

SEPARATE OPINION OF JUDGE YUSUF

I agree with the Court's findings — I disagree with the continued use of colonial concepts and terminology — A recurrent problem in the Court's jurisprudence regarding intra-African territorial and maritime delimitations — High time the Court set aside the use of nineteenth-century colonial law and colonial terminologies — Obsolete doctrines left over from the nineteenth-century Jus Publicum Europaeum, in particular those relating to colonial occupation and acquisition of territory — Doctrines sometimes invoked also by African States and their counsel — No need to resort to acquisitive prescription in the Judgment — Use of such concepts tantamount to their legitimation in the twenty-first century — Reliance on the 1900 Convention would be enough — Maritime features recognized by both colonial Powers as dependencies of Corisco Island — The Court could have avoided the legal relay between colonial law and contemporary international law.

I. INTRODUCTION

1. I agree with the findings of the Court regarding the request submitted to it by the Parties under Article 1 of their Special Agreement. I disagree, however, with the outdated terminology and colonial concepts that the Court continues to use with respect to intra-African territorial and maritime delimitations. I think it is high time that the Court set aside in its judgments on territorial disputes between African States the use of colonial law, colonial terminologies, and the legal concepts and rules attaining to it which were elaborated in the nineteenth century under the Public Law of Europe (*Jus Publicum Europaeum*), which some European scholars referred to as “international law”, but was a law applied only among a self-styled club of so-called “civilized nations”. I also disagree with the reasoning of the Court as regards the three maritime features in dispute between the Parties; a reasoning which, in my view, is partly based on one of the outdated and obsolete principles of the nineteenth-century *Jus Publicum Europaeum* designed for the legal justification of colonial conquest and occupation of other countries, namely “acquisitive prescription”.

2. I will first address the broader issues relating to the continued use by the Court, and sometimes by the African States themselves and their counsel, of

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE YUSUF

[Traduction]

*Accord avec les conclusions de la Cour — Désaccord avec le recours persistant à des concepts et termes coloniaux — Problème récurrent dans la jurisprudence de la Cour relative à des délimitations territoriales et maritimes intra-africaines — Temps étant largement venu pour la Cour de renoncer à citer le droit colonial et la terminologie coloniale du XIX^e siècle — Obsolescence des doctrines héritées du *jus publicum europaeum* du XIX^e siècle, en particulier celles qui se rapportent à l'occupation coloniale et à l'acquisition de territoire — Doctrines parfois invoquées par les États d'Afrique et leurs conseils eux-mêmes — Nul besoin de recourir à la prescription acquisitive dans l'arrêt — Emploi de ces concepts revenant à les légitimer au XXI^e siècle — Recours à la convention de 1900 étant suffisant en soi — Formations maritimes ayant été reconnues par les deux puissances coloniales comme des dépendances de l'île Corisco — Occasion manquée pour la Cour de rompre le relais juridique entre droit colonial et droit international contemporain.*

I. INTRODUCTION

1. Je suis d'accord avec les conclusions de la Cour concernant la demande que lui ont soumise les Parties en application de l'article premier de leur compromis. En revanche, je ne suis pas d'accord avec la terminologie et les concepts coloniaux dépassés que la Cour continue d'employer dans les délimitations territoriales et maritimes intra-africaines. Je considère qu'il est grand temps qu'elle renonce, dans ses arrêts sur des différends territoriaux entre États d'Afrique, à recourir au droit colonial, à la terminologie coloniale et aux concepts et règles juridiques connexes qui ont été élaborés au XIX^e siècle dans le cadre d'un droit public européen (*jus publicum europaeum*), que certains juristes européens qualifiaient de «droit international», alors qu'il ne s'appliquait qu'entre les membres d'un cercle auto-proclamé de prétendues «nations civilisées». Je ne suis pas d'accord non plus avec le raisonnement de la Cour concernant les trois formations maritimes litigieuses entre les Parties, car, selon moi, ce raisonnement s'appuie en partie sur l'un des principes dépassés et obsolètes du *jus publicum europaeum* du XIX^e siècle, celui de la «prescription acquisitive», conçu pour justifier en droit la conquête et l'occupation coloniales d'autres pays.

2. J'examinerai d'abord, dans les sections II et III ci-après, les problèmes d'ordre général que soulève l'emploi persistant par la Cour, et parfois par les

colonial-inspired or devised terminologies as well as notions and principles of colonial law, or the nineteenth-century Public Law of Europe which mainstreamed such notions and principles (Sections II and III below). I will then turn to the reasoning of the Court in the Judgment regarding the disputed maritime features of Mbaníé/Mbañe, Cocotiers/Cocoteros and Conga, which continues to perpetuate the Court's reliance on obsolete notions of acquisition of territory which were elaborated in the nineteenth century in support of the colonial enterprise (Section IV).

II. THE USE OF COLONIAL LANGUAGE AND COLONIAL LAW BY THE COURT

3. A note of concern regarding the Court's use of colonial law in African disputes was first expressed by Judge *ad hoc* Abi-Saab in 1986 in *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*. This was the first territorial dispute between two African States brought before the Court. It was entrusted to a Chamber of the Court chaired by Judge Bedjaoui and composed of Judges Lachs and Ruda and Judges *ad hoc* Luchaire and Abi-Saab. While examining the applicability of the French *droit d'outre-mer* to the determination of the frontier, the Chamber clarified its intention to deny any renvoi to colonial law:

“[I]nternational law *does not effect any renvoi to the law established by the colonizing State*, nor indeed to any legal rule unilaterally established by any State whatever; French law — especially legislation enacted by France for its colonies and *territoires d'outre-mer* — may play a role not in itself (as if there were a sort of *continuum juris*, a legal relay between such law and international law), but only as one *factual element* among others, or as evidence indicative of what has been called the ‘colonial heritage’, i.e., the ‘photograph of the territory’ at the critical date.”¹ (Emphasis added.)

Notwithstanding the above, colonial law was extensively used in this Judgment, and conclusions were reached by endorsing colonial notions and terminologies.

4. This was well captured by Judge *ad hoc* Abi-Saab in his separate opinion whereby he observed that the Chamber was led by the apparent relevance of colonial documents (i.e. Order 2728 AP and letter 191 CM2) into “*an excessively detailed analysis of French colonial law*” a task which [was] *not*, in [his] view, a fitting one for an international court and was

¹ *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 568, para. 30.

États d'Afrique et leurs conseils eux-mêmes, de termes d'inspiration ou de conception coloniale, et de notions et de principes empruntés au droit colonial, ou au droit public européen du XIX^e siècle qui les a généralisés. J'examinerai ensuite, dans la section IV, le raisonnement que suit la Cour sur la question des formations maritimes litigieuses de Mbanié/Mbañe, Cocotiers/Cocoteros et Conga, et dans lequel elle continue de s'appuyer sur des notions obsolètes d'acquisition de territoire élaborées au XIX^e siècle pour soutenir l'entreprise coloniale.

II. LE RECOURS PAR LA COUR À LA TERMINOLOGIE COLONIALE ET AU DROIT COLONIAL

3. C'est en 1986, dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, qu'un juge — le juge *ad hoc* Abi-Saab — a exprimé pour la première fois une préoccupation face au fait que la Cour s'appuyait sur le droit colonial dans des différends africains. Il s'agissait du premier différend territorial entre deux États d'Afrique dont la Cour ait été saisie. Il avait été confié à une chambre présidée par le juge Bedjaoui et composée des juges Lachs et Ruda, et des juges *ad hoc* Luchaire et Abi-Saab. Au sujet de l'application du droit d'outre-mer français à la détermination de la frontière, la chambre a précisé en ces termes qu'elle entendait refuser tout renvoi au droit colonial :

« [L]e droit international *ne fait* aucun renvoi au droit établi par un État colonisateur non plus qu'à aucune règle juridique établie unilatéralement par un État quelconque; le droit interne français (et plus particulièrement celui que la France a édicté pour ses colonies ou territoires d'outre-mer) peut intervenir, non en tant que tel (comme s'il y avait un *continuum juris*, un relais juridique entre ce droit et le droit international), mais seulement comme un *élément de fait*, parmi d'autres, ou comme moyen de preuve et de démonstration de ce qu'on a appelé le "legs colonial", c'est-à-dire de l'"instantané territorial" à la date critique. »¹ (Les italiques sont de moi.)

Nonobstant ce qui précède, le droit colonial a été largement utilisé dans l'arrêt en question, dont les conclusions reposent sur l'acceptation de notions et de termes coloniaux.

4. C'est ce qu'a bien vu le juge *ad hoc* Abi-Saab qui note, dans l'exposé de son opinion individuelle, que l'apparente pertinence de certains documents coloniaux (à savoir l'arrêté 2728 AP et la lettre 191 CM2) a amené la chambre à entreprendre « une analyse par trop détaillée du droit colonial français », une tâche qui, selon lui, « ne conv[enai]t guère à un organe juridictionnel

¹ *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 568, par. 30.

largely superfluous”². He then added: “Along that road there can therefore be no question of even circuitously finding in contemporary international law any *retroactive legitimation whatever of colonialism as an institution*.”³ This warning was never fully heeded. Colonial terminology and colonial law continued to be used by the Court in subsequent cases concerning African disputes even in the twenty-first century.

1. Colonial Terminology and Colonial Law

5. In respect of colonial terminology, one may find in the judgments of the Court expressions such as “territorial possessions” of a European power, or “German”, “British” or “French” territory describing African colonial territories, or “British” or “German” sovereignty. For instance, in *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, the Court stated that by Article 23 of the Treaty of Peace in 1947, “Italy renounced all *right and title to its territorial possessions in Africa*, i.e., Libya, Eritrea and Italian Somaliland. The final disposal of *these possessions* was to be determined jointly by the Governments of the Four Allied Powers”⁴. In the same Judgment, one may also find expressions such as “French Equatorial Africa” and “French West Africa” without any qualifications or explanation as to the origin or the use of such expressions, and without placing them in inverted commas to indicate that they were used by the colonial Powers. Likewise, in *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, the Court observed that in 1910, “negotiations took place between Germany and Great Britain concerning the boundary between their respective *possessions* in the area of the Caprivi Strip west of the intersection of the 18th parallel with the River Chobe”⁵.

6. With regard to colonial law, the Chamber in *Frontier Dispute (Benin/Niger)*, when examining the French President’s power and that of the French Governor-General before 1946 in relation to French colonies, stated that “the Chamber will first consider the various regulative or administrative acts invoked by the Parties; thus, pre-eminence is to be accorded to *legal title over effective possession as a basis of sovereignty*”⁶. But what kind of “legal title” did and can those European colonial claims create? And what

² *Ibid.*, separate opinion of Judge *ad hoc* Abi-Saab, p. 659, para. 3 (emphasis added).

³ *Ibid.*, p. 659, para. 4 (emphasis added).

⁴ *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 19, para. 34 (emphasis added).

⁵ *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1999 (II), p. 1076, para. 53 (emphasis added).

⁶ *Frontier Dispute (Benin/Niger)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 120, para. 47 (emphasis added), referring to *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, Judgment, I.C.J.

international et dont elle aurait pu faire l'économie dans une large mesure². Le juge *ad hoc* Abi-Saab ajoute ensuite : « *On ne saurait*, par conséquent, trouver par ce biais, en droit international contemporain — même de manière indirecte — *une quelconque légitimation rétroactive de l'institution coloniale*. »³ Cette mise en garde n'a jamais été pleinement suivie d'effet. La Cour a continué de recourir à la terminologie coloniale et au droit colonial dans des affaires ultérieures concernant des différends africains, y compris au XXI^e siècle.

1. Terminologie coloniale et droit colonial

5. En ce qui concerne la terminologie coloniale, on trouve dans les arrêts de la Cour des termes tels que « possessions territoriales » d'une puissance européenne ou territoire « allemand », « britannique » ou « français » pour décrire des territoires coloniaux africains, ou encore souveraineté « britannique » ou « allemande ». Dans l'affaire du *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, par exemple, la Cour relève que, par l'article 23 du traité de paix, en 1947, « l'Italie [a] renon[cé] à tous ses *droits et titres* sur ses *possessions territoriales en Afrique*, c'est-à-dire la Libye, l'Érythrée et la Somalie italienne, le sort définitif de *ces possessions* devant être déterminé d'un commun accord par les gouvernements des quatre puissances alliées »⁴. Dans le même arrêt, on trouve également des termes tels qu'« Afrique équatoriale française » et « Afrique occidentale française » employés sans aucune réserve ou explication de leur origine, ou de leur utilisation, et sans avoir été mis entre guillemets pour signaler que c'étaient les termes utilisés par les puissances coloniales. De même, dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, la Cour a rappelé que, en 1910, « des négociations furent engagées entre l'Allemagne et la Grande-Bretagne au sujet de la frontière entre leurs *possessions* respectives dans la région de la bande de Caprivi à l'ouest de l'intersection entre le 18^e parallèle et le Chobe »⁵.

6. En ce qui concerne le droit colonial, la chambre constituée pour connaître de l'affaire du *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, lorsqu'elle a examiné les compétences respectives du président de la République française et du gouverneur général français à l'égard des colonies françaises avant 1946, a déclaré qu'elle « commencera[it] par examiner les divers actes réglementaires ou administratifs invoqués par les Parties ; en effet, aux fins de l'*établissement de la souveraineté*, le *titre juridique* l'emporte sur la *possession effective* »⁶. Mais

² *Ibid.*, opinion individuelle du juge *ad hoc* Abi-Saab, p. 659, par. 3 (les italiques sont de moi).

³ *Ibid.*, p. 659, par. 4 (les italiques sont de moi).

⁴ *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 19, par. 34 (les italiques sont de moi).

⁵ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 1076, par. 53 (les italiques sont de moi).

⁶ *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 120, par. 47 (les italiques sont de moi), renvoyant à l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*,

kind of “basis of sovereignty” did and can the European colonial occupation provide?

7. In his dissenting opinion in *Frontier Dispute (Benin/Niger)*, the then Judge *ad hoc* Bennouna correctly pointed out that “[c]olonial law is *not* to be considered in itself as *basis of the territorial title*”, but rather “is simply ‘an element of fact’ — confirmation of the title promulgated by the colonial Power, and hence evidence of the colonial heritage”⁷. Eight years later, in *Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger)*, the Court decided to consider the 1927 *Arrêté*, issued by the Governor-General *ad interim* of the Colonies collectively referred to as “French West Africa”, as constituting “legal title” which “such an *effectivité* could not, in any event, have overridden”, and consequently intended to fix “the boundaries of the Colonies of Upper Volta and Niger”⁸.

8. Again, Judge Bennouna, who in the meantime had become a Member of the Court, recalled in a declaration the warning of Judge *ad hoc* Abi-Saab in 1986 and reflected more thoroughly on the role of the Court with respect to colonial law by observing, *inter alia*, that

“in this second decade of the twenty-first century, I cannot help but question the relevance of the task entrusted to it, namely that of drawing, or completing, the frontier between the two countries on the basis of

Reports 1986, pp. 586-587, para. 63. However, in the cited paragraph of *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, the term “colonial *effectivités*” was used and the Chamber simply referred to “the conduct of the administrative authorities as proof of the effective exercise of territorial jurisdiction in the region during the colonial period”. In fact, it was in a different place, namely page 566, paragraph 23, and in a different context, when explaining the meaning of the principle *uti possidetis juris* applied in Spanish America as well, that the Chamber discussed:

“The first aspect, emphasized by the Latin genitive *juris*, is found in the pre-eminence accorded to legal title over effective possession as a basis of sovereignty. Its purpose, at the time of the achievement of independence by the former Spanish colonies of America, was to scotch any designs which non-American colonizing powers might have on regions which had been assigned by the former metropolitan State to one division or another, but which were still uninhabited or unexplored. However, there is more to the principle of *uti possidetis* than this particular aspect. The essence of the principle lies in its primary aim of securing respect for the territorial boundaries at the moment when independence is achieved.”

⁷ *Frontier Dispute (Benin/Niger)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, dissenting opinion of Judge *ad hoc* Bennouna, p. 155, para. 14 (emphasis added).

⁸ *Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger)*, Judgment, I.C.J. Reports 2013, p. 59, para. 19 and p. 79, para. 79.

quelle sorte de «titre juridique» ces prétentions coloniales européennes créaient-elles et pourraient-elles créer? Et quelle sorte de fondement à l'«établissement de la souveraineté» l'occupation coloniale européenne offrait-elle et pourrait-elle offrir?

7. Dans l'exposé de son opinion dissidente qu'il a jointe à l'arrêt du *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, M. Bennouna, alors juge *ad hoc* en l'affaire, a souligné à juste titre que «[l]e droit colonial n'est pas pris en lui-même comme *fondement du titre territorial*, mais simplement comme "un élément de fait", une affirmation du titre édicté par le colonisateur et donc une preuve du legs colonial»⁷. Or, huit ans plus tard, dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, la Cour a décidé de considérer l'arrêté de 1927 pris par le gouverneur général par intérim des colonies désignées collectivement sous le nom d'«Afrique occidentale française» comme constituant un «titre juridique» sur lequel «une telle effectivité n'aurait pas pu, en tout état de cause, l'emporter» et qui avait pour objet de fixer «les limites des colonies de la Haute-Volta et du Niger»⁸.

8. Le juge Bennouna, devenu entre-temps membre de la Cour, a rappelé de nouveau, dans une déclaration jointe à l'arrêt en cette affaire, l'avertissement donné par le juge *ad hoc* Abi-Saab en 1986, et il a approfondi sa réflexion sur le rôle de la Cour par rapport au droit colonial en se posant notamment la question suivante :

«[J]e ne peux manquer de m'interroger, en cette seconde décennie du XXI^e siècle, sur la pertinence de la tâche qui ... a été confiée [à la Cour] de tracer la frontière entre les deux pays, ou de la compléter, en se

arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 586-587, par. 63. Cependant, dans le paragraphe de l'arrêt en l'affaire *Burkina Faso/République du Mali* auquel il est renvoyé, ce sont les termes d'«effectivités coloniales» qui sont utilisés, et la chambre y parle simplement du «comportement des autorités administratives en tant que preuve de l'exercice effectif de compétences territoriales dans la région pendant la période coloniale». C'est à un autre endroit de cet arrêt, à savoir au paragraphe 23 (p. 566), et dans un autre contexte, que la chambre, expliquant la signification du principe *uti possidetis juris* tel qu'il était appliqué en Amérique espagnole, dit ce qui suit :

«Le premier [des éléments composant le principe de l'*uti possidetis juris*], mis en relief par le génitif latin *juris*, accorde au titre juridique la prééminence sur la possession effective comme base de la souveraineté. Sa finalité, à l'époque de l'accession à l'indépendance des anciennes colonies espagnoles d'Amérique, était de priver d'effets les visées éventuelles de puissances colonisatrices non américaines sur des régions que l'ancienne métropole avait assignées à l'une ou à l'autre des circonscriptions et qui étaient demeurées non occupées ou inexplorées. Mais le principe de l'*uti possidetis* ne s'épuise pas dans l'élément particulier que l'on vient de décrire. Il en est un autre, à savoir que, sous son aspect essentiel, ce principe vise, avant tout, à assurer le respect des limites territoriales au moment de l'accession à l'indépendance.»

⁷ *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, opinion dissidente du juge *ad hoc* Bennouna, p. 155, par. 14 (les italiques sont de moi).

⁸ *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2013, p. 59, par. 19, et p. 79, par. 79.

an *Arrêté* of the Governor-General of French West Africa (FWA) dating from 1927”⁹.

In this context, he questioned whether the detailed analysis of “the relationship between a decree of the President of the French Republic and an *Arrêté* of the Governor-General of [‘French West Africa’], or the context of the apportionment of territories among French colonial districts” by the Court really avoided the “‘*continuum juris*, a legal relay’ between colonial law and international law”¹⁰.

9. The answer to Judge Bennouna’s question is a clear and simple “no”. It may indeed be observed that the persistent recourse to colonial language and to concepts of colonial law by the Court implies a legitimation and rehabilitation of colonial law, or the nineteenth-century Public Law of Europe, through which attempts were sometimes made to introduce the legal concepts used to justify the European colonial enterprise in Africa into the contemporary international legal system.

2. *Obsolete Theories on the Acquisition of Territory*

10. The Public Law of Europe enriched itself in the nineteenth century with all kinds of theories to justify imperial conquest and colonial occupation of territories in Africa. However, these were theories and concepts that were applicable amongst them and that were later partly codified at the Berlin Conference. Some of these theories and concepts are occasionally argued before the Court, particularly regarding decolonization or territorial delimitation among African States. One such theory that was presented to the Court in the 1970s in the *Western Sahara* case was that on the occupation of *terra nullius* that was extensively used by European colonial Powers with respect to the conquest of African territories. However, the Court strongly rejected this fundamental tenet of the *Jus Publicum Europaeum* as being applicable to the *Western Sahara* case in so far as “territories inhabited by tribes or peoples having a social and political organization were not regarded as *terrae nullius*”¹¹. For such territories, the Court stated, “the acquisition of sovereignty was not generally considered as effected unilaterally through ‘occupation’ of *terra nullius* by original title but through agreements concluded with local rulers [as derivative roots of title]”¹². However, the Court left open “the nature and legal value of agreements between a State and local chiefs” and hence the “legal character or the legality of the titles which led to Spain becoming the administering Power of Western Sahara”¹³.

⁹ *Ibid.*, declaration of Judge Bennouna, p. 94.

¹⁰ *Ibid.*, referring to *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 568, para. 30.

¹¹ *Western Sahara, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1975, p. 39, para. 80.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*, pp. 39-40, para. 82.

fondant sur un arrêté du gouverneur général de l'Afrique occidentale française (AOF) datant de 1927.»⁹

À ce propos, le juge Bennouna s'est demandé si l'analyse détaillée de « la relation entre un décret du président de la République française et un arrêté du gouverneur général de l'[Afrique occidentale française], ou [du] contexte de la répartition des territoires entre circonscriptions coloniales françaises », à laquelle avait procédé la Cour, évitait réellement « de faire du droit colonial un "*continuum juris*, un relais juridique" avec le droit international »¹⁰.

9. La réponse à l'interrogation du juge Bennouna est clairement et simplement « non ». On peut en effet observer que le recours persistant que fait la Cour à la terminologie coloniale et aux concepts du droit colonial implique une légitimation et une réhabilitation du droit colonial, ou du droit public européen du XIX^e siècle, au moyen desquelles on a parfois tenté d'introduire dans le système juridique international contemporain les concepts juridiques utilisés pour justifier l'entreprise coloniale européenne en Afrique.

2. Obsolescence des thèses concernant l'acquisition de territoire

10. Le droit public européen s'est enrichi au XIX^e siècle de toutes sortes de thèses censées justifier la conquête impériale et l'occupation coloniale de territoires en Afrique. Il ne s'agissait cependant que de thèses et concepts qui s'appliquaient entre États d'Europe et qui ont ensuite été partiellement codifiés par la conférence de Berlin. Certains sont parfois débattus devant la Cour, notamment dans des affaires relatives à la décolonisation ou concernant une délimitation territoriale entre États d'Afrique. L'une de ces thèses, qui fut défendue devant la Cour pendant les années 1970 dans la procédure relative au *Sahara occidental*, était celle de l'occupation d'une *terra nullius*, largement utilisée par les puissances coloniales européennes dans leur conquête de territoires africains. La Cour a vigoureusement rejeté l'idée que ce principe fondamental du *jus publicum europaeum* pût s'appliquer dans le cas du *Sahara occidental*, au motif que « les territoires habités par des tribus ou des peuples ayant une organisation sociale et politique n'étaient pas considérés comme *terra nullius* »¹¹. Elle a déclaré que « la souveraineté à leur égard ne pouvait s'acquérir unilatéralement par l'occupation de la *terra nullius* en tant que titre originaire, mais au moyen d'accords conclus avec des chefs locaux [ce qui constituait un mode d'acquisition dérivé] »¹². Cependant, la Cour ne s'est pas prononcée « au sujet de la nature et de la valeur juridique des accords conclus entre un État et des chefs locaux » et par conséquent « sur le caractère juridique ou la légalité des titres auxquels l'Espagne d[eva]it d'être devenue Puissance administrante au Sahara occidental »¹³.

⁹ *Ibid.*, déclaration du juge Bennouna, p. 94.

¹⁰ *Ibid.*, avec renvoi au *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 568, par. 30.

¹¹ *Sahara occidental*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975, p. 39, par. 80.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*, p. 39-40, par. 82.

11. The latter issue was revisited by the Court in *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*. In that case, one of the key issues was whether the treaties concluded in 1884 by Great Britain with the Kings and Chiefs of Opobo and the Kings and Chiefs of Old Calabar constituted a “Treaty of Protection” that, as argued by Nigeria, allowed Britain only to protect them from external aggression, or whether Britain was also entitled to cede the territory to any third State¹⁴. Instead of properly interpreting and applying the agreements between the African rulers and Britain, the Court chose to have recourse to one of the arbitral awards which applied colonial law and to the principles on acquisition of territory of the nineteenth-century *Jus Publicum Europaeum*, namely the *Island of Palmas* Award of 1928 and, quoting from it, found the contested agreements with local rulers “not an agreement between equals” but rather “a form of internal organisation of a colonial territory, on the basis of autonomy of the natives”¹⁵. This was pure and unadulterated colonial law received and applied by the Court on the basis of “intertemporal law”. According to the Court, “[e]ven if this mode of acquisition does not reflect current international law, the principle of intertemporal law requires that the legal consequences of the treaties concluded at that time in the Niger delta be given effect today, in the present dispute”¹⁶.

12. It is, however, difficult to understand how the Court could give effect, in 2002, to a treaty which it described as “not an agreement between equals” and which was based on a law that, as described by Max Huber in the *Island of Palmas* Award, did not recognize the African or Asian rulers as “members of the community of nations” amongst whom alone the law of nations he was describing applied at the time¹⁷. In other words, the Court was applying, on the basis of the “principle of intertemporal law”, to the African Chiefs and Kings who concluded those agreements with Britain, a law which did not

¹⁴ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 402, para. 201 and p. 404, para. 204.

¹⁵ *Ibid.*, p. 405, para. 205, referring to the *Island of Palmas* case (*Netherlands/United States of America*), Award of 4 April 1928, Reports of International Arbitral Awards (RIAA), Vol. II, pp. 858-859.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ According to the Award by Max Huber,

“[a]s regards contracts between a State or a Company such as the Dutch East India Company and native princes or chiefs of peoples not recognized as members of the community of nations, they are not, in the international law sense, treaties or conventions capable of creating rights and obligations such as may, in international law, arise out of treaties”, *Island of Palmas* case (*Netherlands/United States of America*), Award of 4 April 1928, RIAA, Vol. II, p. 858 (emphasis in the original).

11. La Cour est revenue sur cette dernière question dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenante))*. Dans cette instance, l'une des principales difficultés était de déterminer si les traités conclus en 1884 par la Grande-Bretagne avec les rois et chefs d'Opobo et les rois et chefs du Vieux-Calabar constituaient un « traité de protectorat » qui, comme le soutenait le Nigéria, n'autorisait la Grande-Bretagne qu'à protéger ces rois et chefs contre une agression extérieure, ou si la Grande-Bretagne était également habilitée à céder le territoire considéré à des États tiers¹⁴. Au lieu d'interpréter et d'appliquer correctement les accords conclus entre ces dirigeants africains et la Grande-Bretagne, la Cour a choisi de s'appuyer sur l'une des sentences arbitrales appliquant le droit colonial et les principes d'acquisition de territoire du *jus publicum europaeum* du XIX^e siècle, à savoir celle rendue en 1928 dans l'affaire de l'*Île de Palmas*, et, citant cette sentence, a considéré qu'« il n'y a [vait] pas là d'accord entre égaux ; c'[était] plutôt une forme d'organisation intérieure d'un territoire colonial, sur la base de l'autonomie des indigènes »¹⁵. C'était là du droit colonial pur et simple, reçu et appliqué par la Cour sur le fondement du « droit intertemporel ». Selon la Cour, en effet, « [m]ême si ce mode d'acquisition ne correspond pas au droit international actuel, le principe du droit intertemporel impose de donner effet aujourd'hui, dans la présente instance, aux conséquences juridiques des traités alors intervenus dans le delta du Niger »¹⁶.

12. Il est toutefois difficile de comprendre comment la Cour a pu donner effet en 2002 à un traité dont elle-même disait qu'il n'était pas un « accord entre égaux » et qui était basé sur un droit qui, comme l'a écrit Max Huber dans la sentence en l'affaire de l'*Île de Palmas*, ne reconnaissait pas les souverains d'Afrique ou d'Asie comme des « membres de la communauté des nations », entre lesquels seul s'appliquait à l'époque le droit des nations qu'il décrivait¹⁷. En d'autres termes, la Cour invoquait le « principe du droit intertemporel » pour appliquer aux rois et chefs africains qui avaient conclu

¹⁴ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenante))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 402, par. 201, et p. 404, par. 204.

¹⁵ *Ibid.*, p. 405, par. 205, avec renvoi à l'*Île de Palmas (Pays-Bas/États-Unis d'Amérique)*, sentence du 4 avril 1928, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales (RSA), vol. II, p. 858-859.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Selon la sentence arbitrale de Max Huber,

« [I]es contrats intervenus entre un État ou une Compagnie telle que la Compagnie néerlandaise des Indes orientales et des princes indigènes ou chefs de tribus non reconnus comme membres de la communauté des nations ne sont pas, au sens du droit international, des traités ou conventions susceptibles de créer des droits et des obligations de l'ordre de ceux qui, en droit international, naissent des traités », *Île de Palmas (Pays-Bas/États-Unis d'Amérique)*, sentence du 4 avril 1928, Nations Unies, RSA, vol. II, p. 858-859 ; traduction française : Ch. Rousseau, *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, t. XLII, 1935, p. 186-187 (les italiques sont dans l'original).

apply to them, but was reserved for application only among a self-styled club of so-called “civilized nations”, mostly in Europe.

13. In his separate opinion, Judge Al-Khasawneh questioned the Court’s approach:

“[I]f the Judgment is to constitute a legally and morally defensible scheme, it cannot merely content itself with a *formalistic appraisal of the issues* involved. Such issues include the *true scope of intertemporal law* and the extent to which it should be judged by *contemporary values* that the Court ought to foster; an ascertainment of State practice at the relevant time and the role of the Berlin Conference on West Africa of 1885; the question, whether that practice — assuming it permitted the acquisition of title in the so-called colonial protectorates — could be invoked in an African case when no African State had participated in the formation of such alleged practice; the relevance of the fundamental rule *pacta sunt servanda* on the passing of title and the normative value to be attached to the consistent practice of the colonial Power in question (Great Britain) of distinguishing between colonies on the one hand and protectorates on the other. Only when a serious attempt has been made to analyse this host of relevant and interrelated considerations can it be said that the question repeatedly and forcefully posed by Sir Arthur Watts as counsel for Nigeria — Who gave Great Britain the right to give away Bakassi? And when? And how? — would be answered.”¹⁸ (Emphasis added.)

In the same vein, Judge *ad hoc* Ajibola echoed that the Court failed to address or answer the constant questions asked by the counsel for Nigeria throughout the oral proceedings: “who gave Great Britain the right to give away Bakassi? And when? And how?”¹⁹

14. A second problematic concept accepted by the Court, including in the present Judgment, is that of acts accomplished *à titre de souverain* to display authority over a certain period of time in an occupied territory (known in European legal doctrine as acquisitive prescription), which was often employed under the *Jus Publicum Europaeum* and colonial law to legitimize the acquisition of territory that could not manifestly be considered as *terra nullius*, through mere colonial occupation²⁰. In *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, although the parties agreed “between themselves that acquisitive prescription is recognized in international law and they further

¹⁸ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, separate opinion of Judge Al-Khasawneh, pp. 493-494, para. 3.

¹⁹ *Ibid.*, dissenting opinion of Judge *ad hoc* Ajibola, p. 579, para. 127.

²⁰ See R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law* (2017), p. 35:

ces accords avec la Grande-Bretagne un droit qui ne s'appliquait pas à eux, mais seulement entre les membres d'un cercle autoproclamé de prétendues « nations civilisées », principalement européennes.

13. Dans son opinion individuelle, le juge Al-Khasawneh a mis en question l'approche de la Cour :

« [S]i elle entend que son arrêt constitue un ensemble défendable du point de vue juridique et moral, la Cour ne saurait se contenter d'une *appréciation formaliste des questions* qui sont ici en jeu, lesquelles consistent notamment à déterminer quelle est la *véritable portée du droit intertemporel*, et dans quelle mesure celle-ci doit s'apprécier au regard *des valeurs contemporaines* que la Cour devrait promouvoir ; à étudier la pratique des États à l'époque pertinente, ainsi que le rôle de la conférence de Berlin sur l'Afrique occidentale de 1885 ; à chercher à savoir si cette pratique — à supposer qu'elle ait permis l'acquisition de titres sur les protectorats dits coloniaux — peut être invoquée dans un différend africain alors même qu'aucun État africain n'a participé à sa formation ; à s'interroger, s'agissant du transfert de titre, sur la pertinence du principe *pacta sunt servanda* ainsi que sur la valeur normative à attribuer à la pratique constamment suivie par la puissance coloniale concernée (la Grande-Bretagne) et consistant à distinguer entre colonies et protectorats. Ce n'est qu'en se lançant dans une analyse poussée de cet ensemble d'aspects pertinents et interdépendants que la Cour aurait pu prétendre répondre à la question que n'a cessé de marteler sir Arthur Watts, conseil du Nigéria : qui conféra à la Grande-Bretagne le droit de céder Bakassi ? Quand ? Comment ? »¹⁸ (Les italiques sont de moi.)

Dans le même ordre d'idées, le juge *ad hoc* Ajibola a rappelé que la Cour s'était abstenue de donner suite ou de répondre aux questions que le conseil du Nigéria avait posées avec insistance tout au long de la procédure orale : « qui aurait donné à la Grande-Bretagne le droit de céder Bakassi ? Quand ? Et comment ? »¹⁹

14. Un deuxième concept problématique que la Cour accepte, y compris dans le présent arrêt, est celui des actes accomplis *à titre de souverain* comme manifestation de l'autorité pendant un certain temps dans un territoire occupé (connu dans la doctrine juridique européenne sous le nom de prescription acquisitive) ; ce concept a souvent été utilisé en *jus publicum europaeum* et en droit colonial pour légitimer par une simple occupation coloniale l'acquisition d'un territoire qui ne pouvait manifestement pas être considéré comme *terra nullius*²⁰. Dans l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie), bien que les parties eussent « conv[enu] entre elles

¹⁸ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenante))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, opinion individuelle du juge Al-Khasawneh, p. 493-494, par. 3.

¹⁹ *Ibid.*, opinion dissidente du juge *ad hoc* Ajibola, p. 579, par. 127.

²⁰ Voir R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law* (2017), p. 35 :

agree[d] on the conditions under which title to territory may be *acquired by prescription*”, the Court found that

“even if links of allegiance may have existed between the Masubia and the Caprivi authorities, it has not been established that the members of this tribe occupied the Island *à titre de souverain*, i.e., that they were *exercising functions of State authority there on behalf of those authorities*”²¹ (emphasis added).

15. Again, this was a legitimization and acceptance of legal notions and principles (such as the above statement that African “tribes” were incapable of exercising functions of State authority!) employed in the *Island of Palmas* Award, which thoroughly reflect nineteenth-century European colonial law and the principles and rules used by the Berlin Conference to codify the colonization of the African continent. Indeed, the *Island of Palmas* Award may be characterized as an authoritative proclamation of colonial law, or those aspects of the *Jus Publicum Europaeum* which dealt with the conquest, occupation and colonization of non-European lands. It describes the so-called prescription as an example of a mode of acquisition of territory in the partition of the African continent by European Powers, undertaken in an “open and public” manner in 1885²². The continuous display of authority *à titre de souverain* over a certain period of time as a mode of acquisition of territory occupied by a colonial Power was laid down in Article 35 of the Final Act of the Berlin Conference which provided that

“[t]he Signatory Powers of the present Act recognize the obligation to ensure the establishment of authority in the regions occupied by them on the coasts of the African continent sufficient to protect existing rights and, as the case may be, freedom of trade and of transit under the conditions agreed upon”²³.

“Prescription as a whole may therefore perhaps be defined in the careful terms we find in Lauterpacht’s *Oppenheim*: ‘the acquisition of sovereignty over a territory through continuous and undisturbed exercise of sovereignty over it during such a period as is necessary to create under the influence of historical development the general conviction that the present condition of things is in conformity with international order’” (referring to H. Lauterpacht, *Oppenheim, International Law* (1955), Vol. 1, p. 576).

²¹ *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1999 (II)*, p. 1105, paras. 96 and 98.

²² *Island of Palmas case (Netherlands/United States of America)*, Award of 4 April 1928, *RIAA*, Vol. II, p. 868.

²³ Article 34 of the Final Act of the Berlin Conference also stated that:

“Any Power which henceforth takes possession of a tract of land on the coasts of the African continent outside its present possessions, or which, being hitherto without such possessions, shall acquire them, as well as the Power which assumes a Protectorate there, shall accompany the respective act with a notification thereof, addressed to the other

que la prescription acquisitive [était] reconnue en droit international» et «conv[enu] de surcroît des conditions auxquelles un titre territorial p[ouvai]t être *acquis par prescription*», la Cour a conclu que,

«même si des liens d'allégeance ont pu exister entre les Masubia et les autorités du Caprivi, il n'est pas établi que les membres de cette tribu occupaient l'île "à titre de souverain", c'est-à-dire y *exerçaient des attributs de la puissance publique au nom de ces autorités*»²¹ (les italiques sont de moi).

15. Il y a là encore légitimation et acceptation de notions et de principes juridiques (tels que l'assertion ci-dessus selon laquelle les «tribus» africaines seraient incapables d'exercer des attributs de puissance publique!), utilisés dans la sentence en l'affaire de l'*Île de Palmas* et qui sont un fidèle reflet du droit colonial européen du XIX^e siècle et des principes et règles déployés par la conférence de Berlin pour codifier la colonisation du continent africain. Cette sentence semble en effet avoir valeur de proclamation quasi officielle du droit colonial, ou des parties du *jus publicum europaeum* qui traitent de la conquête, de l'occupation et de la colonisation de terres extra-européennes. Elle fait de la prétendue prescription acquisitive un mode d'acquisition de territoire dans le partage du continent africain auquel les puissances européennes se sont livrées de manière «ouverte et publique» en 1885²². La manifestation continue de l'autorité à titre de souverain pendant un certain temps comme mode d'acquisition d'un territoire occupé par une puissance coloniale a été décrite comme suit à l'article 35 de l'acte général de la conférence de Berlin :

«Les Puissances signataires du présent Acte reconnaissent l'obligation d'assurer, dans les territoires occupés par elles, sur les côtes du continent africain, l'existence d'une autorité suffisante pour faire respecter les droits acquis et, le cas échéant, la liberté du commerce et du transit dans les conditions où elle serait stipulée.»²³

«La prescription dans son ensemble peut donc être définie dans les termes prudents que retient l'*Oppenheim* de Lauterpacht : "acquisition de la souveraineté sur un territoire par l'exercice ininterrompu et non perturbé de cette souveraineté pendant le temps nécessaire pour créer, sous l'influence du développement historique, la conviction générale que l'état actuel des choses est conforme à l'ordre international"» (citation de H. Lauterpacht, *Oppenheim, International Law* (1955), vol. 1, p. 576).

²¹ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 1105, par. 96 et 98.

²² *Île de Palmas (Pays-Bas/États-Unis d'Amérique)*, sentence du 4 avril 1928, Nations Unies, RSA, vol. II, p. 868 ; traduction française : Ch. Rousseau, *RGDIP*, t. XLII, 1935, p. 199.

²³ L'acte général de la conférence de Berlin stipule par ailleurs, en son article 34, que

«[L]a Puissance qui, dorénavant, prendra possession d'un territoire sur les côtes du Continent africain situé en dehors de ses possessions actuelles, ou qui, n'en ayant pas eu jusque-là, viendrait à en acquérir, et de même la Puissance qui y assumera un protectorat, accompagnera l'acte respectif d'une notification adressée aux autres Puissances signa-

16. The third problematic notion that should not find application in territorial disputes between African States is the principle of *uti possidetis juris*. African States have never ratified the Final Act of the Berlin Conference, nor have they collectively accepted to apply colonial law in relations amongst themselves. This principle may have been accepted by Latin American States in order to settle disputes amongst themselves and to use Spanish administrative law, which delimited the boundaries between them prior to their independence. However, this is not the case in Africa. Neither the Organization of African Unity (OAU) nor the African Union (AU) endorsed such a principle. I have discussed in detail in my separate opinion in *Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger)* that the OAU/AU principle of respect for borders existing on achievement of independence²⁴ is *neither* identical *nor* equivalent to the principle of *uti possidetis juris* applied by the Spanish-American Republics following their own decolonization a century earlier²⁵.

III. COLONIAL LAW INVOKED BY AFRICAN STATES

17. The Court is not, however, alone in perpetuating the application to contemporary African territorial disputes of the outdated notions of colonial law and the obsolete principles of the *Jus Publicum Europaeum*. These notions and principles are sometimes invoked by the African States appearing before the Court through special agreements or written arguments usually drawn up by counsel from Western countries or counsel educated in the Western legal systems using the language inherited from colonial law.

18. For instance, in *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, the parties themselves, in their written and oral arguments, reaffirmed their commitment to the principle of *uti possidetis juris*²⁶. In *Kasikili/Sedudu*

Signatory Powers of the present Act, in order to enable them, if need be, to make good any claims of their own.”

²⁴ Article III, paragraph 3, of the 1963 Charter of the Organization of African Unity (OAU) indicates that the Member States shall declare their adherence to the principle of “[r]espect for the sovereignty and territorial integrity of each State and for its inalienable right to independent existence”. The OAU Charter was later replaced by the African Union Constitutive Act on 26 May 2001, Article 3, paragraph (b), of which reads: “The objectives of the Union shall be to: . . . defend the sovereignty, territorial integrity and independence of its Member States”. Resolution AGH/Res. 16 (I), “Border Disputes among African States”, adopted in Cairo in 1964 (Cairo Resolution) at the First Session of the Conference of African Heads of State and Government also emphasizes that “all Member States pledge themselves to respect the borders existing on their achievement of national independence”.

²⁵ *Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger)*, Judgment, I.C.J. Reports 2013, separate opinion of Judge Yusuf, pp. 136-145, paras. 10-36.

²⁶ CR 1986/3, p. 51 (Salembere): “Mali reaffirms its commitment to the *uti possidetis* principle in its written pleadings. We welcome and acknowledge this.”

16. La troisième notion problématique qui ne devrait pas trouver à s'appliquer dans les différends territoriaux entre États d'Afrique est le principe de l'*uti possidetis juris*. Les États d'Afrique n'ont jamais ratifié l'acte général de la conférence de Berlin et n'ont pas non plus accepté collectivement d'appliquer le droit colonial dans leurs relations réciproques. Ce principe a certes pu être accepté par les États d'Amérique latine afin de régler les différends qui les opposaient et de pouvoir invoquer le droit administratif espagnol qui délimitait leurs frontières avant leur indépendance. Mais ce n'est pas le cas en Afrique. Ni l'Organisation de l'unité africaine ni l'Union africaine n'ont approuvé un tel principe. J'ai montré à suffisance, dans l'exposé de mon opinion individuelle en l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, que le principe du respect des frontières existant au moment de l'accession à l'indépendance défendu par l'Organisation de l'unité africaine/Union africaine²⁴ n'est ni identique ni équivalent au principe de l'*uti possidetis juris* appliqué par les républiques hispano-américaines à la suite de leur propre décolonisation un siècle plus tôt²⁵.

III. L'INVOCATION DU DROIT COLONIAL PAR LES ÉTATS D'AFRIQUE

17. La Cour n'est cependant pas la seule à perpétuer l'application aux différends territoriaux africains contemporains de notions dépassées du droit colonial et de principes obsolètes du *jus publicum europaeum*. Les États d'Afrique qui comparaissent devant elle invoquent parfois eux-mêmes ces notions et principes, dans des compromis ou des écritures généralement rédigés par des conseils issus de pays occidentaux ou formés dans les systèmes juridiques occidentaux, et utilisant une terminologie héritée du droit colonial.

18. Par exemple, dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, les parties elles-mêmes, dans leurs plaidoiries écrites et orales, ont réaffirmé leur attachement au principe de l'*uti possidetis juris*²⁶.

taires du présent Acte, afin de les mettre à même de faire valoir, s'il y a lieu, leurs réclamations.»

²⁴ Au paragraphe 3 de l'article III de la Charte de l'Organisation de l'unité africaine (OUA) de 1963, les États membres affirment leur attachement au principe du «[r]espect de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de chaque État et de son droit inaliénable à une existence indépendante». Le 26 mai 2001, la Charte de l'OUA a été remplacée par l'Acte constitutif de l'Union africaine, dont l'alinéa b) de l'article 3 se lit comme suit : « Les objectifs de l'Union sont les suivants : ... b) défendre la souveraineté, l'intégrité territoriale et l'indépendance de ses États membres ». La résolution AGH/Res. 16 (I) dite «résolution du Caire», intitulée «Litiges entre États africains au sujet des frontières» et adoptée en 1964 à la première session de la conférence des chefs d'État et de gouvernement africains, tenue au Caire, souligne également que «tous les États membres s'engagent à respecter les frontières existant au moment où ils ont accédé à l'indépendance».

²⁵ *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2013, opinion individuelle du juge Yusuf, p. 136-145, par. 10-36.

²⁶ CR 1986/3, p. 51 (Salembere) : «Le Mali réaffirme dans ses écritures un attachement au principe de l'*uti possidetis*. Nous nous en félicitons et lui en donnons acte.»

Island (Botswana/Namibia), in addition to the reference to the principle of *uti possidetis juris* made by Namibia²⁷, the parties themselves requested to apply prescription as a valid mode of acquisition of territory, and colonial law was heavily relied on as legal basis for their respective claims. The Court took note that

“Namibia alleges that in the present case *Germany was in peaceful possession of the Island* from before the beginning of the century and *exercised sovereignty over it*. . . It states that this peaceful and public possession of the Island, *à titre de souverain*, was continued without interruption by Germany’s successor until accession of the territory to independence.”²⁸ (Emphasis added.)

Botswana did not object to this approach:

“Although it considers the doctrine of prescription inapplicable in this case for the reasons referred to earlier, Botswana *accepts the criteria for acquiring prescriptive title* as set out by Namibia; it argues, however, that those criteria have not been satisfied by Namibia and its predecessors. Botswana asserts, in substance, that ‘there is no credible evidence that either Namibia or its predecessors exercised State authority in respect of Kasikili/Sedudu’ and that even if peaceful, public and continuous possession of the Island by the people of Caprivi had been proved, it could not have been *à titre de souverain*.”²⁹ (Emphasis added.)

19. In *Frontier Dispute (Benin/Niger)*, the parties stated in Article 6 of the Special Agreement of 15 June 2001 that the applicable law includes “the principle of State succession to the boundaries inherited from colonization, that is to say, the intangibility of those boundaries”. In particular:

“The Parties both acknowledge that, in accordance with the principle of *uti possidetis juris*, the course of the frontier and the attribution of islands in the River Niger to either one of them must be determined in the light of French colonial law, known as ‘*droit d’outre-mer*’. They also agree on the identification of the relevant rules of that law, but do not share the same interpretation thereof.”³⁰

²⁷ *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1999 (II)*, p. 1092, para. 71.

²⁸ *Ibid.*, p. 1103, para. 94.

²⁹ *Ibid.*, p. 1104, para. 95.

³⁰ *Frontier Dispute (Benin/Niger)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2005*, p. 96, para. 2 and p. 110, para. 28.

Dans l'affaire de l'Île *Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibie), non seulement la Namibie a renvoyé au principe de l'*uti possidetis juris*²⁷, mais encore les deux parties ont demandé que la prescription soit appliquée comme mode valable d'acquisition de territoire et ont largement invoqué le droit colonial comme fondement juridique de leurs prétentions respectives. La Cour a relevé ce qui suit :

« La Namibie allègue qu'en l'espèce *l'Allemagne jouissait d'une possession paisible de l'île dès avant le début du siècle et a exercé des pouvoirs souverains sur celle-ci...* Elle expose que cette possession paisible et publique de l'île, à titre de souverain, a été poursuivie de façon ininterrompue par les successeurs de l'Allemagne jusqu'à l'accès du territoire à l'indépendance. »²⁸ (Les italiques sont de moi.)

Le Botswana ne s'est pas opposé à cette approche :

« Bien qu'il considère la doctrine de la prescription comme inapplicable en l'espèce pour les raisons mentionnées ci-dessus, le Botswana juge acceptables les conditions nécessaires à l'acquisition d'un titre par prescription telles qu'elles ont été énoncées par la Namibie ; il soutient cependant que la Namibie et ses prédécesseurs ne les ont pas remplies. Le Botswana affirme en substance qu'il "n'existe aucun élément de preuve digne de foi établissant que la Namibie ou ses prédécesseurs ont exercé une autorité étatique sur l'île" et que, même si la preuve d'une possession paisible, publique et continue de l'île par des populations du Caprivi avait été rapportée, cette possession n'aurait pu s'exercer à titre de souverain. »²⁹ (Les italiques sont de moi.)

19. Dans l'affaire du *Différend frontalier* (Bénin/Niger), les parties sont convenues, à l'article 6 de leur compromis du 15 juin 2001, que le droit applicable comprenait « le principe de la succession d'États aux frontières héritées de la colonisation, à savoir, l'intangibilité desdites frontières ». En particulier :

« Les Parties s'accordent à reconnaître que la détermination du tracé de la frontière et l'attribution des îles du fleuve Niger à l'une ou l'autre d'entre elles doi[ven]t, en application du principe de l'*uti possidetis juris*, s'apprécier à la lumière du droit colonial français, dit "droit d'outre-mer". Elles se disent également d'accord sur l'identification des règles pertinentes de ce droit, mais en offrent des interprétations divergentes. »³⁰

²⁷ *Île de Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibie), arrêt, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 1092, par. 71.

²⁸ *Ibid.*, p. 1103, par. 94.

²⁹ *Ibid.*, p. 1104, par. 95.

³⁰ *Différend frontalier* (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 96, par. 2, et p. 110, par. 28.

Likewise, in *Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger)*, the parties agreed in Article 6 of the Special Agreement that “rules and principles of international law applicable to the dispute” include “the principle of the intangibility of boundaries inherited from colonization and the Agreement of 28 March 1987”. According to them, the latter source, namely the 1987 Agreement, “specifies the acts and documents of the French colonial administration which must be used to determine the delimitation line that existed when the two countries gained independence”³¹. Had this been presented as a relevant fact that had to be taken into account, it would not be objectionable, but to submit that the “documents of the French colonial administration . . . must be used to determine the delimitation line” was quite remarkable.

20. In the instant case, the situation is even worse. Not only have colonial occupation and colonial law been extensively employed by both Parties, but the counsel for Equatorial Guinea relied heavily on, among others, Spanish “[p]ublic and notorious assertion of sovereignty without protest” as well as the agreements allegedly signed with local people in respect of the legal title over Mbanié/Mbañe, Cocotiers/Cocoteros and Conga³². For the former, the counsel for Equatorial Guinea referred to a series of instruments indicating mere colonial claims of title such as the “1778 Treaty of El Pardo” between Spain and Portugal, the “1843 Declaration of Corisco” entitled “Original Documents on the Annexation to Spain of Corisco, Elobey and their Dependencies”, the “1846 Record of Annexation”, the “1846 Charter of Spanish Citizenship given to the inhabitants of Corisco, Elobey and their dependencies”, and the “1858 Letter reaffirming Spanish possession of the island of Corisco”³³. For the latter, the facts presented to the Court show that, on 17 March 1843, the Spanish Commander Juan José de Lerena, who was sent to reassert Spain’s colonial control over Corisco Island after an English warship destroyed a Spanish installation there³⁴, appointed a local person called Boncoro — whose identity and role in the local community was unknown — as the “Pilot of the Bay of Corisco and Chief of the Southern point of the island” due to “his demonstrated loyalty to Spain”. The appointment reads as follows:

“*The faithful negro Boncoro is hereby named Pilot of the Bay of Corisco and Chief of the Southern point of the island of the same*

³¹ *Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2013, p. 51, para. 2 and p. 75, para. 65.

³² CR 2024/33, pp. 47-48, paras. 31-36 (Reichler).

³³ CR 2024/29, pp. 61-62, paras. 12-17 (Reichler).

³⁴ Kingdom of Spain, Royal Commissioner for the Islands Fernando Póo, Annobón and Corisco on the Coast of Africa, Declaration of Corisco (16 March 1843), Memorial of Equatorial Guinea (hereinafter “MEG”), Vol. V, Annex 110.

De même, dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, les parties sont convenues, à l'article 6 de leur compromis, que « [l]es règles et principes du droit international qui s'appliquent au différend » comprenaient « le principe de l'intangibilité des frontières héritées de la colonisation et l'accord du 28 mars 1987 ». Selon elles, cette dernière source, à savoir l'accord de 1987, « précise quels actes et documents de l'administration coloniale française doivent être utilisés pour déterminer la ligne de délimitation existant au moment de l'accession des deux pays à l'indépendance »³¹. Si cela avait été présenté comme un simple fait pertinent dont il convenait de tenir compte, cela ne serait pas choquant, mais il est à tout le moins remarquable de soutenir que des « documents de l'administration coloniale française doivent être utilisés pour déterminer la ligne de délimitation ».

20. En la présente espèce, la situation est pire encore. Non seulement l'occupation coloniale et le droit colonial ont été largement invoqués par les deux Parties, mais le conseil de la Guinée équatoriale s'est fortement appuyé, entre autres choses, sur le fait que « [l]'affirmation publique et notoire [par l'Espagne] de sa souveraineté » n'aurait soulevé « aucune protestation », ainsi que sur les accords qui auraient été signés avec les populations locales concernant le titre juridique sur Mbanié/Mbañe, Cocotiers/Cocoteros et Conga³². En ce qui concerne le premier point, le conseil de la Guinée équatoriale a renvoyé à une série d'instruments traduisant de simples revendications coloniales de titre tels que le « traité du Pardo de 1778 » entre l'Espagne et le Portugal, la « déclaration de Corisco de 1843 » intitulée « Documents originaux sur l'annexion à l'Espagne de Corisco, Elobey et leurs dépendances », le « procès-verbal d'annexion de 1846 », la « charte de 1846 accordant la citoyenneté espagnole aux habitants de Corisco, d'Elobey et de leurs dépendances » et la « lettre de 1858 réaffirmant le statut de possession espagnole de l'île de Corisco »³³. En ce qui concerne le deuxième point, les faits exposés à la Cour montrent que, le 17 mars 1843, le commandant espagnol Juan José de Lerena, envoyé pour réaffirmer le contrôle colonial de l'Espagne sur l'île de Corisco après qu'un navire de guerre anglais y eut détruit des installations espagnoles³⁴, a nommé un indigène du nom de Boncoro — dont l'identité et le rôle dans la communauté locale sont inconnus — « pilote de la baie de Corisco et chef de la pointe méridionale de l'île » en reconnaissance de « sa loyauté confirmée envers l'Espagne ». Cette nomination se lit comme suit :

« *Le fidèle nègre Boncoro* est nommé par la présente pilote de la baie de Corisco et chef de la pointe méridionale de l'île du même nom et

³¹ *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2013, p. 51, par. 2, et p. 75, par. 65.

³² CR 2024/33, p. 47-48, par. 31-36 (Reichler).

³³ CR 2024/29, p. 61-62, par. 12-17 (Reichler).

³⁴ Royaume d'Espagne, commissaire royal pour les îles Fernando Poo, Annobon et Corisco sur la côte d'Afrique, déclaration de Corisco (16 mars 1843), mémoire de la Guinée équatoriale (ci-après « MGE »), vol. V, annexe 110.

name, and wishes to be called hereinafter Baldomero Boncoro, which is *granted to him due to his demonstrated loyalty to Spain* and the Head of its Government, whose name he takes. Given on board the aforementioned ship in said bay at 56 minutes North latitude on March 17, 1843. — Juan José de Lerena.”³⁵ (Emphasis added.)

Three years later, on 18 February 1846, Boncoro’s alleged successor, identified as “King of the Island of Corisco, Elobey, and dependencies”, signed the document called “Record of Annexation” with the Inspector General of the so-called “Spanish Possessions in the Gulf of Guinea” declaring that “the Island of Corisco, Elobey and its current dependencies are Spanish”³⁶. The 1846 “Charter of Spanish Citizenship given to the inhabitants of Corisco, Elobey and their dependencies” simply followed this narrative³⁷.

IV. THE PRESENT JUDGMENT AND THE CONTINUED USE OF OBSOLETE COLONIAL CONCEPTS

21. In the instant case, the Parties defined and delimited the scope of the dispute they decided to submit to the Court in Article 1 of the Special Agreement, which reads as follows:

“1. The Court is requested to determine whether the legal titles, treaties and international conventions invoked by the Parties have the force of law in the relations between the Gabonese Republic and the Republic of Equatorial Guinea in so far as they concern the delimitation of their common maritime and land boundaries and sovereignty over the islands of Mbanié/Mbañe, Cocotiers/Cocoteros and Conga.

To this end:

2. The Gabonese Republic recognizes as applicable to the dispute the special Convention on the delimitation of French and Spanish possessions in West Africa, on the coasts of the Sahara and the Gulf of Guinea, signed in Paris on 27 June 1900, and the Convention demarcating the land and maritime frontiers of Equatorial Guinea and Gabon, signed in Bata on 12 September 1974.

3. The Republic of Equatorial Guinea recognizes as applicable to the dispute the special Convention on the delimitation of French and

³⁵ Kingdom of Spain, Original Documents on the Annexation to Spain of Corisco, Elobey and their dependencies (17 March 1843), MEG, Vol. V, Annex 111.

³⁶ Kingdom of Spain, Ministry of State, Record of Annexation (18 February 1846), MEG, Vol. V, Annex 112.

³⁷ Kingdom of Spain, Ministry of State, Charter of Spanish Citizenship given to the inhabitants of Corisco, Elobey and their dependencies (18 February 1846), MEG, Vol. IV, Annex 47.

souhaite être désormais appelé Baldomero Boncoro, ce qui *lui est accordé en reconnaissance de sa loyauté confirmée envers l'Espagne* et envers le chef du Gouvernement espagnol, dont il prend le nom. Fait à bord du navire susmentionné, dans ladite baie située à 56 minutes de latitude nord, le 17 mars 1843. — Juan José de Lerena.»³⁵ (Les italiques sont de moi.)

Trois ans plus tard, le 18 février 1846, le successeur présumé de Boncoro, désigné par le titre de «roi de l'île Corisco, d'Elobey et de leurs dépendances», signait avec l'inspecteur général des prétendues «possessions espagnoles du golfe de Guinée» un document intitulé «Procès-verbal d'annexion» dans lequel il déclarait que «l'île Corisco, Elobey et leurs dépendances actuelles sont espagnoles»³⁶. La «charte accordant la citoyenneté espagnole aux habitants de Corisco, d'Elobey et de leurs dépendances» de 1846 confirmait simplement cette présentation des faits³⁷.

IV. LE PRÉSENT ARRÊT ET LE RECOURS PERSISTANT À DES CONCEPTS COLONIAUX OBSOLÈTES

21. En l'espèce, les Parties ont défini et délimité la portée du différend qu'elles ont décidé de soumettre à la Cour à l'article premier de leur compromis, qui se lit comme suit :

« 1. La Cour est priée de dire si les titres juridiques, traités et conventions internationales invoqués par les Parties font droit dans les relations entre la République gabonaise et la République de Guinée équatoriale s'agissant de la délimitation de leurs frontières maritime et terrestre communes et de la souveraineté sur les îles Mbanié, Cocotiers et Conga.

À cette fin :

2. La République gabonaise reconnaît comme applicables au différend la Convention spéciale sur la délimitation des possessions françaises et espagnoles dans l'Afrique occidentale, sur la côte du Sahara et sur la côte du golfe de Guinée du 27 juin 1900 (Paris) et la Convention délimitant les frontières terrestres et maritimes de la Guinée équatoriale et du Gabon du 12 septembre 1974 (Bata).

3. La République de Guinée équatoriale reconnaît comme applicable au différend la Convention spéciale sur la délimitation des possessions

³⁵ Royaume d'Espagne, documents originaux sur l'annexion à l'Espagne de Corisco, d'Elobey et de leurs dépendances (17 mars 1843), MGE, vol. V, annexe 111.

³⁶ Royaume d'Espagne, ministère d'Etat, procès-verbal d'annexion (18 février 1846), MGE, vol. V, annexe 112.

³⁷ Royaume d'Espagne, ministère d'Etat, charte de citoyenneté espagnole donnée aux habitants de Corisco, d'Elobey et de leurs dépendances (18 février 1846), MGE, vol. IV, annexe 47.

Spanish possessions in West Africa, on the coasts of the Sahara and the Gulf of Guinea, signed in Paris on 27 June 1900.

4. Each Party reserves the right to invoke other legal titles.”

22. At the heart of the dispute between the Parties is the title to the three maritime features — Mbaníé/Mbañe, Cocotiers/Cocoteros and Conga — in the Corisco Bay. In *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, the Court stated that what truly matters is that a title should be “always and exclusively the effect of a legal operation” rather than the result of any “purely physical fact”³⁸. Therefore, it is my view that two sets of legal operations or analysis should be undertaken by the Court: first, whether any legal titles are conferred on the Parties with respect to the disputed maritime features by conventions, treaties or other agreements concluded between them after their independence; and secondly, whether legal titles relating to the disputed maritime features result for either of them, as a matter of fact, from conventions, treaties or agreements concluded between the colonial Powers or other acts accomplished by them prior to the independence of the Parties.

23. However, this Judgment, instead of trying to find titles in the treaties and international conventions concluded between the Parties or by the colonial Powers, looks for such titles in obsolete concepts and principles of colonial law or of the *Jus Publicum Europaeum*. Notably, it is stated in paragraph 185 of the Judgment that, “[i]n the absence of a treaty establishing title to territory, international courts and tribunals have examined whether there has been an intentional display of authority over the territory through the exercise of State functions”. This is a clear reference to “acquisitive prescription” as defined in R. Y. Jennings citing Lauterpacht’s *Oppenheim* (see footnote 20 above) as well as in Max Huber’s Award on the *Island of Palmas case*; and there was no need to disguise this mode of colonial “acquisition of territory” by avoiding calling it by its name. In the *Island of Palmas Award*, Max Huber described it as follows:

“As to the conditions of acquisition of sovereignty by way of continuous and peaceful display of State authority (so-called prescription), some of which have been discussed in the United States Counter Memorandum, the following must be said:

The display has been open and public, that is to say that it was in conformity with usages as to exercise of sovereignty over colonial States.”³⁹

³⁸ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 296, para. 103.

³⁹ *Island of Palmas case (Netherlands/United States of America)*, Award of 4 April 1928, RIAA, Vol. II, p. 868.

françaises et espagnoles dans l'Afrique occidentale, sur la côte du Sahara et sur la côte du golfe de Guinée du 27 juin 1900 (Paris).

4. Chacune des Parties se réserve le droit d'invoquer d'autres titres juridiques.»

22. Au cœur du différend entre les Parties se trouve le titre sur trois formations maritimes — Mbanié/Mbañe, Cocotiers/Cocoteros et Conga — situées dans la baie de Corisco. Dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, la Cour a dit que ce qui importe vraiment, c'est qu'un titre «est toujours et uniquement l'effet d'une opération juridique» et qu'il ne découle pas d'un «fait purement physique»³⁸. Je considère par conséquent que la Cour aurait dû procéder à deux séries d'opérations ou d'analyses juridiques: premièrement, pour déterminer si de quelconques titres juridiques sur les formations maritimes litigieuses sont conférés aux Parties par des conventions, des traités ou d'autres accords conclus entre celles-ci après leur indépendance; et, deuxièmement, pour déterminer si des titres juridiques sur les formations maritimes litigieuses découlent de fait, pour l'une ou l'autre des Parties, de conventions, de traités ou d'autres accords conclus entre les puissances coloniales ou d'autres actes accomplis par elles avant l'indépendance des Parties.

23. Or, le présent arrêt, loin d'essayer de trouver des titres dans les conventions et traités internationaux conclus entre les Parties ou entre les puissances coloniales, les cherche dans des concepts et des principes obsolètes du droit colonial ou du *jus publicum europaeum*. On peut notamment y lire, en son paragraphe 185, que, «[e]n l'absence de traité établissant un titre sur un territoire, les juridictions internationales recherchent s'il existe une manifestation intentionnelle d'autorité par l'exercice de fonctions étatiques sur ledit territoire». Il s'agit là d'une évidente référence à la «prescription acquisitive» telle que la définissent R. Y. Jennings, en citant l'*Oppenheim* de Lauterpacht (voir plus haut, note de bas de page 20), et Max Huber, dans sa sentence en l'affaire de l'*Île de Palmas*; et il n'était nul besoin de travestir ce mode colonial d'«acquisition de territoire» en évitant de l'appeler par son nom. Dans sa sentence en l'affaire de l'*Île de Palmas*, Max Huber la décrit comme suit:

«En ce qui concerne les conditions d'acquisition de la souveraineté par voie d'exercice continu et pacifique de l'autorité étatique (la soi-disant prescription), conditions dont quelques-unes ont été discutées dans le contre-mémoire des États-Unis, il faut dire ceci:

L'exercice de la souveraineté a été ouvert et public, c'est-à-dire conforme aux usages en matière d'exercice de la souveraineté sur les États coloniaux.»³⁹

³⁸ *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 296, par. 103.

³⁹ *Île de Palmas (Pays-Bas/États-Unis d'Amérique)*, sentence du 4 avril 1928, Nations Unies, RSA, vol. II, p. 868; traduction française: Ch. Rousseau, RGDIP, t. XLII, 1935, p. 198-199.

The usages referred to here are European eighteenth- and nineteenth-century usages regarding the colonization of Asian and African countries.

24. Furthermore, this Judgment does not only avoid calling this colonial practice by its real name, but it also does not explain how Spain's display of authority enabled it to acquire "a title" to the island and its "dependencies". First of all, prescription requires the existence of a former displaced sovereign or at least a lack of objection or acquiescence by the former sovereign. Which State or political entity was the former sovereign here? The Judgment is silent on this issue. If there was no former sovereign, as seems implied in the Judgment, was this considered by the European Powers as *terra nullius*? Here also the Judgment is silent.

25. Secondly, the Judgment confuses claims to title and acquisition of territory through the so-called acquisitive prescription. It is observed in paragraph 187 of the Judgment that

"Spain purported to act *à titre de souverain* in relation to Corisco Island and its dependencies before 1900, as evidenced by the 1843 Declaration of Corisco (Kingdom of Spain, Royal Commissioner for the Islands Fernando Póo, Annobón and Corisco on the Coast of Africa, Declaration of Corisco, 16 March 1843), the 1846 Record of Annexation (Kingdom of Spain, Ministry of State, Record of Annexation, 18 February 1846) and the 1846 Charter of Spanish Citizenship (Kingdom of Spain, Ministry of State, Charter of Spanish Citizenship Given to the Inhabitants of Corisco, Elobey and their Dependencies, 18 February 1846)."

26. These declarations and charters may show a claim to colonial occupation, but they do not show the acquisition of territory by prescription. Indeed, they say nothing about display of authority or about actual exercise of such authority in a continuous manner; neither does the Judgment show such exercise of authority over a long period of time before 1900. As argued by the counsel for Equatorial Guinea, the Record of Annexation was based on an act of cession signed by a person referred to as "King Boncoro II" with the Spanish Inspector General and it was based on this so-called Record of Annexation that the "Charter of Spanish Citizenship Given to the Inhabitants of Corisco, Elobey and their Dependencies" of 1846 was issued by the Spanish Inspector General⁴⁰.

27. Thirdly, even the *Island of Palmas* Award did not claim that a continuous display of authority amounts to title. It stated that "it is as good as a title"⁴¹. However, the Parties to the Special Agreement requested the Court to determine title but not acts that could be "as good as a title". Thus, the

⁴⁰ See CR 2024/29, pp. 61-62, paras. 15-16 (Reichler).

⁴¹ *Island of Palmas case (Netherlands/United States of America)*, Award of 4 April 1928, RIAA, Vol. II, p. 839.

Les usages dont il est question ici sont les usages européens des XVIII^e et XIX^e siècles en matière de colonisation des pays d'Asie et d'Afrique.

24. De plus, le présent arrêt non seulement évite de désigner cette pratique coloniale par son vrai nom, mais se dispense également d'expliquer comment la manifestation de son autorité par l'Espagne a permis à celle-ci d'acquérir un « titre » sur l'île et ses « dépendances ». Premièrement, la prescription suppose l'existence d'un ancien souverain qui aurait été déplacé ou, à tout le moins, l'absence d'objection, voire l'acquiescement, d'un ancien souverain. Quel État ou entité politique était l'ancien souverain en l'espèce ? L'arrêt est muet sur ce point. S'il n'y avait pas d'ancien souverain, comme l'arrêt semble l'impliquer, les puissances européennes y ont-elles vu un cas de *terra nullius* ? Là encore, l'arrêt est muet.

25. Deuxièmement, l'arrêt confond les prétentions à un titre et l'acquisition de territoire au moyen de la prétendue prescription acquisitive. Il observe, en son paragraphe 187, que

« [l']Espagne entendait agir à titre de souverain à l'égard de l'île Corisco et de ses dépendances avant 1900, comme l'attestent la déclaration de Corisco de 1843 (Royaume d'Espagne, déclaration du commissaire royal espagnol pour les îles Fernando Póo, Annobón et Corisco sur la côte d'Afrique, 16 mars 1843), le procès-verbal d'annexion de 1846 (Royaume d'Espagne, ministère d'État, procès-verbal d'annexion, 18 février 1846) et la charte de citoyenneté espagnole de 1846 (Royaume d'Espagne, ministère d'État, charte de citoyenneté espagnole donnée aux habitants de Corisco, d'Elobey et de leurs dépendances, 18 février 1846). »

26. Sans doute ces déclarations et chartes peuvent-elles être invoquées par qui veut montrer qu'il y a eu occupation coloniale, mais elles ne sauraient montrer qu'il y a eu acquisition de territoire par prescription. En effet, elles ne disent pas si une quelconque autorité a été manifestée ou, le cas échéant, si elle a été exercée de manière continue ; l'arrêt non plus ne montre pas qu'il y ait eu exercice continu de l'autorité sur une longue période avant 1900. Comme l'a fait valoir le conseil de la Guinée équatoriale, le procès-verbal d'annexion était fondé sur un acte de cession signé par une personne désignée sous le nom de « roi Boncoro II » et par l'inspecteur général espagnol, et c'est sur le fondement de ce prétendu procès-verbal d'annexion que la « charte de citoyenneté espagnole donnée aux habitants de Corisco, d'Elobey et de leurs dépendances » a été délivrée par l'inspecteur général espagnol en 1846⁴⁰.

27. Troisièmement, même la sentence en l'affaire de l'*Île de Palmas* ne prétend pas qu'une manifestation continue d'autorité soit un titre. Ce que dit la sentence, c'est qu'elle « vaut titre »⁴¹. Or, ce que les Parties au compromis ont prié la Cour de déterminer, ce sont des titres, et non des actes suscep-

⁴⁰ Voir CR 2024/29, p. 61-62, par. 15-16 (Reichler).

⁴¹ *Île de Palmas (Pays-Bas/États-Unis d'Amérique)*, sentence du 4 avril 1928, Nations Unies, RSA, vol. II, p. 839 ; traduction française : Ch. Rousseau, *RGDIP*, t. XLII, 1935, p. 139.

Judgment's insistence on display of authority *à titre de souverain* does not fit the framework of Article 1 of the Special Agreement, nor does it respond to the request of the Parties. In sum, there was no need for the Court to take from the shelf and dust down an obsolete concept conceived for the colonial occupation of African and Asian territories by European Powers without even showing its relevance or its suitability for the purpose of addressing the questions put to the Court by the Parties through the Special Agreement. As was aptly observed by Judge Moreno Quintana in the case concerning *Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*:

“To support the Portuguese claim in this case, which implies survival of the colonial system, without categorical and conclusive proof is to fly in the face of the United Nations Charter.

As judge of its own law — the United Nations Charter — and judge of its own age — the age of national independence — the International Court of Justice cannot turn its back upon the world as it is.”⁴²

28. Instead of having recourse to such obsolete colonial law principles, the Judgment could have substantiated the title over the three maritime features solely through an analysis and interpretation of the 1900 Convention itself, which is recognized by both Parties. In particular, the Judgment notes in paragraph 189 that “the Parties agree that Mbanié/Mbañe, Cocotiers/Cocoteros and Conga constitute a single unit and that France shared this view”. Indeed, Gabon underscored that references to Mbanié/Mbañe encompass all three maritime features in dispute and that they “not only constitute a single geographical unit, but were considered as such by the Parties”⁴³. The Judgment also notes in paragraph 191 that, in 1886 and 1887, France recognized “Baynia [Mbanié/Mbañe]” as a “geographical dependenc[y]” and “natural dependenc[y]” of Corisco Island⁴⁴. Further, it appears that, as noted in paragraph 189 of the Judgment, the French Commissioner-General did not object when the Spanish Governor-General of Fernando Póo/Fernando Pó referred to “‘Embagna [Mbanié/Mbañe]’ as a dependency attached to Corisco Island in 1895”⁴⁵.

⁴² *Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1960, dissenting opinion of Judge Moreno Quintana, p. 95.

⁴³ CR 2024/32, p. 39, para. 80 (Miron).

⁴⁴ Franco-Spanish Commission, Conference on the Delimitation in West Africa, Archives of the French Ministry of Foreign Affairs, Annex to Protocol No. 17 (24 December 1886) (excerpt), MEG, Vol III, Annex 11; Protocol No. 30, Session between the Kingdom of Spain and the French Republic (26 September 1887) (excerpt), MEG, Vol III, Annex 3.

⁴⁵ Letter No. 368 from the Spanish Governor-General of Fernando Póo to the Commissioner-General of the French Congo (22 November 1895), MEG, Vol. IV, Annex 50.

tibles de « valoir titre ». Ainsi, le fait que l'arrêt insiste sur les manifestations d'autorité à titre de souverain non seulement l'amène à sortir du cadre défini par l'article premier du compromis, mais encore ne correspond pas à la demande des Parties. Pour résumer, il n'était nullement besoin pour la Cour de ressortir et dépolssiérer un concept obsolète, conçu à l'origine pour faciliter l'occupation coloniale de territoires africains et asiatiques par les puissances européennes, sans même démontrer la pertinence dudit concept ou son utilité pour répondre aux questions que les Parties lui ont posées dans leur compromis. Comme l'a fait remarquer avec justesse le juge Moreno Quintana dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)* :

« Appuyer sans une preuve catégorique et concluante la demande du Portugal en l'espèce, qui implique la survivance du système colonial, c'est marcher à rebours dans le cadre de la Charte des Nations Unies.

Juge de sa loi — la Charte des Nations Unies — et juge de son temps, celui de l'indépendance de tous les peuples de la terre, la Cour internationale de Justice ne peut pas tourner le dos à la réalité du monde. »⁴²

28. Au lieu de recourir aux principes d'un droit colonial obsolète, l'arrêt aurait pu, aux fins de la détermination du titre sur les trois formations maritimes, se fonder uniquement sur une analyse et une interprétation de la convention de 1900, qui est reconnue par les deux Parties. En particulier, l'arrêt rappelle, en son paragraphe 189, que « les Parties conviennent que Mbanié/Mbañe, Cocotiers/Cocoteros et Conga forment une seule unité et que la France partageait ce point de vue ». De fait, le Gabon a souligné que les mentions de Mbanié/Mbañe renvoient aux trois formations maritimes litigieuses et que ces dernières « sont non seulement un tout géographique, mais ... ont été regardées comme tel par les Parties »⁴³. L'arrêt relève également, en son paragraphe 191, que, en 1886 et 1887, la France a reconnu que « Baynia [Mbanié/Mbañe] » faisait partie des « dépendances géographiques » et des « dépendances naturelles » de Corisco⁴⁴. De surcroît, il apparaît que, comme il est dit au paragraphe 189 de l'arrêt, le commissaire général français n'a pas objecté lorsque, en 1895, le gouverneur général espagnol de Fernando Póo/Fernando Pó a affirmé qu'« Embagna [Mbanié/Mbañe] » était une dépendance qui se rattachait à l'île Corisco »⁴⁵.

⁴² *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, opinion dissidente du juge Moreno Quintana, p. 95-96.

⁴³ CR 2024/32, p. 39, par. 80 (Miron).

⁴⁴ Commission franco-espagnole, conférence sur la délimitation en Afrique occidentale, archives du ministère français des affaires étrangères, annexe au protocole n° 17 (24 décembre 1886) (extrait), MGE, vol. III, annexe 11 ; protocole n° 30, séance du 26 septembre 1887 entre le Royaume d'Espagne et la République française (26 septembre 1887) (extrait), MGE, vol. III, annexe 3.

⁴⁵ Lettre n° 368 en date du 22 novembre 1895 adressée au commissaire général du Congo français par le gouverneur général espagnol de Fernando Póo, MGE, vol. IV, annexe 50.

29. In light of the above observations, the Judgment could have concluded that the three maritime features together constitute part of the Corisco group of islands, the title to which was confirmed in the 1900 Convention by the two colonial Powers as belonging to the colonial territory administered by Spain. In this manner, the “*continuum juris*, a legal relay” between colonial law and international law could have been avoided in the Judgment. However, by choosing not to do so and by engaging extensively again with colonial law and the legal concepts and doctrines used in the 1885 Final Act of Berlin, the Judgment confirms the harsh critique made by Dr Dirdeiry M. Ahmed that this Court “cares very little, if at all, as to how and when the African States acquired title to territory. Yet it uses the term ‘title’ ceaselessly in references that are mostly unnecessary, confusing, and contradictory”⁴⁶.

(Signed) Abdulqawi Ahmed YUSUF.

⁴⁶ Dirdeiry M. Ahmed, “Between Intangibility and *Uti Possidetis*: The Debate on Title to Territory in Africa”, *African Yearbook of International Law*, Vol. 24 (2019), pp. 191-192.

29. Au vu des observations qui précèdent, l'arrêt aurait pu conclure que les trois formations maritimes font ensemble partie du groupe d'îles Corisco, dont les deux puissances coloniales ont confirmé, dans la convention de 1900, que le titre appartenait au territoire colonial administré par l'Espagne. En procédant ainsi, l'arrêt aurait évité le « *continuum juris*, le relais juridique » entre droit colonial et droit international. Cependant, en choisissant de ne pas le faire et de recourir largement, une fois de plus, au droit colonial et aux concepts et doctrines juridiques déployés dans l'acte général de la conférence de Berlin de 1885, l'arrêt justifie les propos très critiques de M. Dirdeiry M. Ahmed, selon qui la Cour « se soucie très peu, voire pas du tout, de savoir comment et quand les États d'Afrique ont acquis un titre sur un territoire. Cela n'empêche pourtant pas la Cour d'employer sans cesse le mot "titre", dans des références qui sont pour la plupart inutiles, confuses et contradictoires »⁴⁶.

(Signé) Abdulqawi Ahmed YUSUF.

⁴⁶ Dirdeiry M. Ahmed, « Between Intangibility and *Uti Possidetis* : The Debate on Title to Territory in Africa », *African Yearbook of International Law*, vol. 24 (2019), p. 191-192.