

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE RANJEVA

*Engagement des Parties de se conformer à la décision de la Cour — Déclaration diplomatique confirmative du consentement juridictionnel préalable — Notion de droit qui prévalait à l'époque — Pacta non servanda sunt — Règles de droit intertemporel — Notion de « nations » non « civilisées » — Unilatéralisme, droit international, droit national — Blocs de compétence de droit international et de droit colonial.*

1. Je souscris aux dispositifs et motifs du présent jugement qui, je le souhaite, apporte un règlement définitif au différend qui oppose les deux Parties. Je me félicite de l'engagement que les présidents du Cameroun et du Nigéria ont pris devant le Secrétaire général des Nations Unies, le 5 septembre dernier, d'assurer l'exécution de la décision que rendra la Cour (United Nations News Centre, 12 septembre 2002). Une fois encore, les Etats africains ont tenu à réaffirmer leur foi dans le droit et le règlement judiciaire de leurs litiges. Sur le plan juridique, il convient d'apprécier l'intérêt de cet engagement à l'aune de la base consensuelle de compétence de la Cour. Le consentement juridictionnel préalable est le fondement de l'engagement des parties à accepter sans réserve une décision que la Cour est appelée à rendre sur le plan contentieux. En l'absence ou non d'un engagement diplomatique particulier, les parties litigantes sont liées dès l'expression de leur consentement et le rejet des exceptions relatives à la recevabilité ou à la compétence. Le jugement s'impose sans aucune autre condition particulière ou supplémentaire. Dès lors, la déclaration du 5 septembre 2002 n'est qu'un acte diplomatique confirmatif de l'engagement juridique antérieur qu'est le consentement juridictionnel préalable.

2. L'objet de la présente opinion porte sur l'interprétation que je souhaite donner au concept de « droit qui prévalait à l'époque » (par. 209). Pour comprendre la portée de cette notion, il convient de se référer à la *Décision arbitrale du Président de la République française entre la Grande-Bretagne et le Portugal relative à la baie de Delagoa*, en date du 24 juillet 1875 (H. La Fontaine, *Pasicrisie internationale 1794-1900 : histoire documentaire des arbitrages internationaux*), au texte de l'article 38 du Statut de la Cour et au silence de l'arrêt sur la qualification des accords passés par les chefs du Vieux-Calabar avec le représentant du Vieux-Calabar. La notion de « nation civilisée » constituait la condition d'éligibilité au statut juridique de sujet international. Sans reconnaissance formelle de souveraineté de la part des nations civilisées, les sociétés indigènes traditionnelles, africaines en particulier, n'avaient pas la qualité de sujet de droit international, même si leur territoire n'était pas nécessairement une

## SEPARATE OPINION OF JUDGE RANJEVA

[Translation]

*Undertaking by the Parties to comply with the Court's decision — Diplomatic declaration confirming prior consent to jurisdiction — Notion of "the law at the time" — Pacta non servanda sunt — Rules of intertemporal law — Notion of non-"civilized" "nations" — Unilateralism — International law — National law — Respective scope of international law and colonial law.*

1. I subscribe both to the operative parts and the reasoning of the present Judgment, which will, I trust, achieve a final settlement of the dispute between the two Parties. I welcome the commitment made by the Presidents of Cameroon and Nigeria before the United Nations Secretary-General on 5 September last with a view to securing enforcement of the decision to be handed down by the Court (United Nations News Centre, 12 September 2002). Once again, African States have been concerned to reaffirm their faith in the law and in the judicial settlement of their disputes. In legal terms, the significance of this commitment should be viewed in light of the consensual basis of the Court's jurisdiction. Prior consent to jurisdiction is the basis of the parties' undertaking to accept without reservation any decision which the Court is called upon to give in disputes between them. Whether or not there is any specific diplomatic commitment, the parties to a dispute are bound once they have expressed their consent, and any objections regarding admissibility or jurisdiction have been dismissed. The Judgment is binding without any other special or additional condition. It follows that the declaration of 5 September 2002 merely constitutes a diplomatic *démarche* confirming the pre-existing legal obligation represented by prior consent to jurisdiction.

2. My purpose in this opinion is to consider the interpretation which in my view should be given to the notion of "the law at the time" (Judgment, para. 209). To understand the scope of this notion, reference should be made to the *Arbitral Award of the President of the French Republic between Great Britain and Portugal concerning Delagoa Bay* of 24 July 1875 (H. La Fontaine, *Pasicrisie internationale 1794-1900: histoire documentaire des arbitrages internationaux*), to the text of Article 38 of the Statute of the Court and to the silence of the Judgment regarding the characterization of the treaties concluded by the Chiefs of Old Calabar with the representative of Old Calabar. The criterion of "civilized nation" represented the qualifying condition in order to be accorded the juridical status of international subject. Without formal recognition of sovereignty on the part of the civilized nations, traditional indigenous societies, African societies in particular, did not have the

*res nullus* ainsi que l'a relevé l'avis sur le *Sahara occidental* (C.I.J. Recueil 1975, p. 12). Mais le refus du caractère international de ces accords justifie-t-il pour autant la référence au simple concept générique de «droit qui prévalait à l'époque» lorsqu'il s'agit de décrire sur le plan strictement juridique les situations territoriales de l'époque coloniale? Le problème réside dans le fait de savoir si, en l'espèce, les règles du droit intertemporel sont suffisantes pour comprendre et justifier la disparition de la présence internationale dans cette ancienne entité des chefs du Vieux-Calabar.

3. L'application à la lettre des principes du droit intertemporel aboutit à une conclusion surprenante qui pourrait être formulée dans la maxime suivante: «dans les relations conventionnelles avec les chefs indigènes, *pacta non servanda sunt*». Il est en effet difficile de justifier l'idée selon laquelle la collectivité protégée puisse consentir à être dépossédée de sa personnalité juridique ou de son territoire sans recourir à la mystification juridique. Dans un cadre contractuel civil, une mesure unilatérale de dissolution d'une personnalité reconnue par la voie conventionnelle s'analyse comme une violation des obligations du contrat et des sanctions s'imposent. L'absence de conditions de validité des traités internationaux est-elle pour autant de nature à accepter des conséquences aussi surprenantes? Le rappel du caractère inégalitaire et négateur inhérent à la pratique coloniale vis-à-vis des indigènes et des colonies relève actuellement de la vérité élémentaire; il en résulte un devoir de mémoire à l'égard de ces injustices et en même temps une reconnaissance d'un fait historique. La destruction de la personnalité internationale est acquise par un acte de force: la *debellatio* ou dans le cadre d'un accord entre égaux. Mais affirmer le caractère consenti d'une disparition de la personnalité internationale est à la limite du dol. L'application des règles du droit intertemporel n'est pas de nature à justifier des conclusions aussi contraires aux normes fondamentales, même au nom de la nature spécifique des relations entretenues avec les chefs indigènes.

Il est difficile pour la Cour internationale de Justice d'accepter qu'au nom du droit intertemporel la maxime *pacta sunt servanda* soit dévoyée. La jurisprudence de la Cour ne doit pas pouvoir être interprétée comme favorisant éventuellement une atteinte au principe de la sainteté des accords. Sur le plan de l'analyse des relations de cohérence entre les normes et les principes en droit international, on ne saurait placer sur le même rang la maxime *pacta sunt servanda* et les règles du droit intertemporel qui n'ont qu'une fonction auxiliaire d'interprétation de la règle principale *pacta sunt servanda*. Une interprétation de nature à porter atteinte à cette règle fondamentale n'est pas pertinente. Les règles du droit intertemporel visent d'abord à renforcer la sécurité juridique des relations internationales. Le caractère obligatoire des conventions internationales résulte non pas de l'application mécanique ou formelle d'un principe mais de la nature des engagements librement souscrits qui expriment le consentement des Etats à être liés. Seul l'avènement des normes du *jus cogens* est de nature à justifier la remise en cause du

status of subjects of international law, even where their territory was not necessarily *res nullius*, as was made clear in the Advisory Opinion on the *Western Sahara* case (*I.C.J. Reports 1975*, p. 12). But does the refusal to accord any international status to such treaties justify reliance on the simple generic concept of "the law at the time" when characterizing in strictly legal terms territorial situations obtaining during the colonial period? The problem is whether, in this case, the rules of intertemporal law are sufficient to explain and justify the disappearance from the international scene of this ancient entity, the Chiefs of Old Calabar.

3. Literal application of the principles of intertemporal law leads to a surprising conclusion, which could be expressed in the following maxim: "in treaty relations with indigenous chiefs, *pacta non servanda sunt*". Thus it is difficult, without recourse to legal artifice, to justify the idea that a protected entity could consent to being dispossessed of its legal personality or of its territory. In a civil contract, any unilateral dissolution of an entity recognized under the terms of the contract is regarded as a breach of the contractual obligations and sanctions must follow. Can the absence of the conditions required for a valid international treaty render such surprising consequences acceptable? The inequality and denial of rights inherent in colonial practice in relation to indigenous peoples and to colonies is currently recognized as an elementary truth; there is a resultant duty to memorialize these injustices and at the same time to acknowledge an historical fact. The destruction of international personality is procured by an act of force: through *debellatio* or under an agreement between equals. But to contend that an international personality has disappeared by consent is verging on fraud. Application of the rules of intertemporal law cannot justify conclusions so contrary to fundamental norms, not even on the basis of the special nature of relationships with indigenous chiefs.

The International Court of Justice should be reluctant to accept that, in the name of intertemporal law, the maxim *pacta servanda sunt* may be circumvented. The Court's decision must not be interpreted as encouraging any impugment of the principle of the sanctity of contracts. If we analyse the relationship between the various norms and principles of international law, it is clear that the maxim *pacta servanda sunt* cannot be treated on the same basis as the rules of intertemporal law, which serve merely as auxiliary means of interpretation of the primary rule, *pacta servanda sunt*. Any interpretation seeking to impugn that fundamental rule is misconceived. The main purpose of the rules of intertemporal law is to strengthen legal security in international relations. The binding nature of international treaties derives not from the mechanical or formal application of a principle but from the nature of commitments freely undertaken, expressing the consent of States to be bound. Only the impact of norms of *jus cogens* can justify any impugment of the consensus principle. Thus the legal framework provides a tool for

consensualisme. Le cadre juridique offre dans ces conditions un appareil d'analyse du consentement et de la volonté des Etats, mais ne saurait se substituer à cette volonté.

4. L'application, dans le présent cas d'espèce, de la règle du droit intertemporel pose le problème de l'acceptation, dans l'arrêt, de la pratique de la puissance protectrice qui a procédé à la liquidation de l'entité Vieux-Calabar. Une distinction s'impose entre la justification et l'acceptation d'une situation juridique. En effet, les situations que le droit étudie ont pour origine soit un acte juridique, c'est-à-dire une manifestation de volontés destinée à produire des effets de droit, soit un fait juridique, c'est-à-dire un phénomène, une situation qui se produit en dehors de tout consentement des Etats concernés et qui engendre des effets de droit. Il en résulte que les actes de la puissance coloniale ont représenté des faits juridiques autour desquels se sont articulés et développés des régimes de droits territoriaux et de droits personnels des populations. Cette analyse est confirmée par la jurisprudence du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* (C.I.J. Recueil 1986, p. 554). La Chambre a fait directement application du droit colonial français non en tant que droit colonial mais en qualité de source de référence normative applicable indépendamment de tout jugement ou de toute référence aux règles du droit intertemporel qui aurait pu légitimer le droit colonial.

5. La critique de l'«unilatéralisme» des puissances coloniales réservant un sort de «chiffon de papier» aux accords conclus avec les responsables indigènes n'est pas un fait nouveau. On citera la thèse de M. Nazif soutenue à l'Université de Batavia en 1928 sur la disparition du Royaume de Madagascar en droit international (*De val van het Rijk Merina — La chute du Royaume de Mérida*). On rappellera également la thèse soutenue par les plénipotentiaires malgaches en 1895 lorsqu'ils ont opposé à la France le caractère détachable de l'indépendance du Royaume par rapport à la capacité de remboursement de l'emprunt contracté, cause officielle de l'envoi du corps expéditionnaire. En sens inverse, le principe de la *tabula rasa* a été invoqué pour refuser la succession d'Etats aux traités conclus par la monarchie. Ce précédent a été rappelé lors de l'annexion de la Tchécoslovaquie par le III<sup>e</sup> Reich.

6. Pour ces raisons, il aurait été préférable de parler de droit international pour évoquer le droit des rapports entre les puissances européennes ou avec des souverains reconnus par les puissances européennes et de droit ou de fait colonial selon les cas lorsque est envisagé le rapport entre les puissances européennes et les chefs indigènes. Cette distinction ou classification permet de mieux appréhender le cadre juridique de la colonisation.

(Signé) Raymond RANJEVA.

analysing the consent and intentions of States but cannot replace those intentions.

4. In the present case, application of the rules of intertemporal law raises the problem of the Judgment's acceptance of the conduct of the protecting Power, which proceeded to liquidate the entity of Old Calabar. A distinction must be drawn between justification and acceptance of a legal situation. Thus the situations which the law addresses may have originated either in a legal instrument, that is to say a manifestation of wills intended to produce legal effects, or in a legal fact, that is to say an occurrence, a situation having taken place irrespective of any consent by the States concerned and producing effects in law. It follows that the instruments adopted by the colonial Power constituted legal facts, around which evolved and developed régimes governing territorial rights, as well as the personal rights of the populations concerned. This analysis is confirmed by the decision in the case concerning the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* (I.C.J. Reports 1986, p. 554). The Chamber directly applied French colonial law not *qua* colonial law but as the normative reference source applicable, without passing any judgment thereon or seeking to legitimize colonial law by reliance on the rules of intertemporal law.

5. Criticism of the "unilateralism" of the colonial Powers in ultimately treating agreements concluded with indigenous rulers as "scraps of paper" is nothing new. I would cite here the thesis of Mr. Nazif, submitted to the University of Batavia in 1928, on the disappearance of the Kingdom of Madagascar in international law (*De val van het Rijk Merina — La chute du Royaume de Mérida*). I would also recall the position taken by the Malagasy plenipotentiaries in 1895 when they confronted France with the argument that the independence of the Kingdom was an issue distinct from its ability to repay its loan, the official pretext for the despatch of the expeditionary force. Conversely, the *tabula rasa* principle has been invoked in order to refuse a right of State succession to treaties concluded by the monarchy. This precedent was recalled at the time of the annexation of Czechoslovakia by the Third Reich.

6. For these reasons, it would have been preferable to speak of international law when referring to the law governing relations between the European Powers or with sovereigns recognized by the European Powers, and of colonial law or acts, as appropriate, when addressing the relationship between the European Powers and indigenous chiefs. Such a distinction or classification permits a better understanding of the legal framework of colonization.

(Signed) Raymond RANJEVA.