différend, il est essentiel de tenir compte de ces circonstances politiques et historiques.

26. Avant 1980, la question du statut de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh ne s'était pas sérieusement posée. La Malaisie pensait que l'île lui appartenait et, quelque temps après la construction du phare Horsburgh, Singapour pensait, de même, que l'île lui appartenait. L'une et l'autre eurent toutefois la sagesse de laisser prévaloir sur des prétentions territoriales l'intérêt primordial de la sécurité de la navigation dans le détroit de Singapour. La correspondance de 1953 ne perturba pas leurs relations. Informée par le Johor que celui-ci ne revendiquait pas la « propriété » (quoi que l'on entende par là) de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Singapour se garda de porter cette information à la connaissance de tierces parties. Elle-même n'en tira matière à aucune initiative. Au contraire, les deux Parties la reléguèrent dans leurs archives. Peut-être agirent-elles ainsi pour éviter, dans le contexte du « nouveau » droit de la mer affirmé dans l'affaire des *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)* (arrêt, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116), l'apparition de différends maritimes dans la région. Singapour ne souhaitait peut-être pas compromettre les bonnes relations qu'elle entretenait avec le Johor en sollicitant des éclaircissements sur la lettre de 1953 du secrétaire d'Etat par intérim. Quelle que fût la raison de ce comportement, ou de cette inaction, aucune mesure ne fut prise et les Parties continuèrent de se conduire comme elles le faisaient avant 1953.

27. Singapour continua ainsi de se comporter comme un exploitant de phare n'ayant aucun compte à rendre à la Malaisie. Si elle s'estimait titulaire de la souveraineté, elle prenait soin de n'en pas faire étalage. Elle ne chercha en rien à faire savoir qu'elle s'estimait détentrice de la souveraineté. Elle arbora sur l'île le pavillon plutôt que son drapeau national. Elle accepta que la Malaisie effectue dans ses parages des patrouilles navales. Elle y installa furtivement du matériel de communication militaire. Elle ne mit pas en œuvre les projets de récupération de terres qu'elle avait conçus. Elle ne chercha aucunement, dans ses publications officielles, à présenter l'île comme singapourienne. Elle ne publia aucune carte l'incluant dans son territoire. Elle se garda de rappeler à la Malaisie, lorsque celle-ci conclut un accord pétrolier (1968), prit une ordonnance concernant sa mer territoriale (1969) et conclut avec l'Indonésie un accord relatif au plateau continental et à leurs mers territoriales, qu'elle avait un intérêt à l'égard du plateau continental ou de la mer territoriale de l'île. Elle ne souleva aucune objection à des cartes qui faisaient apparaître Pedra Branca/Pulau Batu Puteh en territoire malaisien. Enfin, elle s'abstint de revendiquer l'île dans l'accord de 1973 relatif à la mer territoriale qu'elle conclut avec l'Indonésie.

28. La Malaisie, de même, continua de se comporter comme un bailleur n'attendant pas de son preneur qu'il lui rende des comptes. Elle ne protesta pas contre les activités menées par Singapour sur l'île, même quand elles outrepassaient les attributions d'un exploitant de phare. Elle accepta l'obligation d'obtenir l'autorisation de son preneur pour effectuer des visites sur l'île. Elle ne s'opposa pas à ce que la marine de Singapour

patrouille au voisinage de celle-ci. Elle n'objecta pas à ce que Singapour arbore le pavillon, quand bien même elle avait protesté dans le cas de Pulau Pisang. Elle reconnut que Singapour contrôlait l'île sur ses six fameuses cartes. En revanche, dans une rare manifestation de souveraineté, elle s'abstint de consulter Singapour lorsqu'elle conclut un accord pétrolier concernant le plateau continental, promulgua une ordonnance relative à sa mer territoriale et conclut avec l'Indonésie un accord de délimitation du plateau continental et des mers territoriales.

29. Ce n'est qu'en 1980 que les Parties se rendirent compte qu'un différend les opposait. Mais, même alors, leurs relations demeurèrent amicales. Toutes deux revendiquèrent le titre originaire sur l'île, Singapour s'abstenant poliment d'affirmer qu'elle avait acquis le titre par prescription, peut-être parce qu'elle ne voulait pas donner à penser que, des années durant, sa possession de l'île avait été de mauvaise foi.

APPRÉCIATION JURIDIQUE

30. Ainsi que je l'ai indiqué au paragraphe 2, j'ai peine à bien saisir le fondement sur lequel repose l'arrêt de la Cour. Dans l'exposé des motifs de sa décision, la Cour mentionne les notions de comportement, d'acquiescement, d'accord tacite et d'abandon du titre (voir arrêt, par. 120-121, 162, 203, 223-224, 230 et 275). Toutefois, elle n'explique pas comment la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh est passée du Johor/de la Malaisie à Singapour au regard des règles traditionnelles ou admises régissant l'acquisition d'un titre territorial. En particulier, elle ne répond pas à la question de savoir s'il y avait de la part de Singapour «une manifestation intentionnelle de pouvoir et d'autorité» sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh «par l'exercice continu et pacifique de la compétence et des attributs de la puissance publique» — formulation censée refléter le «droit international moderne de l'acquisition (ou de l'attribution) d'un territoire», aux termes de la sentence rendue en 1998 par le tribunal arbitral dans la première étape de la procédure en l'affaire *Erythréel/Yémen (Souveraineté territoriale et champ du différend, Permanent Court of Arbitration Award Series, T.M.C. Asser Press, 2005, p. 357, par. 239)*. Pour déterminer si l'arrêt de la Cour est fondé en droit, le plus judicieux serait, semble-t-il, d'examiner la question au regard des bases admises, ou à tout le moins connues, d'acquisition d'un titre territorial généralement avancées, puis d'apprécier, à la lumière des faits de l'affaire, celles qui semblent l'avoir été ici par la Cour.

31. A première vue, la prétention de Singapour semble à s'y méprendre être fondée sur la prescription. La Malaisie détient le titre originaire, mais Singapour affirme avoir été en possession de l'île pendant cent trente ans et avoir accompli à son égard des actes à titre souverain, paisiblement et sans interruption. Curieusement, Singapour a toutefois choisi de ne pas invoquer ce concept. Elle a indiqué à plusieurs reprises que «la notion de prescription ... n'a[vait] aucun rôle à jouer en l'espèce» (CR 2007/22, p. 29, par. 69), soutenant qu'elle

«se fond[ait] sur sa conduite postérieure à 1851 dans le but non d'établir un titre juridique sur le territoire en litige — titre qui était déjà établi en 1851 —, mais de démontrer que ce dernier a[vait] été préservé et confirmé par une série d'activités concrètes sur le terrain pendant plus de cent cinquante ans» (CR 2007/22, p. 28, par. 66).

La Malaisie admet que «la notion de prescription ... n'a aucun rôle à jouer en l'espèce» (CR 2007/26, p. 35, par. 1).

32. L'on ignore pourquoi Singapour a choisi de ne pas développer un argument aussi évident, fût-ce uniquement à titre subsidiaire. Et, avec le recul (encore que la Cour ait dû saisir d'emblée que la question de la prescription se poserait sous une forme ou sous une autre), il est dommage que la Cour n'ait pas prié les Parties de lui faire part de leurs vues sur cette question.

33. La prescription est un concept dont le contenu n'est pas clair en droit international. Selon R. Y. Jennings, il s'agit d'une notion hétéroclite qui recouvre «à la fois une possession dont l'origine est incertaine ou contestée, et une possession de mauvaise foi dont l'origine est évidemment illicite» (R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law*, 1963, p. 23). Dans l'affaire de l'*Ile de Kasikilil/Sedudu* (*Botswana/Namibie*) (arrêt, *C.I.J. Recueil 1999 (II)*, p. 1103, par. 94, et p. 1105, par. 97), la Cour a admis que, pour qu'une demande puisse être adjugée au titre de la prescription, il devait avoir été démontré que la possession était exercée à titre de souverain, que cette possession était paisible et interrompue, était publique et s'était prolongée pendant un certain temps (voir également D. H. N. Johnson, «Acquisitive Prescription in International Law», *British Year Book of International Law*, vol. 27, 1950, p. 344-348). Que la possession soit publique est une condition essentielle en matière de prescription. Selon Malcolm Shaw, elle doit l'être «afin que tous les Etats concernés puissent en être informés» (*International Law*, 5^e éd. 2003, p. 427). Le juge Max Huber avait lui aussi parfaitement conscience de cette exigence, qui soulignait à plusieurs reprises, dans la sentence rendue en l'affaire de l'*Ile de Palmas* (*Pays-Bas/Etats-Unis d'Amérique*) (sentence, 4 avril 1928, *RGDIP*, t. XLII, 1935, p. 166 [traduction française]), la nécessité d'une *manifestation* («display») «continu[e] et pacifique des fonctions étatiques» aux fins d'établir le titre. Singapour n'ayant pas expressément ni publiquement fait valoir sa revendication de souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh et ayant, en particulier, manqué — ou refusé — de rendre publique la réponse du Johor à sa lettre de 1953, il est éminemment improbable qu'elle eût pu se voir adjuger une demande fondée sur la prescription — eût-elle choisi d'avancer cet argument. De fait, la Cour s'est soigneusement gardée de donner à entendre que son arrêt reposait sur cette notion.

34. Autre motif avancé par Singapour, que la Cour aurait pu invoquer pour fonder sa décision: l'*estoppel*, terme

«utilisé pour désigner un principe juridique ayant pour effet d'empêcher une partie de nier devant un tribunal la véracité d'une déclara-

tion factuelle adressée par elle à une autre partie, sur le fondement de laquelle cette autre partie a agi d'une manière qui lui était préjudiciable» (I. Sinclair, «Estoppel and Acquiescence», dans V. Lowe et M. Fitzmaurice (sous la dir. de), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, 1996, p. 105).

Après tout, les notions d'*estoppel* et d'acquiescement sont étroitement liées et cette dernière est mentionnée dans l'arrêt de la Cour. Toutefois, la Cour se refuse à bon droit à faire reposer sur l'*estoppel* l'acquisition du titre, arguant que rien ne prouve que Singapour ait pris la moindre mesure sur le fondement de la lettre du Johor de 1953.

35. La Cour rejette aussi à bon droit toute suggestion que la lettre de 1953 pourrait être interprétée comme portant cession de l'île du Johor à Singapour, en lui déniait «un caractère constitutif au sens où elle aurait eu pour [le Johor] un effet juridique décisif» (arrêt, par. 227). L'argument de Singapour assimilant la lettre de 1953 à un engagement obligatoire est de même écarté, au motif que la déclaration du Johor «ne répondait pas à une revendication de Singapour ni ne s'inscrivait dans le cadre d'un différend entre les Parties» mais n'était qu'une réponse à une demande de renseignements (*ibid.*, par. 229). La consolidation historique du titre n'a été envisagée ni par Singapour ni par la Cour comme base possible d'acquisition du titre, sans doute en raison des doutes récemment émis par la Cour à l'égard de ce mode d'acquisition en l'affaire relative à la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))* (arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 352).

36. Reste, pour fonder l'arrêt de la Cour, l'accord tacite, quelque forme d'acquiescement au titre singapourien ou l'abandon du titre. Si la Cour mentionne l'abandon du titre comme l'un des effets possibles du comportement des Parties (arrêt, par. 122), elle ne le met pas en avant en tant que base distincte d'acquisition du titre. Elle fait là preuve de sagesse, puisque «rares en sont de fait les exemples» (G. Marston, «The British Acquisition of the Nicobar Islands, 1869; A Possible Example of Abandonment of Territorial Sovereignty», *British Year Book of International Law*, vol. 69, 1998, p. 262), l'intention d'abandonner le titre devant en outre être manifeste. Or, il ne semble pas que la lettre de 1953 du Johor réponde à ce critère.

37. La Cour emploie une terminologie variable pour désigner ce qu'elle juge être un «accord tacite» entre le Johor/la Malaisie et Singapour quant au changement du titulaire de la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Dans un premier passage de son arrêt, elle prévient, probablement eu égard à la correspondance de 1953, qu'un changement de cette nature peut résulter d'un accord «tacite» découlant du comportement des Parties (arrêt, par. 120). Plus loin, elle emploie les expressions «évolution des vues» (*ibid.*, par. 162) ou «vues partagées par les Parties» (*ibid.*, par. 224). A propos de la souveraineté à l'égard de Pedra Branca/

Pulau Batu Puteh, la Cour conclut, au vu notamment de la correspondance de 1953, que les faits pertinents, dont le comportement des Parties, «témoignent d'une évolution convergente des positions de celles-ci concernant le titre sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh» ayant abouti à un changement du titulaire de la souveraineté sur l'île (arrêt, par. 276). Cette «évolution des vues» partagées par les Parties et l'«évolution convergente» de leurs positions attestée par leur comportement ne peuvent être interprétées comme signifiant autre chose qu'un accord tacite entre les Parties découlant de leur conduite.

38. Les accords implicites ou tacites doivent être abordés avec beaucoup de prudence. Un accord *informel* est très différent d'un accord *implicite*. Dans le premier cas, l'intention des parties de conclure un accord et les termes de celui-ci sont clairs, mais les parties conviennent de se dispenser des formalités parfois requises s'agissant d'un accord ou d'un traité (voir affaire du *Temple de Préah Vihear, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1961*, p. 31). Dans le second cas, tant l'intention que les termes de l'accord se déduisent de la conduite des parties. Il ne s'ensuit pas pour autant que l'exigence fondamentale en matière de traités et d'accords — à savoir l'existence d'une convergence des volontés des parties ou d'une communauté de pensée entre elles — doive de quelque façon être assouplie: un accord tacite demeure un accord, quand bien même il n'est pas couvert par la définition restrictive du traité énoncée à l'alinéa *a*) de l'article 2 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Si la preuve de l'existence d'un traité régit par cette convention réside dans le texte de celui-ci, l'existence d'un accord tacite doit pouvoir se déduire de la conduite des parties; or, dans ce cas de figure, ses manifestations seront moins claires. Aussi l'intention des parties doit-elle être patente; leur comportement constitutif d'un accord ne doit laisser aucune place au doute. Inévitablement, l'existence des accords tacites est difficile à établir. C'est probablement la raison pour laquelle, bien que ces accords soient visés à l'alinéa *b*) de l'article 3 de la convention de Vienne sur le droit des traités (le commentaire qui lui est consacré en fait expressément mention), rares sont les textes qui leur sont consacrés. C'est également pourquoi la pratique des Etats en la matière est peu fournie et pourquoi les instances judiciaires ont, à l'égard de ces accords, fait preuve d'une telle circonspection. Ainsi, en l'affaire relative aux *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 176), la Cour a-t-elle rejeté l'argument selon lequel la «conduite prolongée» des Parties sous forme d'«usage et [de] tolérance» pouvait constituer un accord obligatoire (*ibid.*, p. 200-202 lues conjointement avec l'opinion dissidente, p. 219-220).

39. L'existence d'un accord tacite doit donc être solidement établie. La Cour le reconnaît, lorsqu'elle affirme que «tout changement du titulaire de la souveraineté territoriale fondé sur le comportement des Parties ... doit se manifester clairement et de manière dépourvue d'ambiguïté au travers de ce comportement et des faits pertinents» (arrêt, par. 122). Cette affirmation cadre avec la règle fondamentale selon laquelle des limi-

tations de l'indépendance des Etats ne se présument pas (affaire du «*Lotus*», arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10, p. 18). A la lumière de ces principes, il m'est difficile d'admettre que la correspondance de 1953, entourée qu'elle est d'incertitude et d'ambiguïté (voir paragraphes 8-19 ci-dessus), ou la conduite équivoque des Parties pendant la période allant de 1953 à 1980 (voir paragraphes 20-28 ci-dessus) puissent être réputées valoir accord ou communauté de vues tacites.

40. La souveraineté sur un territoire peut passer à un autre Etat, dit la Cour, par suite de «l'absence de réaction de celui qui la détenait face au comportement d[un] autre Etat agissant à titre de souverain» (arrêt, par. 121). Dans pareil cas, poursuit-elle, «[l']absence de réaction peut tout à fait valoir acquiescement» (*ibid.*), ce qui, pour reprendre la formule employée par elle dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/Etats-Unis d'Amérique)*, «équival[aut] à une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement» (arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 305, par. 130). La Cour, une fois de plus, ne mentionne pas expressément l'acquiescement au sujet du changement du titulaire de la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, préférant fonder sa décision sur une évolution des vues partagées par les Parties valant accord tacite. L'acquiescement semble néanmoins entrer en ligne de compte dans sa décision.

41. Dans la plupart des cas, l'acquiescement est rattaché à l'*estoppel* ou à la prescription, mais, ici, il est associé à l'accord tacite, suivant une démarche très comparable à celle adoptée par la Cour en l'affaire du *Dif-férend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant))* (arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 577, par. 364). De même que l'accord tacite, l'acquiescement doit être interprété de façon restrictive. Ainsi I. C. MacGibbon écrivait-il ceci :

«La raison pour laquelle la circonspection est de mise s'agissant de déduire le consentement d'un Etat de son inaction est qu'il faut s'assurer que cet acquiescement correspond exactement à l'intention implicite de cet Etat, et limiter la portée de l'acquiescement aux revendications qui ont été formulées de façon telle que ledit Etat en a eu ou aurait dû en avoir connaissance.» (I. C. MacGibbon, «The Scope of Acquiescence in International Law», *British Year Book of International Law*, vol. 31, 1954, p. 169.)

Comme on l'a montré ci-dessus (voir paragraphes 8-18), la correspondance de 1953 s'accompagne de tant d'incertitudes que l'on ne saurait affirmer que la revendication à laquelle le Johor/la Malaisie est censé(e) avoir acquiescé avait été formulée d'une manière suffisamment claire pour permettre à la Cour de conclure que cet Etat a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de la prétention qu'avance maintenant Singapour. En outre, l'on peut difficilement soutenir que la Malaisie a acquiescé à une revendication fondée sur une lettre que Singapour s'était soigneuse-

ment et délibérément gardée de rendre publique entre 1953 et 1980. L'acquiescement appelle à n'en pas douter, de la part de l'Etat auquel il est prêté, une conduite cohérente à l'égard de la revendication avancée. Quelque interprétation que l'on donne des faits intervenus entre 1953 et 1980 (voir paragraphes 20-28 ci-dessus), l'on ne saurait prétendre qu'ils attestent, de la part de la Malaisie, un comportement dénotant en tout temps l'acquiescement. Ces faits sont pour le moins équivoques. L'on peut voir dans certaines des activités de la Malaisie — notamment la lettre de 1953 et les six cartes qui présentent l'île (ou le phare construit sur l'île?) comme appartenant à Singapour — un acquiescement à la revendication singapourienne. Mais, ainsi que démontré ci-dessus, des explications peuvent être avancées qui permettent de ne pas leur prêter valeur d'acquiescement. En outre, certaines de ces activités démentent la thèse de l'acquiescement: c'est notamment le cas de l'accord pétrolier de 1968, de l'ordonnance de 1969 sur la mer territoriale et des accords relatifs au plateau continental et à la mer territoriale conclus en 1969 et 1970 par la Malaisie avec l'Indonésie, ainsi que de certaines cartes faisant apparaître Pedra Branca/Pulau Batu Puteh en territoire malaisien. Si Singapour avait publié la lettre de 1953 sans provoquer de réaction de la Malaisie, la Cour aurait été fondée à conclure à un acquiescement. Mais, bien sûr, Singapour n'en a rien fait. A quelques petites exceptions près, les activités de la Malaisie cadrent donc avec le comportement d'un Etat convaincu d'en avoir autorisé un autre auquel il avait permis d'exploiter un phare sur une île lui appartenant à continuer d'exploiter ce phare. Il est, dans de telles circonstances, impossible de conclure à un acquiescement de la part de la Malaisie à la revendication singapourienne de souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.

42. Le tribunal constitué en l'affaire *Erythréel/Yémen*, dans sa sentence de 1998, a déclaré ceci:

«Le droit international moderne de l'acquisition (ou de l'attribution) d'un territoire requiert de manière générale: une manifestation intentionnelle de pouvoir et d'autorité sur le territoire, par l'exercice continu et pacifique de la compétence et des attributs de la puissance publique.» (*Erythréel/Yémen, souveraineté territoriale et champ du différend, Permanent Court of Arbitration Award Series, T.M.C. Asser Press, 2005, p. 357, par. 239.*)

Cette formulation mérite qu'on s'y arrête en détail pour deux raisons. D'abord, parce qu'elle incarne le courant du droit international né de la décision, qui a fait date, rendue par Max Huber en l'affaire de l'*Ile de Palmas (Pays-Bas/Etats-Unis d'Amérique)* (sentence, 4 avril 1928, *RGDIP*, t. XLII, 1935, p. 200 [traduction française]). Ensuite, parce qu'elle fut énoncée par un tribunal formé de deux anciens présidents de la Cour internationale de Justice (sir Robert Y. Jennings et Stephen M. Schwebel), le président de la Cour (Rosalyn Higgins) et deux praticiens du droit international émérites et renommés (Ahmed Sadek El-Koshery et Keith Highet). Selon moi, cette formulation du droit de

l'acquisition d'un territoire doit régir l'ensemble des modes d'acquisition de titre territorial fondée sur le contrôle effectif du territoire pendant une longue période de temps — dont la prescription, l'*estoppel*, l'abandon du titre par son précédent détenteur, l'acquiescement et l'accord tacite attesté par la conduite. En d'autres termes, les notions mises en avant par la Cour en la présente espèce — évolution des vues partagées par les Parties, accord tacite ou acquiescement attesté par la conduite — doivent, pour satisfaire aux critères requis en droit, avoir pris la forme d'une manifestation intentionnelle, de la part de Singapour, de son pouvoir et de son autorité sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, par l'exercice continu et pacifique des attributs de la puissance publique. Or, apporter la preuve d'une manifestation intentionnelle de pouvoir et d'autorité ne se résume pas, pour un Etat, à démontrer une intention d'agir à titre de souverain. L'Etat doit en outre manifester cette intention publiquement, afin de porter sa prétention à la connaissance tant de l'ancien titulaire du titre, supplanté, que des Etats tiers de la région. Au vu des incertitudes entourant la lettre de 1953, du fait que Singapour n'a pas rendu publique la prétendue renonciation du Johor à son titre et du comportement équivoque des deux Etats dans la période allant de 1953 à 1980, l'on ne peut sérieusement prétendre que Singapour ait *intentionnellement* manifesté son pouvoir et son autorité sur le territoire par l'exercice de la compétence et d'attributs de la puissance publique. Après tout, comme le reconnaît la Cour, nombre, sinon la totalité, des activités de Singapour correspondaient très exactement à celles d'un gardien de phare agissant en vertu d'une concession ou d'un bail perpétuels. Si son intention était effectivement de manifester son pouvoir et son autorité sur l'île, Singapour procéda assurément de manière furtive, sans dévoiler au monde extérieur — Malaisie comprise — cette intention. Elle ne publia pas la lettre de 1953, ne revendiqua pas les eaux territoriales entourant l'île, n'arbora pas son drapeau national mais son pavillon, ne revendiqua pas l'île dans ses cartes et publications officielles, y installa du matériel militaire subrepticement et abandonna des projets de récupération de terres qu'elle s'était, du reste, gardée de rendre publics. Pis encore, Singapour n'exprima pas le moindre intérêt à l'égard des projets de la Malaisie tendant à exploiter le plateau continental et à revendiquer les eaux au voisinage de l'île. Répétons-le, il n'y eut pas de manifestation *intentionnelle* de pouvoir et d'autorité sur l'île dont des Etats tiers ou la Malaisie eussent pu avoir connaissance. Certes, Singapour exerça sa compétence de manière continue et pacifique, mais elle le fit en tant qu'exploitant du phare, et non à titre de souverain manifestant intentionnellement son pouvoir et son autorité sur l'île.

43. A mon sens, la conclusion selon laquelle la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh était passée à Singapour ne trouve appui, pour les raisons avancées ci-dessus, ni dans les faits ni dans le droit. J'en déduis que la Malaisie a conservé le titre originaire sur l'île.

44. Je considère que tant Middle Rocks que South Ledge relèvent de la souveraineté malaisienne — Middle Rocks en vertu du titre originaire,

South Ledge en tant que haut-fond découvrant situé dans la mer territoriale de Middle Rocks.

45. La Cour n'est pas liée, lorsqu'elle rend sa décision, par les conclusions que lui soumettent les conseils représentant les parties. Il lui est loisible, dès lors qu'elle juge pouvoir fonder sa décision sur une base plus solide que celle alléguée par les parties, d'avancer de son chef ses propres raisons. En la présente espèce, les Parties n'ont pas directement formulé de conclusions ou d'arguments qui pourraient toucher aux notions sur lesquelles la Cour s'est ensuite fondée pour conclure à un changement du titulaire de la souveraineté — accord tacite, évolution des vues partagées par les Parties et acquiescement attesté par leur conduite. Si elles ne l'ont pas fait, c'est principalement parce que Singapour, en soutenant que Pedra Branca/Pulau Batu Puteh était *terra nullius* en 1847, a essentiellement exclu tout argument fondé sur le contrôle de l'île et la conduite des Parties. Les Parties ont bien, néanmoins, débattu de questions connexes, comme le relève la Cour au paragraphe 124; mais il aurait été utile pour celle-ci qu'elles présentent des conclusions et des arguments sur les moyens juridiques mêmes qu'elle a finalement retenus. Malheureusement, sans doute parce qu'elle n'a pas coutume de trop questionner les parties ni de s'immiscer dans la présentation de leur argumentation, la Cour n'a nullement cherché à s'enquérir des vues des Parties sur des notions qui allaient motiver son raisonnement. Que la Cour se soit abstenue de leur faire savoir sous une forme ou sous une autre quelles étaient les questions auxquelles elle prêtait une importance cruciale n'a pas nécessairement contribué à une bonne administration de la justice.

(Signé) John DUGARD.