

OPINION INDIVIDUELLE DE SIR GERALD FITZMAURICE

[Traduction]

Bien qu'en parfait accord avec le dispositif de l'arrêt de la Cour, avec le raisonnement sur lequel il se fonde et avec ses termes, il y a certaines questions que j'aimerais développer davantage et d'autres — qui ne figurent pas dans l'arrêt — qui me semblent mériter d'être discutées brièvement.

N'ayant aucune intention de revenir à nouveau sur l'ensemble du sujet, j'exposerai mes arguments *seriatim*, dans l'ordre qui me semble le plus convenable, et sans essayer d'établir un lien quelconque entre eux.

La situation avant 1904

Il est dit dans l'arrêt de la Cour qu'elle n'a pas à examiner la situation qui existait avant la convention de 1904; et c'est exact dans la mesure où les droits des Parties dépendent ou découlent de cette convention ou des événements subséquents. Il est toutefois un fait non mentionné dans l'arrêt qui aurait pu revêtir une importance décisive en l'espèce, à savoir qu'antérieurement au règlement de frontières de la période 1904-1908 le temple de Préah Vihéar était situé sur un territoire soumis alors à la souveraineté du Siam, le traité du 15 juillet 1867 entre la France (agissant au nom du Cambodge) et le Siam (nom sous lequel la Thaïlande était alors désignée) ayant fixé une ligne frontière dont le tracé était situé très au sud de la chaîne des Dangrek, à travers la pleine cambodgienne. La convention de 1904 ayant eu pour effet de reporter la frontière vers le nord et de la fixer le long de la ligne générale de la chaîne des Dangrek, il s'ensuit qu'aux termes de cette convention, la Thaïlande abandonnait certains territoires. Il y a donc lieu de présumer, *in favorem ejus qui dat*, que la Thaïlande n'a renoncé à aucun territoire dont on ne peut prouver qu'elle l'a effectivement abandonné. Si donc il s'agit de choisir entre deux tracés différents de la frontière dans la région de Préah Vihéar, l'un plus au nord, l'autre plus au sud, c'est ce dernier tracé qui prévaut, à moins que le premier ne puisse être établi. Je partage l'avis de la Cour lorsqu'elle estime que le premier de ces tracés (celui qui est situé le plus au nord) peut être et est effectivement établi, pour les motifs exposés dans l'arrêt; mais les considérations ci-dessus sont nécessaires pour faire apparaître pleinement le sens de la conclusion à laquelle la Cour est parvenue.

La question est mise en relief d'une autre façon. Pendant toute la procédure la Thaïlande a soutenu que, puisqu'aucune délimitation effective de la frontière dans le secteur oriental de la chaîne des Dangrek n'a jamais été opérée (c'est ce qu'elle prétend) comme

l'exigeait l'article 3 de la convention de 1904, il en résulte automatiquement (en vertu de l'article 1^{er}) que la frontière doit suivre la ligne de partage des eaux que le levé topographique a permis de reconnaître. Une interprétation encore plus favorable à la Thaïlande serait qu'en l'absence de la délimitation exigée par l'article 3, complétant l'article 1^{er}, celui-ci ne pouvait avoir eu aucun effet pratique, si bien qu'aucune nouvelle ligne frontière née de la convention de 1904 n'avait pu être établie, et que la frontière est demeurée telle qu'elle était immédiatement avant 1904, et la zone du temple située en Thaïlande. Ces deux interprétations étant favorables à la Thaïlande, et l'une comme l'autre ayant un caractère décisif, si la Cour n'avait pas jugé qu'en tout état de cause la Thaïlande avait ultérieurement et en toute indépendance accepté une frontière qui situe le temple au Cambodge, il n'était pas nécessaire de choisir entre elles.

Il existe un autre aspect de la situation antérieure à 1904 qui présente aussi de l'importance, à savoir les preuves nombreuses figurant au dossier au sujet de l'imprécision des frontières entre le Siam et l'Indochine française (dont le Cambodge faisait alors partie), état de choses ancien et qui a troublé les rapports entre la France et le Siam. Il en est question vers la fin de l'arrêt. C'est pourtant un point qu'il convient de garder constamment présent à l'esprit dès le départ, pour apprécier ce que les Parties ont eu vraiment l'intention de réaliser par les accords de frontière de la période de 1904-1908 et comme indication de leur désir d'arriver à un règlement précis et durable.

*Considérations de caractère topographique,
historique et culturel*

La Cour les a écartées d'une seule phrase, comme n'étant pas juridiquement décisives. J'admets qu'elles ne le sont pas, mais il me semble qu'il y a lieu de dire pourquoi, puisque ces considérations ont occupé une place importante dans les thèses des deux Parties. Des questions de ce genre peuvent avoir une certaine importance juridique dans une affaire touchant à la souveraineté territoriale qui porte sur la preuve de faits que chaque Partie peut produire à l'appui de sa prétention, et non pas sur un élément plus concret et plus positif, tel qu'un traité. Dans la présente affaire, les deux Parties acceptent et soutiennent même que leurs droits dérivent de la convention de 1904 et des événements ultérieurs relatifs à cette convention, ou de nature à l'affecter. Il s'ensuit que certains facteurs étrangers, qui pourraient avoir eu un certain poids lorsqu'elles ont établi cette convention, et plus particulièrement lorsqu'il s'est agi de déterminer le tracé de la frontière, n'ont plus qu'une pertinence relative pour déterminer, en droit, où en est aujourd'hui le tracé.

En outre, pour que ce facteurs aient une importance appréciable, il serait au moins nécessaire que tous concourent et fournissent des

indications sans ambiguïté. Ce n'est pas le cas. Comme la Cour le souligne dans son arrêt, aucune déduction certaine ne ressort du désir des Parties d'établir une frontière naturelle et visible — les Dangrek en eux-mêmes leur en fournissent une et, d'une manière générale, peuvent jouer ce rôle, que la frontière des Dangrek longe la ligne de crête, la ligne de partage des eaux, ou la ligne d'escarpement. De même, il est difficile de tirer de la situation du temple des conclusions certaines. Il surplombe la plaine cambodgienne mais il est orienté vers la Thaïlande. Son accès principal vient de cette direction; mais il y a aussi un accès du côté du Cambodge — et cet accès, du fait qu'il est abrupt et difficile — et précisément pour cette raison — doit avoir été conçu délibérément et dans un but précis, pour ainsi dire *contra naturam*, puisqu'il nécessite une montée de plusieurs centaines de mètres. Cependant la difficulté d'accès n'est pas ou n'était pas uniquement d'un seul côté: le dossier témoigne que la densité de la jungle du côté nord (Thaïlande) du temple nécessitait une préparation spéciale pour les visites, à l'intention desquelles des sentiers devaient être frayés ou déblayés. Cette difficulté d'accès particulière était beaucoup moins prononcée du côté du Cambodge: mais ce qui reste certain, c'est que si, quoique pour des raisons différentes et de façons différentes, l'accès n'était facile d'aucun côté, il était praticable des deux côtés et a été réalisé des deux côtés à diverses époques et avec plus ou moins de succès.

Quant aux origines khmères du temple, cet argument (avancé par le Cambodge) est un élément également neutre, puisqu'il semble être admis qu'il y a et qu'il y avait dans cette région des populations de race khmère des deux côtés de la frontière.

*Les travaux de la Commission mixte
en vertu de la convention de 1904*

Bien que n'étant pas en désaccord avec les conclusions de l'arrêt sur ce point, je pense que tant de faits reposent sur des conjectures qu'il est extrêmement difficile d'en tirer une conclusion certaine. Différentes déductions peuvent s'avérer plus ou moins raisonnables et légitimes mais, en fin de compte, la seule chose certaine est que la carte de l'annexe I a été dressée à Paris par des officiers topographes français en novembre 1907 et *comme telle* n'a jamais été vue (encore moins approuvée ou adoptée) par la Commission mixte, qui semble même avoir cessé entièrement ses fonctions vers février de cette année-là, ou tout au moins n'a jamais, après janvier, tenu de réunion dont il soit fait mention. Faute de preuve, la question de savoir si la carte se fondait sur des instructions données par la Commission ou sur des croquis approuvés par elle ne peut être, en l'absence de preuves, qu'une question de conjecture. Il me semble donc que la Thaïlande triomphe dans cette partie de l'affaire, sur laquelle il suffit à peu près de dire

que, pour respectable que soit l'origine de la carte en question, elle doit être considérée comme étant une œuvre purement unilatérale, ne liant en aucune façon la Thaïlande au moment où elle lui a été communiquée et entièrement sujette, à cette époque, à son acceptation ou à son rejet, soit en totalité, soit en partie.

Acceptation de la frontière de l'annexe I par la conduite de la Thaïlande

Si la question avait été terminée une fois la carte dressée, ou si la carte n'avait jamais été communiquée officiellement à la Thaïlande, ou si elle avait été communiquée de telle façon ou en telles circonstances qu'aucune conclusion contraire n'ait pu être tirée du fait que la Thaïlande n'a pas réagi, ou encore si la carte avait été communiquée mais rejetée soit en totalité, soit en ce qui concerne Préah Vihéar, alors, selon moi, la Thaïlande aurait eu droit à une conclusion en sa faveur, car je considère personnellement qu'on ne peut raisonnablement mettre en doute que, dans cette région particulière, la ligne réelle de partage des eaux suit et suivait en 1904 la ligne d'escarpement. (De plus, je ne peux considérer pour ma part la déviation établie à Préah Vihéar par rapport à la ligne de partage des eaux comme rentrant dans les pouvoirs discrétionnaires d'adaptation que pouvait posséder la Commission mixte; mais cette question est en tout cas sans importance, étant donné que ce n'est pas la Commission mixte, comme telle, qui a dressé ou approuvé la carte.)

Le point vital dans cette affaire est donc de savoir si la Thaïlande, par sa conduite en 1908 et plus tard, a en fait accepté la frontière de la carte de l'annexe I comme représentant le résultat des travaux de délimitation prévus à la convention de 1904, sachant comment ladite carte avait été dressée; ou plus simplement, si la Thaïlande a seulement accepté la ligne comme étant la frontière, acceptant aussi le risque d'une inexactitude possible.

L'arrêt de la Cour répond à ces questions dans l'affirmative sur des bases avec lesquelles je suis pleinement d'accord. Ce faisant, je ne perds pas de vue le fait que l'acceptation d'une obligation contractuelle par la seule conduite ne doit pas être présumée à la légère, spécialement quand il est question d'une frontière et encore moins quand la ligne frontière ainsi prétendue acceptée implique une dérogation au critère de délimitation indiqué dans le traité en question. Mais si l'argument tiré de l'erreur ou de la méprise est exclu, comme je pense qu'il doit l'être (voir plus loin), je ne puis interpréter la conduite de la Thaïlande, considérée dans son ensemble, autrement que comme l'acceptation de cette ligne particulière pour représenter la frontière en cette région. De plus, une conduite même négative, c'est-à-dire ne pas agir, ne pas réagir ou se taire dans des circonstances où cela ne peut qu'impliquer l'acceptation ou le consentement est, à mon avis, tout à fait suffisante à cette fin si les faits sont clairs.

Je voudrais seulement ajouter aux vues exprimées dans l'arrêt

que je ne peux pas accepter l'argument présenté si éloquemment pour la Thaïlande que toute adhésion à la frontière de l'annexe I aurait impliqué une dérogation à une obligation contractuelle solennelle. Cela est certainement une pétition de principe, car, ainsi que le dit l'arrêt, les gouvernements ont toujours la possibilité, dans leurs relations bilatérales, de se mettre d'accord sur une dérogation de cette sorte, du moment qu'ils le font en toute connaissance de cause ou (comme je pense que c'est ici le cas de la Thaïlande) dans des circonstances dans lesquelles on doit considérer qu'ils ont accepté, et en quelque sorte escompté à l'avance, les risques ou les conséquences du manque (ou de la possibilité du manque) de connaissance. Dans le cas actuel, la conduite de chacune des Parties à propos de ce qui était pour toutes deux un point d'accord important était, à mon avis, la preuve, ou l'équivalent de la preuve d'un accord pour accepter une certaine ligne comme frontière. Ce qui me semble réellement être arrivé n'était pas, au sens juridique, une dérogation aux stipulations du traité en question, mais l'acceptation réciproque d'un certain résultat comme étant sa conséquence réelle, que cette conséquence soit ou non exactement conforme au critère du traité.

Je crois utile de mentionner ici un point de détail qui risque cependant d'engendrer une certaine confusion. L'une des cartes communiquées aux autorités siamoises couvrait la chaîne du Pnom Padang qui prolonge la chaîne des Dangrek vers l'est, dans la direction du fleuve Mékong, et montrait une frontière suivant apparemment la crête du Pnom Padang. Cela parce que la convention de 1904, tout en prescrivant la ligne de partage des eaux pour les Dangrek, prescrivait la ligne de crête pour le Pnom Padang, et la délimitation effective fut exécutée par la Commission mixte créée conformément à cette convention. Le traité de frontières subséquent de mars 1907 prescrivait toutefois la ligne de partage des eaux pour le Pnom Padang aussi bien que pour les Dangrek. Mais entre temps déjà, la première Commission mixte (1904) (voir procès-verbal de sa réunion du 18 janvier 1907) avait adopté la ligne de crête (il semble pourtant que, dans cette région, la Commission ait considéré que la ligne de crête et la ligne de partage des eaux coïncidaient). Pour autant que j'ai compris la question, il en est résulté que, bien que ce fut strictement la tâche de la seconde Commission mixte (1907) de délimiter la frontière le long des chaînes des Dangrek et du Pnom Padang, elle n'a délimité que le secteur occidental des Dangrek (le secteur oriental rentrant dans la tâche attribuée à la première Commission) et n'a pas délimité du tout le Pnom Padang. La détermination de la ligne de crête effectuée par la première Commission dans la région du Pnom Padang restait donc valable. Il semble donc qu'il y ait eu une entente tacite entre les gouvernements pour ignorer dans cette mesure les dispositions pertinentes du traité de 1907, puisqu'une délimitation avait déjà été effectuée, même si ce n'était pas celle prévue par ce traité. Donc

là encore, les gouvernements avaient accepté la ligne tracée sur la carte comme étant la ligne frontière, même si elle ne correspondait pas aux dispositions du dernier traité à ce sujet. Ce n'est là qu'une question secondaire, mais elle illustre très à propos que les gouvernements ne s'estimaient pas nécessairement liés aux critères du traité en ce qui concerne la ligne frontière acceptée finalement par eux.

La question de l'erreur

La Cour a amplement traité de cette question, mais comme elle se trouve au centre même de l'affaire, je désire présenter quelques observations supplémentaires à ce sujet.

Dans l'intérêt de la stabilité des contrats, le principe de l'erreur comme vice de consentement est généralement appliqué de façon assez restrictive; et j'estime que cette attitude est également correcte en droit international, dans l'intérêt de la stabilité des traités et des frontières établies par traité ou par d'autres formes d'accord. Qu'il y ait eu (comme je le pense) une erreur sur la carte par rapport à la véritable ligne de partage des eaux n'implique pas nécessairement que la Thaïlande ait été victime d'une méprise, et, si elle le fut, qu'elle puisse maintenant, en droit, invoquer ce fait. Les autorités siamoises, en 1908 et ultérieurement, ne pouvaient pas avoir manqué de se rendre compte que la carte de l'annexe I montrait Préah Vihéar comme se trouvant au Cambodge, puisque cette carte l'indiquait clairement; et pour les raisons indiquées dans l'arrêt de la Cour, le fait qu'à cette époque les autorités siamoises n'aient attaché aucune importance au temple ou n'aient pas réalisé l'importance qu'il pourrait avoir par la suite pour elles n'a juridiquement aucune pertinence. Ce fait, *per se*, n'aurait jamais pu fournir une base juridique pour réclamer une rectification de frontière.

Il ne reste donc plus qu'une seule question: celle de savoir si les autorités siamoises, en admettant (comme le fait l'arrêt) qu'elles aient accepté que Préah Vihéar soit attribué au Cambodge (comme partie de l'Indochine française), l'ont fait dans la croyance erronée — et (ainsi que le prétend la Thaïlande) seulement sur la base de cette croyance — que la frontière tracée sur la carte correspondait à la ligne de partage des eaux.

Même si les autorités siamoises étaient à cette époque victimes d'une telle méprise, il existe à mon avis deux raisons décisives pour lesquelles la Thaïlande ne peut s'appuyer sur ce fait ni l'invoquer en plaidoirie. La première de ces raisons se présente comme suit.

C'est le Gouvernement siamois lui-même qui, avec l'accord et même sur la proposition des membres siamois de la Commission mixte, avait demandé formellement que le travail de préparation des cartes des régions frontières soit effectué par les officiers topographes français. Il en a été de même en ce qui concerne les travaux de la seconde Commission mixte aux termes du traité de 1907.

De plus, dans le secteur oriental des Dangrek les autorités siamoises n'ont même pas fait accompagner les officiers français chargés de faire le levé par un officier siamois, comme ils auraient pu le faire et comme il a été fait dans d'autres cas (et c'est en fait un officier français cambodgien qui a procédé au levé dans le secteur oriental des Dangrek, ainsi que les membres siamois de la Commission mixte le savaient parfaitement). La lettre du ministre du Siam à Paris à laquelle étaient jointes les séries des cartes dont l'annexe I fait partie, indique aussi dans les termes les plus clairs qu'il s'agissait des cartes préparées par les officiers français à la demande des membres siamois de la Commission. Les cartes ont été alors communiquées aux membres siamois de la Commission mixte, qui bien sûr connaissaient également ce fait et qui, de plus, devaient savoir si, et jusqu'à quel point, ces cartes se fondaient sur les travaux faits ou approuvés par la Commission elle-même, ou sur les instructions données par cette dernière.

Il est donc évident que personne du côté siamois ne pouvait se méprendre quant à la provenance de ces cartes. De plus, il est évident que les autorités siamoises ont délibérément laissé toute l'affaire entre les mains des éléments français intéressés et ont ainsi accepté le risque de voir les cartes se révéler inexactes à certains égards. Par conséquent, il leur appartenait, s'ils le voulaient, de vérifier les résultats de la manière qui convenait, eu égard aux circonstances, par exemple en consultant des experts neutres. S'ils n'ont pas voulu le faire (quelle qu'en soit la raison), alors il leur fallait s'incliner devant ces résultats. La demande officielle de copies supplémentaires à l'usage des gouverneurs de province montre en tout cas qu'il ne s'agissait pas simplement d'une réception passive de ces cartes par les autorités siamoises.

L'explication de tout cela réside sans aucun doute dans le fait que, du côté siamois, on faisait entièrement confiance aux connaissances techniques et à la bonne foi des officiers topographes français chargés d'établir les cartes. On ne peut douter non plus que ces derniers aient agi en entière bonne foi, qu'ils ont fait usage de toutes leurs connaissances techniques, et qu'ils étaient persuadés que la ligne de partage des eaux dans la région de Préah Vihéar correspondait à la frontière indiquée à l'annexe I. On peut regretter pour le Siam le fait qu'il manquait à l'époque d'expérience topographique et cartographique, mais il s'agit d'États indépendants, souverains, auxquels s'appliquent certaines règles de droit, et il reste le fait qu'en l'absence de toute question d'un défaut de bonne foi, l'effet juridique de la confiance accordée aux connaissances d'un expert est que l'on doit s'en tenir aux résultats — bref, il s'agit d'appliquer un principe apparenté à celui de *caveat emptor*. Il en est ainsi dans tous les aspects de la vie. Celui qui consulte un avocat, un docteur, un architecte, ou un autre expert, est censé (en l'absence de fraude ou de négligence — dont il n'est pas question ici) accepter la possibilité d'une erreur de l'expert dans le conseil qu'il

donne ou de l'imperfection de son travail. Comme tous les êtres humains, l'expert est faillible. A l'exception des cas auxquels s'applique la doctrine du risque ou de la responsabilité « absolue », le droit en général n'accorde pas de recours contre des erreurs faites en bonne foi et sans négligence par des experts dûment qualifiés. Sinon, qui accepterait le risque de donner un avis d'expert? Les officiers français, en l'occurrence, étaient évidemment faillibles. Ainsi (et les deux Parties sont d'accord à ce sujet) ils ont fait une erreur sur le cours de la rivière O'Tasem qui doit avoir affecté toute la question du tracé de la ligne de partage des eaux dans la région de Préah Vihéar. Les autorités françaises d'Indochine ignoraient cette erreur. Elles ont accepté les cartes pour correctes. De même les autorités siamoises, connaissant le caractère et la provenance de la carte, étant en mesure de consulter leurs commissaires qui l'avaient reçue, ou des experts de leur choix, n'ont pas fait d'objection et n'ont pas posé de question à propos d'une ligne qui avait clairement pour but de représenter et de constituer la frontière dans cette région et qui plaçait Préah Vihéar du côté cambodgien de la ligne, ainsi que l'on pouvait s'en rendre compte à première vue. Aujourd'hui la Thaïlande dit que la carte était inexacte et qu'elle a été victime d'une méprise à son sujet. Mais il est clair que les autorités siamoises avaient alors accepté le risque qu'une erreur de ce genre pourrait justement être découverte un jour ou l'autre; et quiconque agit ainsi doit être également considéré par cela même, et à l'avance, comme ayant accepté les erreurs qui se révèlent plus tard.

L'autre raison décisive pour laquelle il n'est pas possible d'accepter l'argument de la Thaïlande selon lequel elle a cru à tort que la frontière de l'annexe I correspondait à la ligne de partage des eaux, et que c'est seulement sur cette base qu'elle a accepté que Préah Vihéar soit situé au Cambodge, est que cette allégation, comme l'arrêt de la Cour le souligne, est entièrement incompatible avec son attitude à l'égard des « actes accomplis sur les lieux » qu'elle invoque pour prouver qu'elle estimait avoir la souveraineté sur Préah Vihéar et qu'elle n'avait jamais accepté la frontière de l'annexe I; car s'il en avait été ainsi, elle aurait dû considérer que la frontière tracée sur la carte était inexacte et que c'était la seule raison pour laquelle la carte indiquait Préah Vihéar comme situé au Cambodge. Cela ne change rien que la Cour ait jugé que les actes accomplis sur les lieux par la Thaïlande ne suffisaient pas, en fait, à démontrer qu'elle n'avait pas accepté la frontière indiquée sur la carte. La contradiction avec l'allégation de méprise réside dans le fait même de soutenir que ces actes ont suffi.

Les « actes accomplis sur les lieux » par la Thaïlande

Si l'attitude de la Thaïlande à l'égard des actes qu'elle a accomplis sur les lieux lui interdit d'invoquer l'erreur sur la question de la ligne de partage des eaux, il lui reste le droit de les avancer comme preuve du fait qu'elle croyait avoir la souveraineté sur Préah Vihéar

et qu'elle n'a pas accepté la frontière de l'annexe I dans cette région. Mais à l'instar de la Cour, je ne trouve pas que ces actes soient réellement convaincants à cet égard. Je sais bien que la Thaïlande a produit un volume impressionnant de preuves sur ses activités administratives locales visant Préah Vihéar; mais je ne vois pas très bien quelle valeur légale on peut leur attacher. J'ai déjà attiré l'attention sur le fait qu'antérieurement au règlement conventionnel de 1904, la région de Préah Vihéar (non pas certes prise isolément, mais en tant que partie du secteur oriental des Dangrek) était, et avait été depuis 1867, soumise à la souveraineté siamoise, car la frontière à cette époque passait au sud de l'ensemble de la chaîne des Dangrek. Étant donné cette situation, on pouvait peut-être s'attendre (ce qui n'aurait du reste pas eu grande importance) à ce que dans cette région assez reculée et en raison des difficultés probables de communication avec Bangkok, les fonctionnaires et les autorités locaux de la province de Khukhan continuassent, pour un certain temps, à Préah Vihéar et dans les environs, à accomplir les actes et à remplir les fonctions qui par le passé entraient dans leur compétence. Si telle était la situation, on ne pourrait guère en tirer de conclusions très positives. Il est vrai que les autorités siamoises ont pris des mesures pour faire connaître dans la région les modifications de frontière, mais il se peut que sur place on ait mis du temps à s'en rendre compte. Il se peut qu'il y ait eu pour un certain temps un élément de fluidité dans la situation locale; mais l'attitude réelle du Siam en tant qu'État doit, pour les raisons indiquées dans l'arrêt de la Cour, être admise comme étant celle manifestée au cours de la visite du prince Damrong en 1930 et ultérieurement à cette visite — qui est de loin l'événement le plus significatif dans cette partie de l'affaire. Cet événement paraît selon moi avoir constitué la reconnaissance tacite de la souveraineté du Cambodge sur Préah Vihéar et l'existence de raisons pour lesquelles le Siam n'aurait pas protesté ne peut, en droit, modifier les faits.

J'ai été également frappé par la déposition de l'un des témoins expert de la Thaïlande — un témoin qui m'a paru évidemment honnête, en qui l'on peut avoir confiance — déclarant qu'au cours d'une visite dans cette région en juillet 1961, pendant laquelle il a passé onze jours à faire le levé de la zone du temple, il n'a vu aucun signe des habitants, des rizières, des activités forestières ou autres qui tiennent tant de place dans les preuves fournies par la Thaïlande pour la période suivant les règlements conventionnels de 1904-1908. Ce témoin, lors du contre-interrogatoire par le Cambodge, répondant à la question de savoir s'il avait vu des gens habitant entre Préah Vihéar et le village le plus proche du côté thaïlandais — une distance de 10 à 15 kilomètres —, a dit « Non, personne ne vit là ». Quand on lui a demandé s'il avait vu des gens sur la montagne de Préah Vihéar même, il a répondu qu'à part le poste de police thaïlandais et un gardien du temple, il avait vu « parfois quelques visiteurs ... ou touristes ». Lorsqu'on lui a demandé s'il avait vu des gens culti-

vant le riz, il a répondu « Non. La région est couverte de jungle forestière et il n'y a pas de rizières ». Quand on lui a demandé s'il avait vu des bûcherons ou des forestiers dans les parages, il a répondu « Pendant les onze jours de mon séjour, je n'ai vu personne ». Au cours d'un nouvel interrogatoire par la Thaïlande, aucune question n'a été posée au témoin sur ces points.

Il n'est évidemment pas possible de tirer de ce témoignage, particulièrement sur la base d'un séjour si court, des conclusions précises en ce qui concerne la situation qui existait à une période antérieure. Cependant, même en onze jours, il est possible de voir si, dans une zone restreinte, il y a des habitations, des cultures, des travaux forestiers en train, etc. Il semble donc raisonnable d'en déduire — tenant compte de l'activité déployée du côté siamois dans cette région au cours de la période qui a suivi le règlement conventionnel, ainsi qu'elle a été décrite dans les témoignages fournis par la Thaïlande — qu'elle doit avoir subi entre temps une diminution notable.

Les traités de 1925 et 1937

Ces traités, dont la portée et les effets ont été amplement discutés au cours des débats écrits et oraux, n'ont, à mon avis, qu'une signification limitée bien que de poids en l'espèce, dans ce sens qu'ils indiquent l'importance qu'attachaient les Parties à la stabilité et à la permanence de leurs frontières. Cela est démontré par le fait que la révision des frontières a été explicitement exclue de la procédure de révision qui était d'autre part l'un des objets principaux de ces traités. La Cour en est arrivée sur la base de ces faits à une conclusion avec laquelle je suis entièrement d'accord, à savoir qu'il est raisonnable de déduire de cet aspect des traités que les Parties, par les règlements de frontières de la période 1904 à 1908, recherchaient également la stabilité et la permanence, et que ce facteur doit donc l'emporter et dissiper les doutes possibles au sujet d'une partie de la frontière dont la validité est maintenant mise en question.

C'est un principe général de droit qui a été appliqué dans de nombreuses situations que de considérer l'attitude, l'état d'esprit ou les intentions manifestés à une époque ultérieure par une partie comme une preuve sérieuse — à propos de la même affaire ou d'une affaire étroitement connexe — de son attitude, de son état d'esprit ou de ses intentions à une date antérieure; à condition toutefois qu'il n'y ait pas de preuves directes réfutant la présomption ainsi avancée. De même — fait très important dans les affaires qui affectent la souveraineté territoriale —, l'existence à une date ultérieure d'un état de fait ou d'une situation peut fournir une preuve par présomption sérieuse de son existence à une date antérieure, même quand la situation ou l'état de fait ultérieurs doivent être écartés à d'autres égards (M. Huber dans l'affaire de l'Île de

Palmas, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, p. 866; voir aussi l'opinion dissidente de M. Basdevant dans l'affaire des *Minquiers et des Écréhous*, C.I.J. Recueil 1953, pp. 76 et suiv.).

Le Cambodge a cependant invoqué un autre effet des traités de 1925 et 1937, à savoir qu'en confirmant les frontières déjà établies, ils donnent une base conventionnelle nouvelle et indépendante à la frontière de l'annexe I, la validant ainsi, même si elle n'avait pas été valable auparavant. Je ne pense pas que cette affirmation soit fondée. Une telle confirmation des frontières existantes implique sans aucun doute que les frontières existaient, et aussi peut-être qu'elles existaient et qu'elles étaient complètes à tous les points de contact entre les deux pays; mais cela, en soi, ne donne aucune indication sur ce qu'étaient ces frontières ou sur leur tracé exact. Une confirmation ne peut que confirmer ce qui est. Elle ne peut pas *en soi* modifier, ajouter ou soustraire quelque chose à ce qui est et qui doit être établi à partir d'une autre source — en l'espèce, par une référence aux règlements conventionnels antérieurs et aux événements s'y rapportant. La confirmation prouvait l'importance que les Parties attachaient aux frontières, mais à tous autres égards elle laissait les choses en l'état, quelles qu'elles fussent.

Le principe de la forclusion et de l'estoppel

La Cour a appliqué ce principe à la présente affaire dans ce sens que, même si l'on pouvait avoir un doute quant à l'acceptation, à l'origine, par la Thaïlande de la carte de l'annexe I et de la frontière qui y est indiquée — par laquelle elle aurait donc été liée —, elle est forclosée par sa conduite postérieure à prétendre maintenant qu'elle ne l'a pas acceptée. Je suis d'accord avec cette conclusion (en posant que, pour les raisons déjà indiquées, l'erreur ou la méprise ne peuvent être invoquées). Mais la Cour n'a fait qu'esquisser la question, qui demande d'amples développements.

Le principe de la forclusion est, dans le domaine du droit international, l'équivalent le plus proche de la règle de *common law* de l'*estoppel*, bien qu'il ne soit peut-être pas appliqué dans des conditions aussi restrictives, et il est certainement appliqué comme règle de fond et non pas simplement comme une règle concernant l'administration des preuves et la procédure. En théorie, ce principe est tout à fait distinct de la notion de l'acquiescement. Mais l'acquiescement peut opérer comme forclusion ou *estoppel* dans certains cas, par exemple là où le silence, dans une occasion où il y a devoir ou nécessité de parler ou d'agir, implique accord ou renonciation à des droits, et peut être considéré comme une manifestation à cet effet. (Voir les affaires et la citation d'une *Opinion of the British Law Officers*, citée dans l'article de D. W. Bowett « *Estoppel before International Tribunals and its relation to acquiescence* », dans le *British Year Book of International Law*, 1957, pp. 197-201; ainsi que « *Law of Treaties*, 1961 », p. 488 de Lord McNair.) Sur cette base, il faut considérer que, dans la présente affaire, le silence de la

Thaïlande, dans des circonstances où le silence signifiait acquiescement, ou constituait la manifestation de l'acceptation de la frontière de la carte, entraîne pour la Thaïlande forclusion ou *estoppel* pour nier cette acceptation, ou opère comme une renonciation à son droit original de rejeter la frontière de la carte ou son tracé à Préah Vihéar.

Cependant, dans les cas où il peut être prouvé, par sa conduite ou de toute autre manière, qu'une partie s'est engagée ou est liée par une obligation, il n'est strictement pas nécessaire ni même approprié d'invoquer le principe de la forclusion ou de l'*estoppel*, quoique les termes de ce principe soient en pratique souvent employés pour décrire cette situation. Ainsi on peut dire que A, ayant accepté une certaine obligation, ou étant lié par un certain instrument, ne peut pas ensuite nier ce fait et « souffler le chaud et le froid ». Sans doute A ne peut pas être admis à nier; mais cela veut simplement dire que A est lié et que, étant lié, il ne peut pas échapper à cette obligation par le seul fait d'en nier l'existence. En d'autres mots, s'il peut être prouvé que la dénégation est fausse, il n'y a ni lieu ni besoin d'invoquer la forclusion ou l'*estoppel*. Une telle défense est essentiellement un moyen d'exclure une dénégation qui pourrait être *exacte* — sans tenir compte de son exactitude. Elle empêche l'affirmation de ce qui, en fait, pourrait être *vrai*. Par conséquent, son emploi doit être sujet à certaines restrictions. Donc le véritable domaine d'application du principe de forclusion ou d'*estoppel*, *stricto sensu*, dans le contexte qui nous occupe, est le cas où il est possible que la partie intéressée ne se soit pas engagée ou n'ait pas accepté l'obligation en question (ou qu'il y ait possibilité d'en douter), mais où la conduite ultérieure de cette partie a été telle, et a eu des conséquences telles, qu'on ne peut lui permettre de nier l'existence d'un engagement, ou qu'elle soit liée.

Les conditions essentielles de l'application du principe de forclusion ou d'*estoppel*, strictement interprété, est que la partie qui l'invoque doit « s'être fiée » aux déclarations ou à la conduite de l'autre partie, ceci à son propre détriment ou à l'avantage de l'autre. La nécessité souvent invoquée d'un « changement de position » subséquent de la partie qui invoque la forclusion ou l'*estoppel* est implicite ici. A ce propos, une source fréquente de méprise consiste à présumer qu'un changement de position signifie que la partie qui invoque la forclusion ou l'*estoppel* doit avoir été amenée à changer sa propre position par des actes qu'elle a elle-même accomplis en conséquence des déclarations ou de la conduite de l'autre partie. Il y a certainement du vrai en cela, mais le véritable sens de la présomption est que ces déclarations ou cette conduite de l'autre partie doivent avoir amené un changement dans les positions *relatives* des parties, empirant la position de l'une ou améliorant celle de l'autre, ou les deux à la fois.

La même condition de la nécessité d'un changement ou d'une modification dans la position relative des parties s'applique

également à certaines autres notions qu'on associe d'habitude étroitement au principe de la forclusion ou de l'*estoppel*, comme par exemple le principe que l'une des parties doit s'être « fiée » aux déclarations ou à la conduite de l'autre, ou que celle-ci doit, de la même manière, « s'être présentée » comme adoptant une certaine attitude ou doit avoir formulé une « déclaration » quelconque. Ces facteurs sont sans doute normalement présents, mais la question essentielle est et demeure de savoir si les déclarations ou la conduite de la partie qu'on récuse ont produit dans les positions relatives un changement à son avantage ou au détriment de l'autre. S'il en est ainsi, cette partie n'est pas recevable à contester ce qu'elle a dit ou fait.

Appliquant ce critère aux circonstances de l'espèce, il ne fait guère de doute que la position juridique du Cambodge a été affaiblie du fait que (bien qu'une affirmation frappante de sa souveraineté ait été manifestée à l'occasion de la visite du prince Damrong en 1930) ce n'est qu'en 1949 qu'une protestation quelconque sur le plan diplomatique a été formulée au sujet des mesures locales prises par la Thaïlande en violation, ou tout au moins à titre de dénégation implicite de cette souveraineté. Mais la France (exerçant le protectorat) était fondée à penser, du fait de la conduite des autorités centrales siamoises, que celles-ci acceptaient la frontière indiquée sur la carte à Préah Vihéar. Sur cette base, mais sur cette base seulement, la France pouvait en toute sécurité négliger les activités des autorités locales siamoises et (laissant de côté la période de guerre qui, je crois, doit être écartée en l'espèce) limiter son action diplomatique, comme elle semble l'avoir fait, au cas touchant clairement les autorités centrales siamoises.

De même, c'est seulement sur la base d'une présomption justifiable de l'acceptation par la Thaïlande de la frontière portée sur la carte qu'une activité administrative relativement faible de la part de la France et du Cambodge à Préah Vihéar aurait été compatible avec le maintien de la souveraineté. C'est un principe international établi en droit qu'en particulier dans les régions sauvages et isolées, un nombre assez faible d'actes de maintien de la souveraineté suffit quand le titre ne dépend pas essentiellement du caractère ou du nombre de ces actes eux-mêmes, mais dérive d'une source connue et indépendante, telle qu'un traité ou autre règlement conventionnel. Donc, sur la base de l'acceptation par la Thaïlande de la frontière de la carte comme partie du règlement conventionnel, il n'aurait pas été nécessaire, pour conserver le titre du Cambodge (à propos d'une localité telle que la zone du temple), d'accomplir autre chose que les actes les plus minimes d'administration usuelle. Il est clair que si l'on permettait aujourd'hui à la Thaïlande de nier son acceptation, toute la base juridique qui explique l'inactivité relative de la France et du Cambodge en cette région serait détruite.

Aux considérations qui précèdent, il peut être utile d'ajouter une formule qui évite délibérément d'entrer dans les détails tech-

riques, donnée par un ancien membre de la Cour (écrivain en une autre qualité) et que voici :

« Un État ne saurait se prévaloir des dispositions d'un traité lorsqu'elles sont à son avantage et les répudier lorsque leur exécution devient onéreuse. Il importe peu que la règle soit fondée sur ce que le droit anglais appelle le principe de l'irrecevabilité des rétractations (*estoppel*) ou sur le principe plus généralement admis de la bonne foi, le premier n'étant d'ailleurs, selon toute vraisemblance, qu'un aspect du second. » (Lauterpacht, *Rapport sur le droit des traités*, doc. N. U. A/CN.4/63 du 24 mars 1953, p. 184.)

Problème d'interprétation : conflit entre la disposition prévoyant la ligne de partage des eaux et la frontière de la carte

La Cour a examiné attentivement cette question tout en indiquant qu'en fait, étant donné la base principale de l'arrêt, elle ne se posait pas à proprement parler, puisque les Parties elles-mêmes avaient résolu tout conflit possible en acceptant la frontière tracée sur la carte comme étant le résultat des travaux de délimitation, même si elle ne suivait pas dans tous ses points la ligne de partage des eaux. Je pense que la Cour a eu toutefois raison de considérer comment il fallait résoudre un conflit, en tant que problème ordinaire d'interprétation des traités, et ce pour la raison suivante.

Dans la procédure actuelle, la Thaïlande aurait eu la possibilité d'adopter une ligne d'action tout à fait différente de celle qu'elle a suivie en fait. Au lieu de nier son acceptation de la carte comme représentant le résultat des travaux de délimitation, elle aurait pu l'admettre et admettre également que la carte faisait partie du règlement conventionnel. Mais ayant admis ce fait, la Thaïlande aurait encore pu faire valoir que, précisément parce que la carte était devenue partie du règlement, tout conflit entre la carte et une clause du traité devait être résolu suivant les règles ordinaires d'interprétation des traités, et que la Thaïlande devait pouvoir bénéficier de cette procédure, tout comme ce serait le cas si l'on découvrait une contradiction entre deux dispositions de la convention elle-même. Sur cette base, même si la Thaïlande admettait avoir accepté la carte, elle pouvait soutenir que dans un conflit entre une disposition conventionnelle indiquant « une ligne de partage des eaux » et une carte donnant un tracé différent, c'est la première qui devait prévaloir. Il était donc nécessaire que la Cour traite la question sur cette base.

Il n'y a naturellement aucune règle générale qui exige qu'un tel conflit soit résolu en faveur de la frontière de la carte, et il y a eu bon nombre d'autres cas (dont quelques-uns ont été cités devant la Cour) où il n'en a pas été ainsi, quoique la carte ait fait partie des instruments composant l'ensemble du règlement conventionnel (comme ici) et n'ait pas été une simple feuille imprimée ou une page d'atlas, auquel cas elle n'aurait par elle-même eu aucun caractère obligatoire pour les parties. Cette question doit toujours

dépendre de l'interprétation du règlement conventionnel, considéré dans son ensemble, à la lumière des circonstances qui ont conduit à son établissement. En se plaçant à ce point de vue dans l'affaire qui nous occupe, je suis d'accord avec la Cour que, dans ce cas particulier, la question d'interprétation doit être résolue en faveur de la frontière de la carte.

Tracé de la ligne de partage des eaux

Conformément à la base sur laquelle la Cour a fondé son arrêt (et que j'accepte), il devient inutile de considérer quel est le véritable tracé de la ligne de partage des eaux à Préah Vihéar. Je désire cependant dire que les témoignages d'experts à ce sujet, écrits et oraux, m'ont personnellement convaincu que la ligne de partage des eaux suit (et suivait aussi pendant la période 1904-1908) le tracé décrit par la Thaïlande.

(Signé) G. G. FITZMAURICE.