

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

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

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.