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 autoproclamé 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

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 XIXe 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 XIXe 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.

international et dont elle aurait pu faire l'économie dans une large mesure »[2]. 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 XXIe 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 18e 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),*

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 XXIe 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.

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. 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 (intervenant))*. 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 tiers[14]. 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'[étai]t 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 décrivait[17]. 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 (intervenant)), 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,

> « [l]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).

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 (intervenant)), 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 :

que la prescription acquisitive [étai]t 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 1885[22]. 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. 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 africaine[24] *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 tôt[25].

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.»

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'accession 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.

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 Conga[32]. 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 espagnoles[34], 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.

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 faits[37].

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.

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.

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 1846[40].

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.

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 dépoussiérer 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 Corisco[44]. 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. 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.