DÉCLARATION DE M. LE JUGE AURESCU

[Traduction]

1. J'ai voté en faveur de l'ensemble du dispositif de l'arrêt. Je souscris pour l'essentiel au raisonnement de la Cour ainsi qu'à ses conclusions en l'espèce. Toutefois, il y a deux points qui me semblent importants et qui n'ont pas, à mon avis, été suffisamment approfondis dans l'arrêt. Le premier concerne le manque de cohérence dans la manière dont est évoquée l'existence de la « convention de Bata ». Le second concerne le critère strict auquel doivent répondre les États qui modifient *par leur comportement* des traités établissant leurs frontières communes et, d'une manière générale, qui modifient *par leur comportement* ces frontières.

L'existence de la « convention de Bata » n'a pas été établie

2. Selon moi, la Cour aurait dû dire de façon plus claire et plus cohérente, tout au long de l'arrêt, que l'existence de l'accord dit « convention de Bata » n'était pas certaine et que, *même si elle existait*, cette convention ne constituait pas un instrument juridiquement contraignant (un traité). Lorsqu'elle examine le caractère contraignant de la « convention de Bata », au paragraphe 57, la Cour commence par affirmer que, « [a]ux fins de l'analyse, [elle] supposera, *sans se prononcer*, qu'un texte a été signé à Bata » (les italiques sont de moi). Cependant, elle ne revient pas sur ce point — comme elle aurait dû le faire — lorsqu'elle achève son analyse, au paragraphe 98, ce qui peut donner d'une certaine manière l'impression qu'elle n'envisage plus que l'existence de la « convention de Bata » n'était pas établie, alors qu'il n'en est rien. En outre, lorsqu'elle examine la question de savoir si la « convention de Bata », à supposer que celle-ci existe, constitue un traité, la Cour mentionne à maintes reprises la *signature* de ce document. Il aurait été plus exact, à mon avis, d'ajouter l'adjectif « alléguée » après le terme *signature* afin de montrer plus clairement qu'il n'a pas été établi que la « convention de Bata » existait.

3. Dans le même ordre d'idées, l'arrêt semble introduire une obligation de présenter la version originale d'un traité afin d'en prouver l'existence : au paragraphe 54, la Cour dit qu'« [u]ne difficulté particulière découle de ce qu'aucun exemplaire original de la "convention de Bata" [ne lui] a été présenté ». Or, au paragraphe 57, elle note que « l'absence de texte reconnu comme authentique par les deux parties ne prouve pas l'inexistence d'un traité », ce qui est exact. Aucune règle de droit international (ni aucune

disposition du Règlement de la Cour ou de ses instructions de procédure) n'exige de présenter l'original d'un traité pour prouver son existence. Il n'était donc pas nécessaire d'inclure la phrase susmentionnée au paragraphe 54 de l'analyse de la Cour relative à la « convention de Bata ».

La modification des traités par un comportement répond à un critère particulièrement strict

4. En ce qui concerne la zone de la rivière Outemboni, les Parties ne sont pas d'accord sur le point de savoir si la proposition faite par la commission de 1901 de modifier la frontière établie par l'article IV de la convention de 1900 a été approuvée, expressément ou par comportement, par l'Espagne et la France. Tout d'abord, la Cour constate, au paragraphe 136, que « la proposition soumise par la commission de 1901 n'a pas été approuvée par décision *formelle* » (les italiques sont de moi) des Gouvernements espagnol et français, rappelant ainsi que ladite proposition n'a pas été *expressément* approuvée (en fait, elle a été expressément rejetée par la lettre adressée le 20 avril 1907 à l'ambassadeur de France en Espagne par le ministre d'État espagnol). La Cour fait observer ensuite, au paragraphe 137, de façon très succincte, que l'« approbation pourrait être inférée du comportement de l'Espagne et de la France ». Aux paragraphes 139 et 140, elle analyse plus avant les actes d'administration de l'Espagne et le comportement de la France dans la zone concernée. Enfin, la Cour passe en revue les documents internes du Gouvernement français qui confirment que la France n'a pas approuvé la proposition de la commission de 1901 (par. 141). Elle conclut alors, au paragraphe 142, que « la France et l'Espagne n'ont pas, par leur comportement, approuvé la proposition soumise par la commission de 1901 ». De façon générale, je souscris à la méthode appliquée par la Cour et à la conclusion qui en résulte.

5. Dans le même temps, je maintiens que la Cour aurait dû souligner que le critère requis pour qu'il y ait modification d'un traité par un comportement, en particulier d'un traité frontalier, est spécialement strict. Pour modifier un traité, il faut plus qu'une simple pratique ultérieure[1]. Comme l'explique la Commission du droit international (ci-après la « CDI »),

> « [l]es parties à un traité, par un accord ou une pratique dans l'application du traité, sont *présumées* avoir *l'intention* d'interpréter le traité[,] *et non de l'amender ou de le modifier*. La *possibilité que la pratique ultérieure des parties vienne amender ou modifier un traité n'est pas généralement reconnue*. »[2]

[1] M. G. Kohen, « Keeping Subsequent Agreements and Practice in Their Right Limits », dans G. Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, 2013, p. 37.

[2] Nations Unies, rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-dixième session (30 avril-1er juin et 2 juillet-10 août 2018), chap. IV, « Accords et

La convention de Vienne sur le droit des traités attribue de même un rôle limité à la pratique ultérieure, pour autant que celle-ci reflète un accord entre les parties. Ce n'est qu'aux fins de l'*interprétation* d'un traité que l'alinéa *b)* du paragraphe 3 de l'article 31 permet de tenir compte de toute pratique ultérieurement suivie. La conférence de Vienne a rejeté le projet d'article 38, qui aurait expressément permis de modifier un traité par la pratique ultérieure[3]. De plus, comme l'a expliqué la Cour dans son arrêt en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, le non-respect des dispositions d'un traité, même s'il est réciproque, ne modifie pas celles-ci ni les obligations qui en découlent[4].

6. Cela confirme qu'il ne faut pas considérer ou inférer à la légère qu'un traité a pu être modifié par un comportement. Pour modifier les dispositions d'un traité, on procède habituellement de la même façon que pour conclure ce traité — il s'agit d'une procédure écrite qui suit les modalités prévues par le traité lui-même et se conforme aux prescriptions internes concernant l'approbation formelle et expresse d'une telle modification. En effet, comme l'a relevé la CDI dans son commentaire du projet de conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, « la réalisation effective » d'une modification d'un traité par une « pratique ultérieure établissant l'accord des parties » « *ne saurait être présumée* »[5]. Ainsi, même si une modification par un comportement ultérieur peut se produire, la partie qui l'invoque doit prouver, de manière convaincante, sans place au doute, que les parties avaient bien l'intention de modifier les dispositions du traité par leur comportement. Cela signifie que le critère à cet égard est strict, et c'est d'autant plus important lorsqu'il s'agit d'un traité établissant une frontière entre États. Même s'il peut être avancé que, dans un cas donné, comme en l'espèce, c'est non pas la modification du traité en soi qui est en cause, mais la modification de la frontière, il peut également être avancé que toute modification de la frontière telle que définie par le traité représente une modification du traité lui-même, puisque la substance même de ce dernier — la définition de la frontière concernée — est modifiée une fois que la frontière est modifiée par un comportement ou une pratique

---

pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », commentaire du projet de conclusion 7 (« Effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation »), doc. A/73/10, p. 53, par. 3 (les italiques sont de moi).

[3] Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions (Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969), Nations Unies, *Documents officiels*, documents de la conférence, sect. B, « Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires, adopté par la Commission du droit international à sa dix-huitième session », art. 38 (« Modification des traités par une pratique ultérieure »), doc. A/CONF.39/11/Add.2, p. 60.

[4] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, p. 68, par. 114.

[5] Nations Unies, rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-dixième session (30 avril-1er juin et 2 juillet-10 août 2018), chap. IV, « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », paragraphe 38 du commentaire du projet de conclusion 7, par. 3, doc. A/73/10, p. 67 (les italiques sont de moi).

ultérieurs. Mais, même si l'on s'en tient à la modification de la frontière, les relations entre États voisins exigent que leurs frontières soient stables[6], et l'on ne peut pas non plus présumer ou inférer à la légère que ces frontières ont été modifiées par un comportement ultérieur : un critère strict est requis pour qu'une telle modification soit réputée avoir eu lieu.

7. En conclusion, la Cour a eu raison de considérer que la proposition de la commission de 1901 visant à modifier l'article IV de la convention de 1900 n'avait pas été approuvée par un comportement. Cependant, je regrette que, en ne rappelant pas le critère particulièrement strict qui est requis pour qu'il y ait modification d'un traité ou d'une frontière par un comportement, elle ne donne erronément l'impression qu'une telle modification peut facilement intervenir en droit international.

(Signé) Bogdan AURESCU.

---

[6] *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 34 (« D'une manière générale, lorsque deux pays définissent entre eux une frontière, un de leurs principaux objectifs est d'arrêter une solution stable et définitive. ») ; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994*, p. 37, par. 72 (« Une fois convenue, la frontière demeure, car toute autre approche priverait d'effet le principe fondamental de la stabilité des frontières, dont la Cour a souligné à maintes reprises l'importance »).