

DÉCLARATION DE M. LE JUGE REZEK

Rares sont les affirmations, en droit international classique, caractérisées par autant d'inconsistance — et une inconsistance aussi peu admissible sur le plan moral — que celles qui voudraient que les accords conclus dans le passé entre des puissances coloniales et des communautés indigènes — maîtresses de leurs territoires depuis des siècles, organisées et soumises à une autorité reconnue — ne soient pas des traités, parce que «les chefs et les tribus indigènes ne sont ni des Etats ni des organisations internationales, et n'ont donc pas la capacité de conclure des traités» (*The Law of Treaties*, 1961, p. 53). En employant ce langage pour exprimer la doctrine prédominante dans l'Europe de son temps, Arnold McNair a néanmoins signalé que la question avait été comprise de manière différente aux Etats-Unis, où la qualité de nations étrangères fut reconnue aux communautés indigènes jusqu'à la promulgation de l'*Indian Appropriations Act* du 3 mars 1871, loi qui plaça ces communautés sous la tutelle de l'Union et les intégra à celle-ci. Quant aux accords que ces communautés avaient conclus avec le Gouvernement fédéral, ils étaient considérés comme des traités et devaient être honorés comme tels — et s'il fallait par ailleurs les interpréter, la Cour suprême appliquerait la règle *contra proferentem*.

Dans l'affaire du *Sahara occidental*, la Cour semble avoir rejeté l'idée qu'un pouvoir européen puisse s'approprier unilatéralement un territoire occupé par des communautés indigènes. Elle a en effet estimé que même des tribus nomades, présentes sur un territoire et dotées d'une organisation sociale et politique, possédaient une personnalité suffisante, au regard du droit international, pour que leur territoire ne soit pas une *terra nullius*. Le titre de souveraineté sur un territoire ainsi peuplé ne peut donc pas, selon cette jurisprudence, être acquis par occupation, mais uniquement «au moyen d'accords conclus avec des chefs locaux» (*C.I.J. Recueil 1975*, p. 39, par. 80).

Dans la présente affaire, la presqu'île de Bakassi faisait partie du domaine du Vieux-Calabar, soumis à l'autorité originaire de ses *rois et chefs*. L'Etat demandeur lui-même, paradoxalement contraint par les circonstances de reprendre à son compte quelques adages particulièrement inacceptables du discours colonialiste, a essayé de mettre en doute l'existence et l'indépendance d'une telle autorité, en ayant recours à des considérations qui les confirment plutôt. Par ailleurs, seul le traité de 1884, conclu avec cette forme d'autorité locale, aurait pu justifier les fonctions assumées par la Grande-Bretagne lorsqu'elle devint l'Etat protecteur de ces territoires. Car, si les rois et chefs du Vieux-Calabar n'avaient pas qualité pour conclure un engagement international, si le traité de 1884

DECLARATION OF JUDGE REZEK

[*Translation*]

It is rare to find in classic international law propositions as flimsy — and as inadmissibly so in moral terms — as those which would have it that agreements entered into the past between colonial Powers and indigenous communities — organized communities which had been masters of their territories for centuries and were subject to a recognized authority — are not treaties, because “native chiefs and tribes are neither States nor International Organizations; and thus possess no treaty-making capacity” (*The Law of Treaties*, 1961, p. 53). While expressing in these terms the doctrine prevailing in Europe in his time, Arnold McNair nevertheless pointed out that the matter had been understood differently in the United States, where the indigenous communities were recognized as foreign nations until promulgation of the Indian Appropriations Act of 3 March 1871, which made them wards of, and integrated them into, the Union. The agreements which these communities had entered into with the Federal Government were regarded as treaties, to be honoured as such; moreover, if they required interpretation, the Supreme Court applied the rule *contra proferentem*.

In the *Western Sahara* case, the Court appears to have rejected the notion that a European Power could unilaterally appropriate a territory inhabited by indigenous communities. It found that even nomadic tribes inhabiting a territory and having a social and political organization had a personality sufficient under international law for their territory not to be considered *terra nullius*. According to that jurisprudence, title of sovereignty over a territory thus inhabited cannot therefore be acquired by occupation but only “through agreements concluded with local rulers” (*I.C.J. Reports 1975*, p. 39, para. 80).

In the present case, the Bakassi Peninsula was part of the territory of Old Calabar, subject to the original rule of its *Kings and Chiefs*. The Applicant itself, paradoxically required by the circumstances to espouse some particularly unacceptable propositions of colonialist discourse, has sought to cast doubt on the existence and independence of that rule by recourse to considerations which, rather, confirm them. Moreover, only the 1884 Treaty, concluded with that form of local rule, could have justified the functions assumed by Great Britain when it became the protecting State of those territories, for, if the Kings and Chiefs of Old Calabar did not have capacity to enter into an international agreement, if the 1884 Treaty was not a treaty and had no legal force whatsoever, it must

n'était pas un traité et n'avait point de valeur juridique, il convient de se demander sur quelle base la Grande-Bretagne a pu asseoir son autorité sur ces territoires, en vertu de quel mystérieux droit divin s'est-elle érigée en Etat protecteur de ces espaces africains.

Par la force du traité de 1884, la Grande-Bretagne s'est dotée d'un *pouvoir de contrôle* sur les relations extérieures de la nation africaine, sans s'attribuer le pouvoir de négocier en son nom, moins encore celui de transiger ou de renoncer à quoi que ce soit lors d'une négociation internationale, et surtout pas celui d'aliéner une partie quelconque de son territoire. Le défaut de légitimité qui caractérise l'acte de cession fait que le traité anglo-allemand du 11 mars 1913 ne saurait être valable là où, définissant le dernier secteur de la frontière terrestre, il décide du sort de Bakassi.

Cependant, le vice du dispositif concernant la presqu'île de Bakassi ne remet pas en cause la validité du reste du traité. Nous sommes ici devant le cas prévu à l'article 44, paragraphe 3, alinéa a), de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui pourrait d'ailleurs être écarté, en principe, par l'application éventuelle de l'alinéa qui suit, s'il était possible d'établir que la cession de Bakassi était une condition essentielle du consentement de l'Allemagne à l'égard du reste du traité; mais, pour autant que je me souviens, nul n'a affirmé qu'il en fût ainsi.

* * *

En outre, je n'arrive pas à considérer que la déclaration de Maroua du 1^{er} juin 1975 constitue un traité et, partant, à en tirer les conséquences. J'ai même quelque difficulté à y voir un traité qui aurait été conclu mais qui simplement ne serait pas entré en vigueur, faute de ratification par les deux parties. J'y vois plutôt une déclaration des deux chefs d'Etat, faisant suite à d'autres déclarations analogues demeurées sans lendemain, ce qui prouve qu'elles n'étaient pas définitives en tant que sources de droit. Il est exact que l'adoption formelle du document par les organes investis du *treaty-making power* aurait donné naissance à un instrument conventionnel. Je veux dire qu'un texte, quel que soit son intitulé ou sa forme, quelle que soit la procédure suivie pour sa négociation, peut de toute évidence devenir un traité si les organes compétents des parties expriment finalement leur consentement. Ici, l'Etat défendeur a soutenu, sans contestation, que la déclaration de Maroua n'avait pas été ratifiée par le Nigéria, faute d'approbation par l'organe compétent, à la lumière de la Constitution en vigueur à l'époque.

La convention de Vienne est d'une remarquable simplicité lorsqu'elle définit les circonstances exceptionnelles dans lesquelles un Etat peut nier la valeur juridique d'un traité en raison d'un vice du consentement de cette espèce. Il faut bien que la norme interne, dont l'application a été méconnue, soit une norme fondamentale, et que sa violation ait été manifeste, c'est-à-dire qu'il s'agisse d'une violation qui ne pouvait manquer d'être relevée par l'autre partie dans des circonstances normales. Or je suis d'avis que le Cameroun n'était nullement en droit de croire que la

be asked what was the basis for Great Britain to assert its authority over these territories, by what mysterious divine right did it set itself up as the protecting State of these areas of Africa.

Pursuant to the 1884 Treaty, Great Britain bestowed upon itself the *power to oversee* the African nation's foreign relations, without granting itself authority to negotiate in its name, let alone to settle or relinquish any claim of whatever nature during international negotiations, and in particular to dispose of any part of the nation's territory. The unlawfulness of the act of cession renders the Anglo-German Treaty of 11 March 1913 invalid in so far as, in defining the last sector of the land boundary, it determines the treatment of Bakassi.

The defect in the provisions concerning the Bakassi Peninsula does not however affect the validity of the remainder of the Treaty. This is the situation provided for in Article 44 (3) (a) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which could in theory be overridden by the effect of the next subparagraph, were it possible to show that the cession of Bakassi was an essential condition of Germany's consent to the rest of the Treaty; but, as far as I recall, no one so argued.

* * *

Further, I am unable to regard the Maroua Declaration of 1 June 1975 as a treaty, and therefore to draw the resultant inferences. I even have some difficulty in viewing it as a treaty which was signed but never entered into force, failing ratification by the two parties. Rather, I see it as a declaration by the two Heads of States, further to other similar declarations that were never followed up, thus demonstrating that they were not definitive as sources of law. True, formal adoption of the document by the organs vested with treaty-making power would have given rise to a conventional instrument. That is to say that, no matter what the title or form of a text, no matter what procedure was followed in negotiating it, that text can obviously become a treaty if the parties' competent organs ultimately express their consent. Here, the Respondent has stated, without being challenged, that the Maroua Declaration was not ratified by Nigeria, failing approval by the competent organ under the constitution in force at the time.

The Vienna Convention provides a remarkably simple definition of the unusual circumstances under which a State can deny the legal force of a treaty by reason of flawed consent of this sort. The internal rule which was not respected must be a fundamental one and its violation must have been manifest, i.e., the other party could not under normal circumstances have been unaware of the violation. It is my view, however, that Cameroon was not entitled to believe that the Declaration in question was indeed a perfected treaty, entering into force on the date of its signing. I

déclaration en cause était vraiment un traité achevé, en vigueur le jour même de sa signature. Je ne connais pas d'ordre juridique qui autoriserait le gouvernant à conclure seul, de manière définitive, et à mettre en vigueur, sur la base de sa seule autorité, un traité concernant une frontière, donc le territoire de l'Etat, qu'il soit terrestre ou maritime. Je me demande s'il y a une partie du monde où ce non-respect des formalités les plus élémentaires serait compatible avec le caractère complexe et éminent d'un traité de frontière internationale.

Il est normal, dans un débat de cette nature, que l'on évoque l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental* (C.P.J.I. série A/B n° 53, p. 22). On oublie parfois que la Cour n'a jamais dit que, parmi les modes de conclusion des traités, on trouvait la formulation orale. La Cour n'a pas dit que la déclaration Ihlen était un traité. Elle a dit que les garanties données par le ministre norvégien à l'ambassadeur danois engageaient la Norvège. Il y a donc d'autres modes, moins formalistes, par lesquels un Etat peut créer pour lui-même des obligations internationales. Là n'est pas la question. Ce qu'il faut se demander, c'est si un engagement international relatif à la détermination d'une frontière peut prendre une forme autre que celle du traité au sens étroit, même lorsque les espaces terrestres ou maritimes concernés sont peu étendus, ou lorsque ladite frontière n'est pas caractérisée par une longue histoire de contestations et d'incertitudes.

Je ne puis donc m'associer à la majorité en ce qui concerne la souveraineté sur la presqu'île de Bakassi et les eaux adjacentes. A mon sens, ces espaces relèvent de la souveraineté de l'Etat défendeur.

(Signé) Francisco REZEK.

know of no legal order which authorizes a representative of a Government alone definitively to conclude and put into effect, on the basis of his sole authority, a treaty concerning a boundary, whether on land or at sea — and *ergo* the territory — of the State. I ask myself whether there is any part of the world where such a failure to respect the most basic formalities would be compatible with the complex and primordial nature of an international boundary treaty.

It is to be expected that the case concerning the *Legal Status of Eastern Greenland* (P.C.I.J., *Series A/B*, No. 53, p. 22) would be referred to in a discussion of this sort. It is sometimes forgotten that the Court never said that one of the ways in which treaties could be concluded was by oral agreement. The Court did not state that the Ihlen Declaration was a treaty. It said that Norway was bound by the guarantees given by the Norwegian Minister to the Danish ambassador. Thus, there are other, less formal, ways by which a State can create international obligations for itself. That is not the issue. The question is whether an international agreement concerning the determination of a boundary can take a form other than that of a treaty in the strict sense, even when the land or maritime areas concerned are not large or when the boundary has not been the subject of long-standing dispute and uncertainty.

Thus, I cannot join the majority in respect of sovereignty over the Bakassi Peninsula and adjacent waters. In my view, those areas fall under the sovereignty of the Respondent.

(Signed) Francisco REZEK.