

DISSENTING OPINION OF JUDGE *AD HOC* DUGARD

*Malaysia has original title to Pedra Branca/Pulau Batu Puteh — Construction of Horsburgh lighthouse did not alter situation — 1953 correspondence of uncertain meaning and authorization — Failure of Singapore to publicize 1953 correspondence confirms its inconsequential nature — Court wrong to attach significance to 1953 correspondence — Conduct of Parties between 1953 and 1980 equivocal — No inferences on sovereignty to be drawn from this period — Singapore's conduct consistent with that of lighthouse operator — Court errs in interpretation of facts of this period — Legal basis for Court's decision unclear — Court correctly rejects prescription and estoppel — Court's decision that conduct of Parties displayed tacit agreement or understanding on passing of sovereignty unconvincing in law and on facts — Insufficient evidence to support finding that Malaysia acquiesced in Singapore's claim to sovereignty — Requirements for acquisition of territory set out in Eritrean/Yemen Arbitration Award — Such requirements not satisfied in present case — Title to Pedra Branca/Pulau Batu Puteh remains with Malaysia — Middle Rocks and South Ledge fall within sovereignty of Malaysia — Unfortunate that counsel not invited to address Court on legal basis for Court's decision.*

1. The Court's Judgment provides an equitable solution to the dispute before it. Pedra Branca/Pulau Batu Puteh is awarded to Singapore; Middle Rocks is awarded to Malaysia; and South Ledge, a low-tide elevation, will be allocated to the State in the territorial waters of which it is located. Although the dispute was not, at least in theory, about territorial sea and continental shelf, both Parties will share these areas and their resources. If this Court was sitting as a court of equity, or if it had been authorized by the Parties to decide the case *ex aequo et bono* in terms of Article 38, paragraph 2, of the Statute of the Court, I might have been able to agree with the Court's Judgment. The Court is not, however, sitting as a court of equity. The Special Agreement entered into between Malaysia and the Republic of Singapore on 6 February 2003 makes it clear, in Article 5, that the dispute is to be resolved in accordance with international law. As I find it impossible to agree with the Court's reasoning on the law, and its interpretation of the facts upon which this legal reasoning is based in respect of the question of sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, I must dissent on this issue.

2. The majority judgment of a court the size of that of the International Court of Justice inevitably must take account of different judicial views and will reflect the lowest common denominator of the majority.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE *AD HOC* DUGARD

[Traduction]

*Malaisie détentrice du titre originaire sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh — Construction du phare Horsburgh n'ayant pas modifié la situation — Incertitude entourant la correspondance de 1953 (sens et compétence) — Manque de pertinence de cette correspondance confirmé par le fait que Singapour ne l'ait pas rendue publique — Cour attachant à tort de l'importance à la correspondance de 1953 — Caractère équivoque de la conduite des Parties entre 1953 et 1980 — Aucune conclusion à tirer de cette conduite pendant cette période quant à la souveraineté — Conduite de Singapour conforme à celle d'un exploitant de phare — Cour donnant des faits survenus dans cette période une interprétation erronée — Difficulté à discerner le fondement juridique de la décision de la Cour — Cour écartant à bon droit les notions de prescription et d'estoppel — Conclusion de la Cour voyant dans la conduite des Parties la manifestation d'un accord ou d'une communauté de vues tacites quant à l'existence d'un changement du titulaire de la souveraineté n'étant convaincante ni en droit ni en fait — Preuves insuffisantes à l'appui de la conclusion selon laquelle la Malaisie aurait acquiescé à la revendication de souveraineté de Singapour — Critères d'acquisition du territoire énoncés dans la sentence arbitrale Érythrée/Yémen — Lesdits critères non remplis en la présente espèce — Titre sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh demeurant malaisien — Middle Rocks et South Ledge relevant de la souveraineté de la Malaisie — Fâcheux que le conseil n'ait pas été invité à s'exprimer sur les éléments appelés à fonder la décision de la Cour.*

1. L'arrêt de la Cour fournit une solution équitable au différend dont celle-ci est saisie. Pedra Branca/Pulau Batu Puteh est attribuée à Singapour, Middle Rocks à la Malaisie, South Ledge, haut-fond découvrant, devant revenir à l'État dans les eaux territoriales duquel il est situé. Si, à tout le moins en théorie, le différend ne portait pas sur la mer territoriale et le plateau continental, les deux Parties n'en partageront pas moins ces zones et leurs ressources. Si la Cour exerçait des fonctions de cour d'équité, ou avait été autorisée par les Parties à trancher l'affaire *ex aequo et bono* aux termes du paragraphe 2 de l'article 38 du Statut de la Cour, j'aurais peut-être pu m'associer à sa décision. Mais telles ne sont pas ses fonctions. Le compromis conclu par la Malaisie et la République de Singapour le 6 février 2003 énonce clairement, en son article 5, la nécessité de trancher le différend conformément au droit international. Me trouvant dans l'impossibilité de faire miens le raisonnement juridique de la Cour et l'interprétation des faits qui le sous-tend en ce qui concerne la question de la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, je me vois contraint de marquer mon dissentiment sur ce point.

2. L'arrêt d'une juridiction de la taille de celle de la Cour internationale de Justice doit inévitablement prendre en compte les différentes opinions juridiques et reflétera le plus petit dénominateur commun à la

Even allowing for this, I find it difficult to fully comprehend the basis for the Court's Judgment. The Judgment is premised on the finding that the conduct of both Parties has resulted in the passing of sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh from Malaysia (previously Johor) to Singapore. While considerations of acquiescence, abandonment of title and tacit agreement or understanding feature prominently in the Court's reasoning, no attempt is made to justify or explain the passing of sovereignty in terms of accepted principles governing the acquisition of territorial title. At the same time the interpretation of the facts of the case gives rise for concern. The facts of the dispute are complex, contradictory and complicated. In reaching its final decision the Court has been compelled to choose between competing facts and to attach more weight to some facts than to others. This is the nature of fact finding in the judicial process. In my view, however, the Court has allowed itself, in making its choice of facts and the weight to be attached thereto, particularly in respect of the period 1953 to 1980, to be unduly influenced by its interpretation of the controversial correspondence of 1953 between Singapore and Johor. It has been very kind to Singapore in its assessment of the facts of this period and less kind to Malaysia. My disagreement with the Court on both facts and law are examined in this opinion.

#### THE FACTS BEFORE 1852

3. I have little disagreement with the Court in respect of events that occurred before 1852. I agree with findings and reasoning of the Court that Johor (and hence Malaysia) had sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh before 1824 and that nothing occurred between that date and 1844 to affect this conclusion. The Court is correct in deciding that in all probability W. G. Butterworth, Governor of the Straits Settlement, wrote to the Sultan and Temenggong of Johor in November 1844 proposing the construction of the Horsburgh lighthouse in general terms, that is not only for it to be built on Peak Rock but also in other possible locations. However, I disagree with the Court that the Governor "appears" not to have identified Pedra Branca/Pulau Batu Puteh as a possible alternative location (Judgment, para. 134). The correspondence preceding Governor Butterworth's letters indicates that Pedra Branca/Pulau Batu Puteh was always an alternative location and one identified as a possible site for the construction of the lighthouse before Peak Rock was suggested. Thus it is a highly reasonable inference that Pedra Branca/Pulau Batu Puteh was expressly mentioned as an alternative site in Governor Butterworth's letters. This disagreement is not crucial to the outcome of the case as the Court seems to have accepted that sovereignty over the island remained with Johor when the lighthouse was constructed. In any event, it "does not draw any conclusions about sover-

majorité. Quand bien même, j'ai peine à bien saisir la base sur laquelle la Cour fonde son arrêt. Celui-ci repose sur la conclusion selon laquelle la conduite des deux Parties aurait fait passer la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh de la Malaisie (auparavant le Johor) à Singapour. Or, si des considérations d'acquiescement, d'abandon de titre ainsi que de communauté de vues ou d'accord tacites occupent une place considérable dans le raisonnement de la Cour, celle-ci ne cherche nullement à justifier ou à expliquer ce transfert de souveraineté à la lumière des principes établis régissant l'acquisition d'un titre territorial. Parallèlement, l'interprétation des faits de l'espèce suscite quelque interrogation. Les faits en cause sont complexes, contradictoires et compliqués. Pour rendre sa décision finale, la Cour a été contrainte de choisir entre des faits contradictoires et d'attribuer à certains plus de poids qu'à d'autres. Si tel est le propre du processus d'établissement des faits dans la procédure judiciaire, il me semble toutefois que, en sélectionnant les faits et en décidant du poids à leur attribuer, en particulier pour la période allant de 1953 à 1980, la Cour s'est laissé indûment influencer par son interprétation de la correspondance controversée de 1953 entre Singapour et le Johor. Elle s'est montrée, dans son appréciation des faits de cette période, très bienveillante à l'égard de Singapour, moins envers la Malaisie. Je m'attacherai, dans la présente opinion, à préciser la teneur de mon désaccord avec elle tant du point de vue des faits que du point de vue du droit.

#### LES FAITS AVANT 1852

3. Je n'ai guère de désaccord avec la Cour quant aux faits survenus avant 1852. Je souscris aux conclusions et au raisonnement de la Cour selon lesquels le Johor (et, partant, la Malaisie) détenait la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh avant 1824, et rien ne s'est passé entre cette dernière date et 1844 qui contredirait ce constat. La Cour a raison de dire que, selon toute vraisemblance, W. G. Butterworth, gouverneur des Etablissements des détroits, a, dans sa lettre de novembre 1844, proposé au sultan et au *temenggong* de Johor de construire le futur phare Horsburgh en des termes généraux, Peak Rock n'étant, autrement dit, qu'un des emplacements envisagés parmi d'autres. Je ne saurais toutefois la suivre lorsqu'elle affirme que le gouverneur ne «semble» pas avoir songé à Pedra Branca/Pulau Batu Puteh comme autre site possible (arrêt, par. 134). Il ressort de la correspondance antérieure aux lettres du gouverneur Butterworth que Pedra Branca/Pulau Batu Puteh a toujours été l'un des autres emplacements envisagés et avait été considérée comme l'un des sites possibles pour la construction du phare avant que Peak Rock ne fût proposé. On peut donc très raisonnablement en déduire que les lettres du gouverneur Butterworth mentionnaient expressément Pedra Branca/Pulau Batu Puteh comme un autre emplacement possible. Ce désaccord n'a cependant pas d'incidence fondamentale sur l'issue de l'affaire, la Cour ayant apparemment admis que la souveraineté

eignty based on the construction and commissioning of the lighthouse” (Judgment, para. 162).

4. The Court makes no finding on the question whether Johor ceded any island (including Pedra Branca/Pulau Batu Puteh) under its sovereignty, that might be chosen for the construction of the lighthouse, to the United Kingdom (and hence Singapore) or whether it granted only permission to build, maintain and operate a lighthouse on the island selected. The reason for this is that the Court was left “in real doubt” about what Governor Butterworth had proposed to the Sultan and Temenggong of Johor in 1844 (*ibid.*, para. 133). The Court was, however, satisfied that Johor’s sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh before 1844 had already been established.

#### THE PERIOD 1852 TO 1952

5. There is an ambivalence on the part of the Court in its treatment of the period 1852 to 1952. In large measure this is because of the failure of the Court to reach any conclusion on the question whether Pedra Branca/Pulau Batu Puteh had been ceded to the United Kingdom in 1844 or whether it had merely been given permission to construct, maintain and operate the lighthouse on the island (see above, paragraph 4). The Court considers the conduct of the Parties during this period and carefully scrutinizes events occurring during this period that might have some bearing on the sovereignty over the island, but reaches no conclusion on the question of sovereignty over the island.

6. The Court examines British legislation dealing with the straits lights system, which allowed Singapore to administer lighthouses which had no territorial connection with Singapore, and rightly finds that it did not demonstrate British sovereignty over the islands on which lighthouses were constructed. However, it then finds, in respect of the post 1952-period, that a claim that Pedra Branca/Pulau Batu Puteh belonged to Singapore, included in the drafting history of a 1958 amendment to the 1957 Light Dues Ordinance (Singapore), gives “support to Singapore’s contentions” (Judgment, para. 174). In my view such a claim in the drafting history of a statute does not warrant even so weak a conclusion. Another fact of doubtful significance viewed as having “some significance” by the Court is the fact that in 1952 Johor considered assuming responsibility for the funding of the Pulau Pisang Lighthouse, which clearly falls within Malaysia’s sovereignty, but not for Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. On the other hand, the Court does not attach significance to the failure of the 1927 Straits Settlement and Johor Territorial Waters Agreement, which dealt with the retrocession of certain islands ceded by Johor to Singapore in 1824, to include Pedra Branca/Pulau Batu Puteh within Singapore’s territory. It is true, as the Court finds, that Pedra Branca/Pulau Batu Puteh did not fall within the scope of the

sur l'île a continué d'appartenir au Johor après la construction du phare ; à tout le moins n'a-t-elle tiré «de la construction et de la mise en service du phare aucune conclusion quant à la souveraineté» (arrêt, par. 162).

4. La Cour ne formule aucune conclusion sur la question de savoir si le Johor avait cédé au Royaume-Uni (et, partant, à Singapour) toute île (Pedra Branca/Pulau Batu Puteh comprise) placée sous sa souveraineté qui pourrait être choisie aux fins de la construction du phare, ou s'il n'avait accordé qu'une autorisation de construire, d'entretenir et d'exploiter un phare sur l'île qui serait retenue à cet effet, parce qu'elle «ne sait pas quelle était au juste» la teneur de la proposition faite par le gouverneur Butterworth au sultan et au *temenggong* de Johor en 1844 (*ibid.*, par. 133). La Cour, en revanche, a acquis la conviction que la souveraineté du Johor sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh avant 1844 était déjà établie.

#### LA PÉRIODE ALLANT DE 1852 À 1952

5. La Cour use de deux poids deux mesures dans son examen de la période allant de 1852 à 1952 — en grande partie faute d'avoir tranché la question de savoir si Pedra Branca/Pulau Batu Puteh avait été cédée au Royaume-Uni en 1844 ou si celui-ci avait simplement été autorisé à y construire, entretenir et exploiter le phare (voir paragraphe 4 ci-dessus). La Cour examine la conduite des Parties au cours de cette période et passe minutieusement en revue les faits survenus dans cet intervalle susceptibles d'avoir une incidence sur la souveraineté à l'égard de l'île, sans toutefois parvenir à une conclusion sur cette question.

6. La Cour examine la législation britannique ayant trait au système des phares des détroits, qui autorisait Singapour à administrer des phares avec lesquels elle n'entretenait aucun lien territorial, et conclut à juste titre qu'elle n'atteste pas la souveraineté du Royaume-Uni sur les îles où des phares ont été édifiés. Plus loin, la Cour soutient en revanche, à propos de la période postérieure à 1952, que «vient à l'appui des allégations de Singapour» (arrêt, par. 174) une affirmation selon laquelle Pedra Branca/Pulau Batu Puteh appartenait à cette dernière qui figure dans les travaux préparatoires de l'ordonnance de 1958 portant modification de celle de 1957 sur les droits de phare (Singapour). Selon moi, pareille affirmation avancée dans le cadre des travaux préparatoires d'un texte législatif ne justifie pas une telle conclusion, si modérée soit-elle. La Cour estime par ailleurs que mérite d'être «not[é]» un autre élément dont la pertinence est douteuse: le fait que, en 1952, le Johor ait songé à assumer le financement du phare de Pulau Pisang, qui relève clairement de la souveraineté malaisienne, mais non celui du phare de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. En revanche, elle n'accorde pas d'importance au fait que, dans l'accord de 1927 relatif aux eaux territoriales des Etablissements des détroits et du Johor, portant sur la rétrocession de certaines îles cédées à Singapour par le Johor en 1824, Pedra Branca/Pulau Batu Puteh n'est pas représentée en

Agreement, but one would at the very least have expected Singapore to have insisted on some mention that the island belonged to Singapore — had it at this time indeed claimed sovereignty over the island.

7. Events occurring between 1852 and 1952 are largely viewed by the Court as having no significance or being of little significance. This brings one to 1953 which is seen by the Court as the turning point in respect of sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.

#### THE 1953 CORRESPONDENCE

8. The year 1953 was, in the language of the Court (Judgment, para. 203), of “central importance” to an understanding of the dispute, for in that year the Acting State Secretary of Johor wrote to Singapore informing it that Johor (Malaysia) did not claim “ownership” of Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. This admission is correctly seen by the Court as highly significant but whether it, together with preceding or subsequent events, provides evidence that sovereignty over the island was now with Singapore is another matter. In my view there are too many questions, too many doubts, surrounding the 1953 exchange of correspondence between Singapore and Johor and its aftermath to justify the conclusion that Johor’s letter *in effect*, if not in form, resulted in the transfer of sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh from Johor to Singapore.

9. First, the Singapore Colonial Secretary did not ask where sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh lay, but whether the island had been leased, granted or ceded to Singapore. Had Singapore’s letter expressly asked which State had sovereignty over or territorial title to the island, and had Johor stated that it did not claim sovereignty or territorial title, it would have been possible to conclude that Johor (Malaysia) had abandoned any claim to sovereign title over the island. But Singapore’s letter confused the language of private law and public law and instead asked whether the island had been leased, subjected to a grant or ceded to Singapore. Not surprisingly, therefore, the reply made use of the language of private law — ownership — not that of public law — sovereignty. And it cannot be denied that there is a difference between ownership and sovereignty.

10. The Court’s comment on “ownership” and “sovereignty” is not convincing. It acknowledges that “in law” ownership is distinct from sovereignty but asserts that the enquiry by Singapore was directed at Singapore’s sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. It then adds that “[i]n international litigation ‘ownership’ over territory has sometimes been used as equivalent to ‘sovereignty’” (*ibid.*, para. 222). In support of this proposition it cites *Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute*,

territoire singapourien. Certes, comme l'affirme la Cour, Pedra Branca/Pulau Batu Puteh n'était pas couverte par cet accord, mais l'on se serait à tout le moins attendu à ce que Singapour insiste pour que soit quelque part mentionné le fait que l'île lui appartenait — eût-elle effectivement revendiqué la souveraineté sur l'île à cette époque.

7. La Cour n'accorde globalement pas, ou guère, d'importance aux faits survenus entre 1852 et 1952. Cela nous mène à 1953, année qui marque, selon elle, un tournant en ce qui concerne la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.

#### LA CORRESPONDANCE DE 1953

8. L'année 1953 est, pour reprendre les termes de la Cour (arrêt, par. 203), «essentiell[e]» aux fins de comprendre le différend: c'est de cette année, en effet, que date la lettre du secrétaire d'Etat par intérim du Johor informant Singapour que le Johor (la Malaisie) ne revendiquait pas la «propriété» de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Cette admission est à juste titre tenue par la Cour pour éminemment pertinente; reste à savoir si, conjointement avec certains faits antérieurs ou postérieurs, elle atteste que la souveraineté sur l'île était désormais singapourienne. D'après moi, trop d'interrogations et d'incertitudes entourent la correspondance de 1953 entre Singapour et le Johor et ses suites pour que l'on puisse conclure que de la lettre du Johor a découlé *dans les faits*, sinon dans les formes, le transfert de la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh du Johor à Singapour.

9. Premièrement, la question du secrétaire colonial de Singapour n'était pas de savoir qui détenait la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, mais si celle-ci avait fait l'objet d'un bail, d'une concession ou d'une cession au profit de Singapour. Si Singapour, dans sa lettre, avait expressément demandé quel Etat détenait la souveraineté ou un titre territorial sur l'île, et si le Johor avait déclaré ne pas revendiquer ceux-ci, il aurait été possible de conclure que le Johor (la Malaisie) avait renoncé à toute prétention à un titre souverain sur l'île. Mais, dans sa lettre, Singapour, mélangeant la terminologie du droit privé et celle du droit public, demande si l'île a fait l'objet d'un bail, d'une concession ou d'une cession à son profit. Rien d'étonnant, dès lors, à ce que la réponse soit formulée en termes de droit privé — propriété — et non de droit public — souveraineté. Or, nul ne conteste qu'il existe une différence entre propriété et souveraineté.

10. Les propos de la Cour sur les notions de «propriété» et de «souveraineté» ne sont pas convaincants. La Cour reconnaît que la propriété se distingue «en droit» de la souveraineté, mais n'en affirme pas moins que la demande de renseignements de Singapour visait la souveraineté de cette dernière sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, ajoutant que, «[e]n matière de litiges internationaux, la notion de «propriété» d'un territoire a parfois été employée comme synonyme de «souveraineté»» (*ibid.*,



*Eritreal/Yemen* ((1998) 22 *RIAA*, pp. 209, 219, para. 19 and pp. 317-318, para. 474). This calls for two responses. First, as shown above (see paragraph 9 above), the letter of request itself confused property law and international law by asking whether there was “any document showing a lease or grant of the rock or whether it had been ceded by the Government of the State of Johore or in any other way disposed of” (Judgment, para. 192). Secondly, the *Eritreal/Yemen* Arbitration Award does not equate “ownership” with “sovereignty”. The passages cited, use the word “ownership” loosely to mean “sovereignty” but, when it comes to the *dispositif*, the Tribunal is careful to use the word sovereignty in respect of the islands (*Eritreal/Yemen, op. cit.*, pp. 330-331, para. 527). In the present case it is not clear — and this is the reason for uncertainty — whether the Acting State Secretary used the word “ownership” loosely to mean sovereignty or whether he deliberately used the property law term of ownership to indicate that as far as Johor was concerned Singapore owned the land on which the lighthouse was built.

11. Secondly, there is the question why the Acting State Secretary of Johor consulted the Commissioner for Lands and Mines and Chief Surveyor, who would have been able to advise mainly on private law issues, rather than his political and foreign affairs advisers. Was this because he failed to see the matter as one affecting sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh? Is this why he used the word ownership? And what did he mean by ownership in the context of the historical circumstances relating to the island? Full ownership? Residual ownership? Possession? Or sovereignty?

12. That the Acting State Secretary saw his role as limited to internal, private law affairs is confirmed by the written response of Singapore to the question put by Judge Keith on 23 November 2007. Singapore refers to the fact that during the period in question “Johor officials continued to correspond routinely with their counterparts in Singapore on matters under their charge” (Written response of Singapore to the question put by Judge Keith dated 30 November 2007). Examples of such contact and correspondence given by Singapore concerned the supply of water, cooperative policing and relations between Singapore and the Johor Harbour Master and Johor Controller of Supplies. None of these matters concerned political, external affairs of the kind reserved for Great Britain under the Federation of Malaya Agreement of 1948.

13. Thirdly, why did the Government of Singapore not ask for clarification as to the meaning of “ownership”? Surely it must have been uncertain as to exactly what this meant? Did it fail to publicize the letter of

par. 222). A l'appui de cette affirmation, elle cite l'affaire *Erythrée/Yémen, souveraineté territoriale et champ du différend* (*Permanent Court of Arbitration Award Series*, T.M.C. Asser Press, 2005, p. 288, par. 19, et p. 423, par. 474). Cet argument appelle deux observations. En premier lieu, ainsi que montré plus haut (voir paragraphe 9 ci-dessus), la lettre elle-même mélange droit immobilier et droit international, la question posée étant celle de savoir «s'il existe des documents indiquant que le rocher a fait l'objet d'un bail ou d'une concession, ou si le gouvernement de l'Etat du Johore l'a cédé ou en a disposé de toute autre manière» (arrêt, par. 192). En second lieu, le tribunal arbitral, dans la sentence rendue en l'affaire *Erythrée/Yémen*, n'emploie pas indifféremment les termes «propriété» et «souveraineté». Dans les passages cités, il emploie le premier au sens large comme synonyme de «souveraineté» mais, dans son dispositif, il a soin d'employer le mot «souveraineté» s'agissant des îles (*Erythrée/Yémen, op. cit.*, p. 441-442, par. 527). En l'espèce, la question demeure — d'où l'absence de certitude — de savoir si le secrétaire d'Etat par intérim a employé le mot «propriété» dans une acception large, en l'assimilant à la notion de souveraineté, ou s'il a délibérément utilisé ce terme de droit privé pour indiquer que, aux yeux du Johor, Singapour était propriétaire du terrain sur lequel était bâti le phare.

11. Deuxièmement, se pose la question de savoir pourquoi le secrétaire d'Etat par intérim du Johor a consulté le commissaire à l'aménagement du territoire et aux mines ainsi que le géomètre en chef, qui pouvaient essentiellement le conseiller sur des questions relevant du droit privé, et non ses conseillers politiques et diplomatiques. Est-ce parce que la question ne touchait pas, à ses yeux, à la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh? Est-ce pour cela qu'il a employé le mot «propriété»? Et qu'entendait-il par «propriété» dans le contexte des circonstances historiques propres à l'île? Pleine propriété? Propriété résiduelle? Possession? Ou souveraineté?

12. Que le secrétaire d'Etat par intérim ait considéré son rôle comme limité aux affaires, internes, de droit privé, est confirmé par la réponse écrite apportée par Singapour à la question posée par le juge Keith le 23 novembre 2007. Singapour mentionne le fait que, au cours de la période visée, «les responsables du Johor ont continué d'entretenir une correspondance régulière avec leurs homologues de Singapour sur les questions de leur ressort» (réponse écrite de Singapour à la question posée par le juge Keith, en date du 30 novembre 2007). Singapour donne de ces échanges des exemples ayant trait à l'approvisionnement en eau, à la coopération policière et à ses relations avec le capitaine du port et le responsable des fournitures du Johor. Aucune de ces questions ne touchait aux domaines politique et des affaires extérieures, qui, aux termes de l'accord de 1948 relatif à la Fédération de Malaya, étaient du seul ressort de la Grande-Bretagne.

13. Troisièmement, pourquoi le Gouvernement de Singapour n'a-t-il pas cherché à obtenir des éclaircissements sur le sens du mot «propriété»? Assurément, il ne pouvait savoir avec certitude ce qu'il recou-

Johor because this might have prompted an unfavourable clarification or explanation from Johor? The Court's assertion that Johor's reply "is clear in its meaning" (Judgment, para. 223) fails to address questions of the kind raised in paragraphs 9 to 13 of the Judgment.

14. Fourthly, there is the vexed question whether the Acting State Secretary of Johor had the authority to pronounce on matters of sovereignty (as opposed to ownership)? The Parties strongly disagreed on the subject. Malaysia maintains that two agreements of 1948, between the British Crown and the Sultan of Johor and the Federation of Malaya respectively, withheld power in respect of external affairs from the State of Johor in favour of Great Britain. Singapore, on the other hand, argues that the 1953 correspondence did not relate to external affairs and that the principle of *omnia praesumuntur rite esse acta* applied to the 1953 letter. The Court's brief conclusion that the 1948 Agreements were not relevant, because the correspondence was initiated by a representative of the British Crown which was not a foreign State, and because a response to a request for information could not be described as the exercise of executive authority in respect of external affairs, do not in my view satisfactorily answer the constitutional objections raised by Malaysia to the authority of the Acting State Secretary to pronounce on sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. This is a matter that required much more attention. Malaysia was itself largely to blame for this as it failed to raise this issue in its written submissions and left it to the closing statements of its oral submissions. Nevertheless, it is an issue of vital importance to the outcome of the case and one which warranted more consideration than it received.

15. Related to the question of the authority of the Acting State Secretary of Johor to pronounce on matters of external affairs is the question of the nature of agreement, if it was an agreement at all, between Singapore and Johor arising from the 1953 correspondence. Was it a treaty governed by international law? Although the Sultan of Johor may have been an independent sovereign, Johor was not a fully independent State but a protectorate (and consequently not a Member of the United Nations). This probably explains why no attempt was made to register the "agreement" under Article 102 of the United Nations Charter. But what was the status of agreements between two British dependencies? Were they agreements *inter se* (like the agreements between the former Dominions within the British Commonwealth)? If they were, it is not "easy", in the words of Lord McNair, "to give a simple answer" to the question whether such agreements were "governed by international law or by some domestic system of law" (Lord McNair, *The Law of Treaties*,

vrait au juste. S'est-il abstenu de rendre publique la lettre du Johor de crainte de susciter de la part de celui-ci des explications ou des éclaircissements qui lui eussent été défavorables? L'affirmation de la Cour selon laquelle la réponse du Johor «revêt une signification claire» (arrêt, par. 223) ne résout pas certaines questions, telles que celles soulevées aux paragraphes 9 à 13 ci-dessus.

14. Se pose, quatrième, l'épineuse question de savoir si le secrétaire d'Etat par intérim du Johor avait compétence pour se prononcer sur des questions de souveraineté (par opposition à des questions de propriété). Les Parties se sont vivement opposées sur cette question. La Malaisie soutient que les deux accords de 1948 conclus par la Couronne britannique, l'un avec le sultan de Johor, l'autre avec la Fédération de Malaya, ne reconnaissaient pas à l'Etat du Johor de compétence en matière d'affaires extérieures, lesquelles continuaient de relever de la Grande-Bretagne. Singapour, quant à elle, soutient que la correspondance de 1953 ne touchait pas au domaine des affaires étrangères et que le principe *omnia praesumuntur rite esse acta* s'appliquait à la lettre de 1953. La brève conclusion de la Cour selon laquelle les accords de 1948 ne sont pas pertinents, au motif que la première lettre de l'échange de correspondance émanait d'un représentant de la Couronne britannique, qui n'était pas un Etat étranger, et qu'une demande de renseignements ne saurait être assimilée à l'exercice d'une compétence exécutive dans le domaine des affaires extérieures, ne constitue pas, selon moi, une réponse satisfaisante aux objections de nature constitutionnelle soulevées par la Malaisie quant à la compétence du secrétaire d'Etat par intérim pour se prononcer sur la souveraineté à l'égard de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Cette question méritait un examen autrement plus approfondi. S'il n'a pas été mené, la faute en revient en grande partie à la Malaisie, qui n'a pas soulevé cette question dans ses écritures, ne l'abordant qu'au terme de ses plaidoiries. Il s'agit néanmoins d'une question qui revêt une importance cruciale pour l'issue de l'affaire et qui méritait davantage d'attention.

15. A la question de savoir si le secrétaire d'Etat par intérim du Johor avait la compétence requise pour statuer sur des questions relevant des affaires extérieures en est associée une autre: celle de la nature de l'accord entre Singapour et le Johor ayant, si accord il y a effectivement eu, découlé de la correspondance de 1953. S'agissait-il d'un traité régi par le droit international? Si le sultan de Johor était peut-être un souverain indépendant, le Johor n'était pas un Etat pleinement indépendant mais était un protectorat (et, par conséquent, il n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies). C'est probablement la raison pour laquelle il n'a pas été entrepris d'enregistrer «l'accord» conformément à l'article 102 de la Charte des Nations Unies. Mais quel était le statut des accords conclus entre deux entités relevant du Royaume-Uni? S'agissait-il d'accords *inter se* (à l'instar de ceux conclus entre anciens dominions du Commonwealth britannique)? Dans l'affirmative, il n'est pas «aisé», pour citer lord McNair, «d'apporter une réponse simple» à la

1961, p. 115). And if the 1953 correspondence was not governed by international law does this affect the consequences to be attached to it?

16. Another question, also related to the authority of the Acting State Secretary, is whether he had the authority to dispose of territory that ultimately fell under the British Crown? If he had the authority to dispose of Pedra Branca/Pulau Batu Puteh by a note that was relegated by its recipient to its archives, would he have had the authority to settle a boundary dispute or to dispose of a large section of the Johor mainland? Or would this have constituted an “external affair” to be determined by the British Crown?

17. Fifthly, why did Singapore not publicize the fact that Johor/Malaysia had conceded that “ownership” (sovereignty) over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh vested in Singapore? If the 1953 letter was as significant as Singapore claims, it remains a mystery as to why this matter was not given publicity beyond the bureaucracy of Singapore. Why did Singapore not fly its national flag over the island, place it on its own maps, publish it in its promotional brochures? Register it under Article 102 of the United Nations Charter? If the purpose of the letter of enquiry was to determine the boundaries of Singapore’s territorial waters why did Singapore not publicly proclaim its maritime boundaries after 1953? The answer provided by the Court that this could have led to claims for territorial waters by neighbouring States that might interfere with the rights of Singapore fishermen is both speculative and unconvincing.

18. At the beginning of its Judgment the Court asserts that “[i]t is a general principle of law, confirmed by the jurisprudence of this Court, that a party which advances a point of fact in support of its claim must establish that fact” (Judgment, para. 45). Later it adds that:

“any passing of sovereignty over territory on the basis of the conduct of the Parties . . . must be manifested clearly and without any doubt by that conduct and the relevant facts. That is especially so if what may be involved, in the case of one of the Parties, is in effect the abandonment of sovereignty over part of its territory.” (*ibid.*, para. 122.)

The question whether Singapore discharged the burden of proof cannot arise in respect of the consequences of the 1953 correspondence as Singapore attached very different consequences to the correspondence to those attached to the correspondence by the Court. Whereas the Court views the correspondence as a “tacit” agreement (*ibid.*, para. 120) or the culmination of a “developing understanding” (*ibid.*, paras. 203, 223,

question de savoir si ces accords étaient «régis par le droit international ou par quelque mécanisme de droit interne» (lord McNair, *The Law of Treaties*, 1961, p. 115). Et si la correspondance de 1953 n'était pas régie par le droit international, cela a-t-il une incidence sur les conséquences qu'il convient de lui attacher?

16. Autre question, également liée à la compétence du secrétaire d'Etat par intérim: celui-ci était-il compétent pour aliéner un territoire qui relevait en dernier ressort de la Couronne britannique? S'il était compétent pour aliéner Pedra Branca/Pulau Batu Puteh au moyen d'une note que son destinataire relèguerait dans ses archives, l'aurait-il été pour trancher un différend frontalier ou pour aliéner une importante partie du territoire du Johor continental? Ou se serait-il alors agi d'une question relevant des «affaires extérieures», du ressort de la Couronne britannique?

17. Cinquièmement, pourquoi Singapour n'a-t-elle pas rendu public le fait que le Johor/la Malaisie avait admis que la «propriété» (souveraineté) sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh revenait à Singapour? Si la lettre de 1953 revêtait l'importance que lui prête cette dernière, l'on comprend mal pourquoi cette affaire n'a pas été rendue publique au-delà du cercle de la bureaucratie singapourienne. Pourquoi Singapour n'a-t-elle pas arboré son drapeau national sur l'île, pas fait figurer cette dernière sur ses propres cartes, pourquoi n'en a-t-elle pas fait état dans ses brochures touristiques? Pourquoi ne l'a-t-elle pas enregistrée conformément à l'article 102 de la Charte des Nations Unies? Si l'objectif de la lettre de renseignements était de déterminer les limites des eaux territoriales singapouriennes, pourquoi Singapour n'a-t-elle pas proclamé publiquement quelles étaient ses frontières maritimes après 1953? La réponse apportée par la Cour, à savoir que des Etats voisins auraient alors pu faire valoir des prétentions sur des eaux territoriales risquant d'avoir une incidence sur les droits de pêcheurs singapouriens, n'est fondée que sur des conjectures et elle n'est pas convaincante.

18. Au début de son arrêt, la Cour affirme qu'«[i]l est un principe général de droit, confirmé par [s]a jurisprudence ..., selon lequel une partie qui avance un élément de fait à l'appui de sa prétention doit établir celui-ci» (arrêt, par. 45). Plus loin, elle indique que

«tout changement du titulaire de la souveraineté territoriale fondé sur le comportement des Parties ... doit se manifester clairement et de manière dépourvue d'ambiguïté au travers de ce comportement et des faits pertinents. Cela vaut tout particulièrement si ce qui risque d'en découler pour l'une des Parties est en fait l'abandon de sa souveraineté sur une portion de son territoire.» (*Ibid.*, par. 122.)

La question de savoir si Singapour s'est acquittée de la charge de la preuve lui incombant ne peut se poser en ce qui concerne les conséquences de la correspondance de 1953, car celles que lui prête Singapour sont très différentes de celles que lui associe la Cour. Si cette dernière voit dans la correspondance un accord «tacite» (*ibid.*, par. 120) ou l'aboutissement d'une «évolution des vues» des Parties (*ibid.*, par. 203, 223,

230, 276) that Johor did not claim sovereignty over the island, or had acquiesced in Singapore's sovereignty over the island, Singapore denied that it was part of its argument that Johor had renounced or abandoned title over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh for "the simple reason" that it had no title to renounce or abandon (written response of Singapore to the question put by Judge Keith dated 30 November 2007). As the Court has drawn different conclusions from the 1953 correspondence from those advanced by Singapore, the Court must be satisfied that Johor's conduct "manifested clearly and without any doubt" that it had in effect abandoned sovereignty over the island. Whether the 1953 correspondence provides such evidence is highly doubtful in the light of the very real uncertainties relating to the meaning, nature and consequences of this correspondence.

19. The Court understandably has difficulty in finding a clear legal basis for its finding that the 1953 correspondence substantially contributed to the transfer of sovereignty from Johor to Singapore. It rightly holds that the correspondence was not constitutive and did not create title, that the letter from the Acting State Secretary did not constitute a binding unilateral undertaking and that no estoppel arose. However, the Judgment does not indicate clearly what conclusions are to be drawn from the 1953 correspondence. In the sections of the Judgment associated with the 1953 correspondence, the Court states that the "correspondence and its interpretation are of central importance for determining the developing understanding of the two Parties about sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh" (Judgment, para. 203); "that Johor's reply shows that as of 1953 Johor understood that it did not have sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh"; and that "[i]n light of Johor's reply, the authorities in Singapore had no reason to doubt that the United Kingdom had sovereignty over the island" (*ibid.*, para. 223; see also para. 230). It also talks of an "evolving understanding shared by the Parties" (*ibid.*, para. 224). Earlier in the Judgment the Court comments, probably with reference to the 1953 correspondence, that the passing of sovereignty may result from a "tacit" agreement arising from the conduct of the Parties (*ibid.*, para. 120) and from the failure of a State which has sovereignty to respond to the conduct of the other State *à titre de souverain*, in which case the "absence of reaction may well amount to acquiescence" (*ibid.*, para. 121). Acquiescence, in this context, says the Court, is "equivalent to tacit recognition manifested by unilateral conduct which the other party may interpret as consent" (*ibid.*; citing the *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1984*, p. 305, para. 130). Later, in its concluding section of the Judgment, with reference in part to the 1953 correspondence — described as being of "major significance" in the Court's assessment of the situation (Judgment, para. 275) — the Court declares that the relevant facts, including the conduct of the Parties "reflect a convergent evolution of the positions of the Parties

230, 276), convenant toutes deux que le Johor ne revendiquait pas la souveraineté sur l'île ou avait acquiescé à la souveraineté singapourienne sur l'île, Singapour nie avoir fait valoir que le Johor avait renoncé à son titre sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh ou avait abandonné ce titre, «pour la simple raison» que le Johor ne détenait aucun titre auquel il eût pu renoncer ou qu'il eût pu abandonner (réponse écrite de Singapour à la question posée par le juge Keith, en date du 30 novembre 2007). La Cour ayant tiré de la correspondance de 1953 des conclusions différentes de celles avancées par Singapour, elle doit acquérir la conviction que la conduite du Johor «manifest[ait] clairement et de manière dépourvue d'ambiguïté» un abandon effectif de sa souveraineté sur l'île. Or, il est très loin d'être certain que la correspondance de 1953 apporte des preuves en ce sens compte tenu des incertitudes très réelles qui entourent sa signification, sa nature et ses conséquences.

19. La Cour, on le comprend, a quelque peine à trouver un fondement juridique solide à sa conclusion selon laquelle la correspondance de 1953 a substantiellement contribué au transfert de la souveraineté du Johor à Singapour. Elle affirme à juste titre que la correspondance n'était ni constitutive ni à l'origine d'un titre, que la lettre du secrétaire d'Etat par intérim ne constituait pas un engagement unilatéral contraignant et qu'il n'y a pas eu d'*estoppel*. Toutefois, elle n'indique pas clairement quelles sont les conclusions à tirer de cette correspondance. Dans les passages de l'arrêt qui s'y rapportent, la Cour indique que «cette correspondance ainsi que la manière dont elle est interprétée sont essentielles pour déterminer comment ont évolué les vues des deux Parties à propos de la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh» (arrêt, par. 203); que «la réponse du Johor montre que, en 1953, celui-ci considérait que la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh ne lui appartenait pas»; et que, «[a]u vu de cette réponse, les autorités à Singapour n'avaient aucune raison de douter que le Royaume-Uni détenait la souveraineté sur l'île» (*ibid.*, par. 223; voir également par. 230). La Cour fait également état d'une «évolution des vues partagées par les Parties» (*ibid.*, par. 224). Plus haut dans l'arrêt, elle indique, probablement eu égard à la correspondance de 1953, que le changement du titulaire de la souveraineté peut résulter d'un accord «tacite» découlant du comportement des Parties (*ibid.*, par. 120) et de l'absence de réaction de l'Etat qui détenait la souveraineté face au comportement d'un autre Etat agissant à titre de souverain, auquel cas «[l']absence de réaction peut tout à fait valoir acquiescement» (*ibid.*, par. 121). L'acquiescement, dans ce contexte, affirme la Cour, «équiv[aut] à une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement» (*ibid.*; citant l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 305, par. 130). Plus loin, dans la conclusion de son arrêt, et faisant notamment référence à la correspondance de 1953 — à laquelle elle prête «une importance capitale» pour son évaluation de la situation (arrêt, par. 275) —, la Cour déclare que les faits pertinents, dont



regarding title to Pedra Branca/Pulau Batu Puteh” resulting in the passing of sovereignty over the island to Singapore (Judgment, para. 276). From this it appears that notions of tacit agreement, developing or evolving understanding (a synonym for tacit agreement?) and acquiescence, evidenced by the conduct of the Parties, provide the legal basis for the Court’s Judgment. Clearly, Johor’s letter of 1953 features prominently in the Court’s assessment. Whether tacit agreement based on: the conduct of parties, a “developing understanding” that sovereignty had passed, or acquiescence, in the context of the facts of the case, as for it providing a sound legal basis for the passing of sovereignty will be examined later.

#### THE PERIOD 1953 TO 1980

20. The Court’s approach to the legal consequences to be attached to the events of the period 1953 to 1980 are premised on and influenced by its finding that Johor (Malaysia) had acknowledged the sovereignty of Singapore over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh in the 1953 letter from the Acting State Secretary of Johor. The actions of Singapore thereafter are positively interpreted to support its claim to sovereignty while its failures to act — its omissions — are excused. Conversely, no positive legal significance is attached to Malaysia’s actions, while its failures to act are seen as further evidence of its acquiescence in Singapore’s claim. This is evidenced by an examination of the Court’s Judgment.

21. The Court finds that Singapore’s investigation of shipwrecks in the vicinity of Pedra Branca/Pulau Batu Puteh has favourable legal consequences for Singapore despite the fact that Singapore as lighthouse operator was obliged to do so. It holds that Singapore’s exercise of control over official visits (including by Malaysia) to the island weighed in Singapore’s favour, and declines to view Malaysia’s acquiescence in this practice as polite deference to the authority of its lessee. Singapore’s installation of military equipment on the island is counted in its favour despite Malaysia’s uncontested assertion that it was unaware of this fact and therefore unable to react. So too is Singapore’s proposal to extend the island by reclamation, which again was done without Malaysia’s knowledge. On the other hand, no adverse inference is drawn from the failure of Singapore to protest, express concern or even publicly take notice of a number of open actions by Malaysia in the vicinity of Pedra Branca/Pulau Batu Puteh which had potentially serious implications for it — the 1968 Petroleum Agreement between Malaysia and the Continental Oil Company of Malaysia, the 1969 Malaysian Territorial Seas legislation extending Malaysia’s territorial waters, and the Agreements of

le comportement des Parties, «témoignent d'une évolution convergente des positions de celles-ci concernant le titre sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh», dont est découlé un changement du titulaire de la souveraineté sur l'île au profit de Singapour (arrêt, par. 276). Il apparaît ainsi que les notions d'accord tacite, d'évolution des vues partagées par les Parties (un synonyme d'accord tacite?) et d'acquiescement attestés par la conduite des Parties constituent la base juridique sur laquelle la Cour fonde son arrêt. De toute évidence, la lettre de 1953 du Johor occupe une place centrale dans son appréciation. La question de savoir si l'accord tacite fondé sur la conduite des Parties, le partage, au terme d'une «évolution», des mêmes vues quant à l'existence d'un transfert de la souveraineté et l'acquiescement fournissent, dans le contexte des faits de l'espèce, une base juridique solide à un tel changement sera examinée plus loin.

#### LA PÉRIODE ALLANT DE 1953 À 1980

20. La manière dont la Cour aborde les conséquences juridiques à attacher aux événements survenus dans la période allant de 1953 à 1980 est conditionnée, et influencée, par sa conclusion selon laquelle le Johor (la Malaisie) avait, dans la lettre de 1953 de son secrétaire d'Etat par intérim, reconnu la souveraineté de Singapour sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Les actes de Singapour postérieurs à cette date sont portés à son crédit comme étayant sa revendication de souveraineté, tandis que son inaction et ses omissions sont excusées. A l'inverse, les actes de la Malaisie ne se voient reconnaître aucune valeur juridique positive, tandis que son inaction est perçue comme une preuve supplémentaire de son acquiescement à la revendication singapourienne. Tel est le constat qui ressort de l'examen de l'arrêt de la Cour.

21. La Cour attache à l'enquête sur les naufrages menée au voisinage de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh par Singapour des conséquences juridiques favorables à Singapour, bien que celle-ci fût, en sa qualité d'exploitant du phare, tenue d'agir ainsi. La Cour estime que le contrôle qu'elle exerçait à l'égard des visites officielles (y compris de la Malaisie) sur l'île pèse, dans la balance, en faveur de Singapour, et refuse de considérer l'acquiescement de la Malaisie à cette pratique comme la simple marque d'une déférence polie envers l'autorité reconnue à un preneur à bail. La Cour met à l'actif de Singapour le fait que celle-ci ait installé du matériel militaire sur l'île, quand bien même la Malaisie a affirmé — sans que cette affirmation ait été contestée — qu'elle n'en avait pas eu connaissance et n'avait dès lors pu réagir. Il en va de même de la proposition de Singapour tendant à agrandir l'île par récupération de terres, dont, là encore, la Malaisie ne fut pas informée. En revanche, la Cour ne retient pas contre Singapour le fait que celle-ci se soit abstenue de protester contre un certain nombre d'actes publics de la Malaisie au voisinage de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh qui risquaient pourtant d'avoir pour elle de sérieuses conséquences — l'accord pétrolier de 1968 conclu entre la

1969/1970 between Malaysia and Indonesia delimiting their continental shelf and territorial waters. Surprisingly, the Court fails to attach any significance to the failure of the 1973 Territorial Sea Agreement between Singapore and Indonesia to include any mention of Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Generously, the Court likewise draws no adverse inference from the failure of Singapore's official publications to include the island as Singaporean territory, and dismisses as insignificant an assertion made in 1966 by J. A. L. Pavitt, for many years Director of Marine in Singapore, that Pedra Branca/Pulau Batu Puteh did not belong to Singapore (J. A. L. Pavitt, *The First Pharos of the Eastern Seas: Horsburgh Lighthouse*). On the other hand, the Court considers as "significant" the fact that Malaysia listed Horsburgh lighthouse as a "Singapore Station" in two meteorological reports. Malaysia's explanation that this simply meant that this was a Singapore rainfall station is discounted. Finally the Court notes, in passing, and without comment, that Singapore did not include Pedra Branca/Pulau Batu Puteh as part of Singapore in any map it published between 1847 and 1995.

22. The Court is ambivalent in its treatment of Singapore's flying of the ensign over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh rather than its national flag. It acknowledges that the flying of an ensign "is not in the usual case a manifestation of sovereignty" (Judgment, para. 246), but draws an inference adverse to Malaysia from its failure to protest about the flying of the ensign over the uninhabited island of Pedra Branca/Pulau Batu Puteh when it had protested over the flying of the ensign over the larger and inhabited island of Pulau Pisang. In my view, the Court should instead have drawn an inference adverse to Singapore for its failure to fly its national flag over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. This failure speaks volumes as it indicates clearly that Singapore did not at any time believe (or at least had no confidence in such a belief) that it enjoyed sovereignty over the island and that for this reason it was unprepared to engage in a public display of alleged sovereignty that would inevitably have followed from the flying of the national flag.

23. Malaysia's actions are viewed less positively. The fact that the Malaysian and Singaporean navies together patrolled the seas in the vicinity of Pedra Branca/Pulau Batu Puteh is treated as insignificant. No weight is given to a 1968 letter of the Chief of the Malaysian Navy declaring that the territorial waters of Pedra Branca/Pulau Batu Puteh were part of Malaysia's territorial sea on the ground that this letter was not made public. (This might have been an acceptable argument had the

Malaisie et la Continental Oil Company of Malaysia, l'ordonnance de 1969 sur la mer territoriale malaisienne élargissant les eaux territoriales de la Malaisie, et les accords conclus en 1969 et 1970 entre la Malaisie et l'Indonésie aux fins de délimiter leur plateau continental et leurs eaux territoriales —, n'ait pas exprimé de préoccupations à leur égard ni n'en ait seulement pris acte. Curieusement, la Cour n'attache pas d'importance au fait que l'accord de 1973 relatif à la mer territoriale entre Singapour et l'Indonésie ne contienne aucune mention de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Avec la même largesse, la Cour ne retient pas contre Singapour le fait que l'île ne figure pas en territoire singapourien dans ses publications officielles, et rejette comme sans importance une affirmation datant de 1966 de J. A. L. Pavitt, qui fut pendant plusieurs années directeur des affaires maritimes de Singapour, selon laquelle Pedra Branca/Pulau Batu Puteh n'appartenait pas à cette dernière (J. A. L. Pavitt, *The First Pharos of the Eastern Seas: Horsburgh Lighthouse*). En revanche, la Cour juge que «n'est pas sans intérêt» le fait que la Malaisie ait présenté le phare Horsburgh comme une «station de Singapour» dans deux rapports météorologiques. De l'explication de la Malaisie — à savoir qu'elle y figurait en tant que simple station pluviométrique singapourienne —, il n'est fait aucun cas. Enfin, la Cour note en passant seulement, et sans commentaire, que Singapour ne présente Pedra Branca/Pulau Batu Puteh comme singapourienne dans aucune des cartes qu'elle a publiées entre 1847 et 1995.

22. La Cour use de deux poids deux mesures dans la manière dont elle traite le fait que Singapour a arboré sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh son pavillon plutôt que son drapeau national. Elle reconnaît que le déploiement d'un pavillon «n'est habituellement pas une manifestation de souveraineté» (arrêt, par. 246), mais estime que milite contre la thèse de la Malaisie le fait que celle-ci n'ait pas protesté contre le déploiement du pavillon sur l'île inhabitée de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh alors qu'elle avait élevé des objections lorsqu'un tel pavillon avait été hissé sur l'île — plus grande et habitée — de Pulau Pisang. Selon moi, la Cour aurait dû au contraire juger que militait contre la thèse de Singapour le fait que celle-ci n'ait pas arboré son drapeau national sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Qu'elle ne l'ait pas arboré est on ne peut plus éloquent, puisqu'il en ressort clairement que Singapour n'a jamais considéré (ou n'a, à tout le moins, jamais estimé certain) qu'elle détenait la souveraineté sur l'île et n'était, dès lors, pas disposée à se livrer à la manifestation publique d'affirmation de la souveraineté inévitablement associée au déploiement du drapeau national.

23. Les activités de la Malaisie sont considérées sous un jour moins complaisant. Le fait que des navires malaisiens et singapouriens aient patrouillé conjointement dans les eaux voisines de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh est jugé sans importance. Aucun poids n'est accordé à une lettre de 1968 du chef de la marine malaisienne indiquant que les eaux territoriales de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh faisaient partie de la mer territoriale malaisienne, au motif que cette lettre ne fut pas rendue publique

Court not been more generous in its attachment of significance to Singapore's secret installation of military equipment and proposed land reclamation: see para. 21 above.) No legal consequences are attached to the Government of Malaysia's 1968 Petroleum Agreement with the Continental Oil Company of Malaysia authorizing the company to explore for oil in the vicinity of Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Here the Court might well have taken judicial notice of the sensitivity displayed by States in respect of exploration for oil and that this Agreement must have received the attention of Singapore — resulting in an expectation of some response. No weight is given to Malaysia's 1969 legislation on its territorial sea on the ground that it does not expressly mention Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Again, one would surely have expected a State with an unpublicized claim to territory in the region to at least have reminded Malaysia of its interest. Malaysia's agreements with Indonesia over their continental shelf and territorial seas are treated in a similar vein, and no adverse inference is drawn from Singapore's silence, despite its obvious interest in respect of territorial claims in the region.

24. The Court's handling of the maps depicting Pedra Branca/Pulau Batu Puteh is highly unsatisfactory. The Court attaches considerable significance to six Malaysian maps that appear to describe Pedra Branca/Pulau Batu Puteh as Singaporean territory, without seriously considering Malaysia's highly plausible explanation that "Singapore" in context referred to the Horsburgh lighthouse only and not to the island. (At this stage the Court might also have considered the question whether Singapore's decision to fly the ensign rather than its national flag gave any support to Malaysia's explanation.) On the other hand, the Court dismisses those maps which clearly support Malaysia's position. First, it doubts the significance of three maps published in 1926 and 1932 by the Surveyor-General of the Federated Malay States and Straits Settlements, which indicate clearly (despite the Court's statement that they "may" indicate) that the island is within Johor. Secondly, it even fails to consider other maps produced by Johor and the United Kingdom, which place Pedra Branca/Pulau Batu Puteh within Malaysian territory.

#### OVERALL FACTUAL ASSESSMENT

25. This case involves a dispute between two friendly nations, both for many years subject to British authority or influence, whose friendship and close constitutional relationship is in part the reason for the present dispute. This friendship has allowed the issue of sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh to go virtually unnoticed for 130 years. In

(argument qui aurait pu être recevable si la Cour ne s'était montrée autrement généreuse dans l'importance accordée à l'installation secrète de matériel militaire par Singapour et à son projet de récupération de terres : voir paragraphe 21 ci-dessus). Aucun effet juridique n'est associé à l'accord pétrolier conclu en 1968 par le Gouvernement malaisien avec la Continental Oil Company of Malaysia, qui autorisait celle-ci à mener des activités d'exploration pétrolière aux alentours de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. La Cour, à cet égard, aurait pu prendre note de la sensibilité manifestée par les Etats en matière d'exploration pétrolière et du fait que cet accord a dû être porté à l'attention de Singapour — de sorte qu'une réaction de sa part semblait s'imposer. Il n'est accordé aucun poids à l'ordonnance de 1969 de la Malaisie sur sa mer territoriale au motif qu'elle ne mentionne pas expressément Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Une fois de plus, il aurait semblé naturel qu'un Etat entretenant, dans la région, des prétentions territoriales qu'il n'avait pas exprimées publiquement eût à tout le moins rappelé à la Malaisie son intérêt. Les accords conclus par la Malaisie avec l'Indonésie relativement à leur plateau continental et à leurs mers territoriales sont traités de la même façon, et le silence de Singapour n'est pas retenu contre elle, en dépit de l'intérêt manifeste qui était le sien s'agissant des revendications territoriales dans la région.

24. Le traitement réservé par la Cour aux cartes qui représentent Pedra Branca/Pulau Batu Puteh est extrêmement insatisfaisant. La Cour prête une importance considérable à six cartes malaisiennes qui semblent présenter Pedra Branca/Pulau Batu Puteh comme singapourienne, sans accorder l'attention qu'elle mérite à l'explication éminemment plausible de la Malaisie selon laquelle l'adjectif «singapourien» qualifiait, dans ce contexte, le phare Horsburgh seulement, et non pas l'île. (A ce stade, la Cour aurait également pu se poser la question de savoir si la décision prise par Singapour d'arborer le pavillon plutôt que son drapeau national corroborait d'une quelconque façon cette explication.) En revanche, la Cour écarte les documents cartographiques qui vont clairement dans le sens de la thèse malaisienne. Non seulement elle conteste l'importance de trois cartes publiées en 1926 et en 1932 par le géomètre général de la Fédération des Etats malais et des Etablissements des détroits, qui indiquent clairement (même si la Cour affirme seulement qu'elles «pourraient» indiquer) que l'île appartenait au Johor, mais elle ne prend pas même en compte d'autres cartes établies par le Johor et le Royaume-Uni, qui situent Pedra Branca/Pulau Batu Puteh en territoire malaisien.

#### APPRÉCIATION GLOBALE DES FAITS

25. Cette affaire recouvre un différend entre deux nations amies, longtemps soumises, l'une comme l'autre, à l'autorité ou à l'influence britanniques, et dont l'amitié et les liens constitutionnels étroits sont l'une des causes du présent litige. Cette amitié a permis à la question de la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh de passer quasiment inaper-

approaching the dispute it is essential to have regard to these historical and political circumstances.

26. Before 1980 no serious attention was paid to the status of Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Malaysia thought the island belonged to it. Singapore too, at some time after the construction of the Horsburgh lighthouse, thought it belonged to it. But, wisely, both Parties allowed the overriding interest of safety of navigation in the Singapore Straits to prevail over territorial claims. The 1953 correspondence did not disturb the relationship between the Parties. Having been informed by Johor that it did not claim "ownership" (whatever this may mean) over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Singapore did nothing to advertise this information to third States. It did not take any actions based on this information itself. Instead both Parties relegated this information to their archives. Maybe they did this to avoid maritime disputes in the region in the wake of the "new" Law of the Sea declared in the *Fisheries case (United Kingdom v. Norway)* (*Judgment, I.C.J. Reports 1951*, p. 116). Maybe Singapore did not wish to disturb its good relationship with Johor by a request for clarification of the 1953 letter by the Acting State Secretary. Whatever the reason for this conduct, or lack of conduct, nothing was done and the Parties continued as they had behaved before 1953.

27. Singapore continued to behave as a lighthouse operator unaccountable to Malaysia. It was careful not to flaunt its sovereignty, if it believed that it was sovereign. It did nothing to advertise that it considered itself to be sovereign. It flew the ensign over the island rather than its national flag. It accepted Malaysian naval patrols in the vicinity of the island. Military communication equipment was quietly installed on the island. Land reclamation plans were not proceeded with. Official publications made no attempt to include the island in Singaporean territory. Singapore published no map claiming the island as its own. It refrained from reminding Malaysia that it had an interest in the continental shelf or territorial sea of the island when Malaysia entered into a petroleum agreement (1968), adopted legislation on its territorial sea (1969) and entered into an agreement with Indonesia in respect of continental shelf and territorial sea. It raised no objections to maps that included Pedra Branca/Pulau Batu Puteh in Malaysian territory. And, finally, it refrained from claiming the island in its 1973 Territorial Sea Agreement with Indonesia.

28. Malaysia likewise continued to behave as a lessor without any expectation of accountability from its lessee. It failed to protest Singapore's activities on the island, even when they went beyond those of a lighthouse operator. It accepted that it was required to obtain permission from its lessee for visits to the island. It raised no objections to the Singapore navy patrolling the vicinity of the island. It failed to object to Sing-

que pendant cent trente ans. Pour aborder ce différend, il est essentiel de tenir compte de ces circonstances politiques et historiques.

26. Avant 1980, la question du statut de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh ne s'était pas sérieusement posée. La Malaisie pensait que l'île lui appartenait et, quelque temps après la construction du phare Horsburgh, Singapour pensait, de même, que l'île lui appartenait. L'une et l'autre eurent toutefois la sagesse de laisser prévaloir sur des prétentions territoriales l'intérêt primordial de la sécurité de la navigation dans le détroit de Singapour. La correspondance de 1953 ne perturba pas leurs relations. Informée par le Johor que celui-ci ne revendiquait pas la « propriété » (quoi que l'on entende par là) de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Singapour se garda de porter cette information à la connaissance de tierces parties. Elle-même n'en tira matière à aucune initiative. Au contraire, les deux Parties la reléguèrent dans leurs archives. Peut-être agirent-elles ainsi pour éviter, dans le contexte du « nouveau » droit de la mer affirmé dans l'affaire des *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)* (arrêt, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116), l'apparition de différends maritimes dans la région. Singapour ne souhaitait peut-être pas compromettre les bonnes relations qu'elle entretenait avec le Johor en sollicitant des éclaircissements sur la lettre de 1953 du secrétaire d'Etat par intérim. Quelle que fût la raison de ce comportement, ou de cette inaction, aucune mesure ne fut prise et les Parties continuèrent de se conduire comme elles le faisaient avant 1953.

27. Singapour continua ainsi de se comporter comme un exploitant de phare n'ayant aucun compte à rendre à la Malaisie. Si elle s'estimait titulaire de la souveraineté, elle prenait soin de n'en pas faire étalage. Elle ne chercha en rien à faire savoir qu'elle s'estimait détentrice de la souveraineté. Elle arbora sur l'île le pavillon plutôt que son drapeau national. Elle accepta que la Malaisie effectue dans ses parages des patrouilles navales. Elle y installa furtivement du matériel de communication militaire. Elle ne mit pas en œuvre les projets de récupération de terres qu'elle avait conçus. Elle ne chercha aucunement, dans ses publications officielles, à présenter l'île comme singapourienne. Elle ne publia aucune carte l'incluant dans son territoire. Elle se garda de rappeler à la Malaisie, lorsque celle-ci conclut un accord pétrolier (1968), prit une ordonnance concernant sa mer territoriale (1969) et conclut avec l'Indonésie un accord relatif au plateau continental et à leurs mers territoriales, qu'elle avait un intérêt à l'égard du plateau continental ou de la mer territoriale de l'île. Elle ne souleva aucune objection à des cartes qui faisaient apparaître Pedra Branca/Pulau Batu Puteh en territoire malaisien. Enfin, elle s'abstint de revendiquer l'île dans l'accord de 1973 relatif à la mer territoriale qu'elle conclut avec l'Indonésie.

28. La Malaisie, de même, continua de se comporter comme un bailleur n'attendant pas de son preneur qu'il lui rende des comptes. Elle ne protesta pas contre les activités menées par Singapour sur l'île, même quand elles outrepassaient les attributions d'un exploitant de phare. Elle accepta l'obligation d'obtenir l'autorisation de son preneur pour effectuer des visites sur l'île. Elle ne s'opposa pas à ce que la marine de Singapour



apore's flying of the ensign, despite the fact that it objected to such conduct in the case of Pulau Pisang. It acknowledged that Singapore controlled the island in its six notorious maps. On the other hand, in a rare display of sovereignty, it did not consult Singapore when it entered into a petroleum agreement for the continental shelf, enacted legislation for its territorial sea and entered into an agreement with Indonesia for the delimitation of its continental shelf and territorial sea.

29. It was not until 1980 that the Parties realized that they had a dispute on their hands. But even then they continued to behave amicably towards each other. Both claimed original title to the island and Singapore politely refrained from claiming that it had acquired title by prescription, possibly because it did not wish to suggest that it had for many years been an adverse possessor of the island.

#### LEGAL ASSESSMENT

30. As I have said in paragraph 2, I find it difficult to fully understand the basis for the Court's Judgment. Notions of conduct, acquiescence, tacit agreement and abandonment of title feature in the Court's explanation for its decision (see Judgment, paras. 120-121, 162, 203, 223-224, 230 and 275). However, the Court fails to explain how sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh passed from Johor/Malaysia to Singapore in terms of traditional or accepted rules governing the acquisition of territorial title. In particular, it fails to address the question whether there was "an intentional display of power and authority" over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh on the part of Singapore "by the exercise of jurisdiction and State functions, on a continuous and peaceful basis" — a formula said to reflect the "modern international law on the acquisition (or attribution) of territory" by the Tribunal in the *Eritreal/Yemen* Arbitration Award (*Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute, Eritreal/Yemen* (1998) 22 *RIAA*, pp. 209, 268, para. 239). In order to decide whether the Court's Judgment can be justified in law the wisest course seems to be to examine the decision within the framework of accepted, or at least known, grounds normally advanced for the acquisition of territorial title and then to test the facts of the case against the grounds that appear to have been advanced by the Court.

31. On the face of it, Singapore's claim looks very much like a claim based on prescription. Malaysia has original title but Singapore claims that for 130 years it has possessed the island and performed acts in respect of the island *à titre de souverain*, peacefully and uninterruptedly. But strangely, Singapore chose not to argue this. It repeatedly stated that "the notion of prescription . . . has no role to play in the present case" (CR 2007/22, p. 29, para. 69) and instead maintained that it:

patrouille au voisinage de celle-ci. Elle n'objecta pas à ce que Singapour arbore le pavillon, quand bien même elle avait protesté dans le cas de Pulau Pisang. Elle reconnut que Singapour contrôlait l'île sur ses six fameuses cartes. En revanche, dans une rare manifestation de souveraineté, elle s'abstint de consulter Singapour lorsqu'elle conclut un accord pétrolier concernant le plateau continental, promulgua une ordonnance relative à sa mer territoriale et conclut avec l'Indonésie un accord de délimitation du plateau continental et des mers territoriales.

29. Ce n'est qu'en 1980 que les Parties se rendirent compte qu'un différend les opposait. Mais, même alors, leurs relations demeurèrent amicales. Toutes deux revendiquèrent le titre originaire sur l'île, Singapour s'abstenant poliment d'affirmer qu'elle avait acquis le titre par prescription, peut-être parce qu'elle ne voulait pas donner à penser que, des années durant, sa possession de l'île avait été de mauvaise foi.

#### APPRÉCIATION JURIDIQUE

30. Ainsi que je l'ai indiqué au paragraphe 2, j'ai peine à bien saisir le fondement sur lequel repose l'arrêt de la Cour. Dans l'exposé des motifs de sa décision, la Cour mentionne les notions de comportement, d'acquiescement, d'accord tacite et d'abandon du titre (voir arrêt, par. 120-121, 162, 203, 223-224, 230 et 275). Toutefois, elle n'explique pas comment la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh est passée du Johor/de la Malaisie à Singapour au regard des règles traditionnelles ou admises régissant l'acquisition d'un titre territorial. En particulier, elle ne répond pas à la question de savoir s'il y avait de la part de Singapour «une manifestation intentionnelle de pouvoir et d'autorité» sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh «par l'exercice continu et pacifique de la compétence et des attributs de la puissance publique» — formulation censée refléter le «droit international moderne de l'acquisition (ou de l'attribution) d'un territoire», aux termes de la sentence rendue en 1998 par le tribunal arbitral dans la première étape de la procédure en l'affaire *Erythrée/Yémen (Souveraineté territoriale et champ du différend, Permanent Court of Arbitration Award Series, T.M.C. Asser Press, 2005, p. 357, par. 239)*. Pour déterminer si l'arrêt de la Cour est fondé en droit, le plus judicieux serait, semble-t-il, d'examiner la question au regard des bases admises, ou à tout le moins connues, d'acquisition d'un titre territorial généralement avancées, puis d'apprécier, à la lumière des faits de l'affaire, celles qui semblent l'avoir été ici par la Cour.

31. A première vue, la prétention de Singapour semble à s'y méprendre être fondée sur la prescription. La Malaisie détient le titre originaire, mais Singapour affirme avoir été en possession de l'île pendant cent trente ans et avoir accompli à son égard des actes à titre souverain, paisiblement et sans interruption. Curieusement, Singapour a toutefois choisi de ne pas invoquer ce concept. Elle a indiqué à plusieurs reprises que «la notion de prescription ... n'a[vait] aucun rôle à jouer en l'espèce» (CR 2007/22, p. 29, par. 69), soutenant qu'elle

“relies on its conduct after 1851 not for purposes of establishing a legal title to the territory in dispute — that title was already established by 1851 — but rather to demonstrate that that title was maintained and confirmed by a series of concrete activities on the ground which have lasted for over 150 years” (CR 2007/22, p. 28, para. 66).

Malaysia accepted that “the notion of prescription . . . has no role to play in the present case” (CR 2007/26, p. 35, para. 1).

32. It is not known why Singapore chose not to pursue so obvious an argument, even if only in the alternative. And, with the knowledge of hindsight (although the Court must have realized from the outset it would have to deal with some kind of prescription), it is unfortunate that the Court did not ask the Parties to address it on prescription.

33. Prescription is a concept of uncertain content in international law. According to R. Y. Jennings, it is “a portmanteau concept that comprehends both possession of which the origin is unclear or disputed, and an adverse possession which is in origin demonstrably unlawful” (R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law* (1963) p. 23). In the case concerning *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)* (Judgment, *I.C.J. Reports 1999 (II)*, p. 1103, para. 94 and p. 1105, para. 97), the Court accepted that for a claim based on prescription to succeed it must be shown that possession is *à titre de souverain*, peaceful and uninterrupted, public and endure for a certain length of time (see also, D. H. N. Johnson, “Acquisitive Prescription in International Law”, (1950) *27 British Year Book of International Law*, pp. 344-348). Publicity is an essential requirement for prescription. According to Malcolm Shaw the possession must be public “so that all interested States can be made aware of it” (*International Law*, 5th ed. 2003, p. 427). Judge Max Huber was also keenly aware of this requirement in his decision in the *Island of Palmas Case (Netherlands/United States of America)* (Award of 4 April 1928, *RIAA*, Vol. II (1949), pp. 839, 868), as he repeatedly emphasized the need for a “continuous and peaceful *display* of State authority” (emphasis added) in order to establish title. Given Singapore’s failure to expressly and openly assert its claim to sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, and in particular its failure or refusal to publicize Johor’s response to its letter of 1953, it is highly unlikely that it could have succeeded in a claim based on prescription — had it chosen to argue this. In the event, the Court studiously avoided any suggestion that its Judgment was based on prescription.

34. Another ground, that was raised by Singapore and might have been invoked by the Court for its decision, was estoppel — a term:

“used to denote a legal principle which operates so as to preclude a party from denying before a tribunal the truth of a statement of fact

«se fond[ait] sur sa conduite postérieure à 1851 dans le but non d'établir un titre juridique sur le territoire en litige — titre qui était déjà établi en 1851 —, mais de démontrer que ce dernier a[vait] été préservé et confirmé par une série d'activités concrètes sur le terrain pendant plus de cent cinquante ans» (CR 2007/22, p. 28, par. 66).

La Malaisie admet que «la notion de prescription ... n'a aucun rôle à jouer en l'espèce» (CR 2007/26, p. 35, par. 1).

32. L'on ignore pourquoi Singapour a choisi de ne pas développer un argument aussi évident, fût-ce uniquement à titre subsidiaire. Et, avec le recul (encore que la Cour ait dû saisir d'emblée que la question de la prescription se poserait sous une forme ou sous une autre), il est dommage que la Cour n'ait pas prié les Parties de lui faire part de leurs vues sur cette question.

33. La prescription est un concept dont le contenu n'est pas clair en droit international. Selon R. Y. Jennings, il s'agit d'une notion hétéroclite qui recouvre «à la fois une possession dont l'origine est incertaine ou contestée, et une possession de mauvaise foi dont l'origine est évidemment illicite» (R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law*, 1963, p. 23). Dans l'affaire de l'*Ile de Kasikilil/Sedudu* (*Botswana/Namibie*) (arrêt, *C.I.J. Recueil 1999 (II)*, p. 1103, par. 94, et p. 1105, par. 97), la Cour a admis que, pour qu'une demande puisse être adjugée au titre de la prescription, il devait avoir été démontré que la possession était exercée à titre de souverain, que cette possession était paisible et interrompue, était publique et s'était prolongée pendant un certain temps (voir également D. H. N. Johnson, «Acquisitive Prescription in International Law», *British Year Book of International Law*, vol. 27, 1950, p. 344-348). Que la possession soit publique est une condition essentielle en matière de prescription. Selon Malcolm Shaw, elle doit l'être «afin que tous les Etats concernés puissent en être informés» (*International Law*, 5<sup>e</sup> éd. 2003, p. 427). Le juge Max Huber avait lui aussi parfaitement conscience de cette exigence, qui soulignait à plusieurs reprises, dans la sentence rendue en l'affaire de l'*Ile de Palmas* (*Pays-Bas/Etats-Unis d'Amérique*) (sentence, 4 avril 1928, *RGDIP*, t. XLII, 1935, p. 166 [traduction française]), la nécessité d'une *manifestation* («display») «continu[e] et pacifique des fonctions étatiques» aux fins d'établir le titre. Singapour n'ayant pas expressément ni publiquement fait valoir sa revendication de souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh et ayant, en particulier, manqué — ou refusé — de rendre publique la réponse du Johor à sa lettre de 1953, il est éminemment improbable qu'elle eût pu se voir adjuger une demande fondée sur la prescription — eût-elle choisi d'avancer cet argument. De fait, la Cour s'est soigneusement gardée de donner à entendre que son arrêt reposait sur cette notion.

34. Autre motif avancé par Singapour, que la Cour aurait pu invoquer pour fonder sa décision: l'*estoppel*, terme

«utilisé pour désigner un principe juridique ayant pour effet d'empêcher une partie de nier devant un tribunal la véracité d'une déclara-

made previously by that party to another whereby that other has acted to his detriment” (I. Sinclair “Estoppel and Acquiescence” in V. Lowe and M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (1996), p. 105).

After all, estoppel and acquiescence are closely linked and acquiescence features in the Court’s Judgment. However, the Court rightly rejects estoppel as the basis for the acquisition of title on the ground that there was no evidence that Singapore had taken any action in reliance on Johor’s letter of 1953.

35. The Court also, rightly, dismisses any suggestion that the letter of 1953 might be interpreted as a cession of the island from Johor to Singapore by finding that it did not have a “constitutive character in the sense that it had a conclusive legal effect on Johor” (Judgment, para. 227). Singapore’s argument that the 1953 letter might amount to a binding undertaking is likewise dismissed on the ground that Johor’s statement “was not made in response to a claim made by Singapore or in the context of a dispute between them”, but was simply a response to a request for information (*ibid.*, para. 229). Historical consolidation of title was not considered by either Singapore or the Court as a basis for the acquisition of title, probably because of the doubts that have recently been cast on this root of title by the Court in the case concerning *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea Intervening)* (Judgment, *I.C.J. Reports 2002*, p. 352).

36. This leaves tacit agreement, some sort of acquiescence in Singapore’s title or abandonment of title as the basis for the Court’s Judgment. Abandonment of title is mentioned by the Court as a possible effect of the conduct of the Parties (Judgment, para. 122), but is not raised as a separate basis for the acquisition of title. This is a wise course as the “actual examples of it are scarce” (G. Marston, “The British Acquisition of the Nicobar Islands, 1869: A Possible Example of Abandonment of Territorial Sovereignty”, (1998) 69 *British Year Book of International Law*, p. 262) and the intention to abandon title must be manifest. Johor’s letter of 1953 would not seem to satisfy this test.

37. The Court employs different terminology to describe what it perceives to be a “tacit agreement” between Johor/Malaysia and Singapore on the passing of sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Early in the Judgment, probably with reference to the 1953 correspondence, the Court warns that the passing of sovereignty may result from “tacit” agreement arising from the conduct of the Parties (Judgment, para. 120). Later it talks about “evolving views” (*ibid.*, para. 162) and an “evolving understanding shared by the Parties” (*ibid.*, para. 224). In its concluding remarks on sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, the

tion factuelle adressée par elle à une autre partie, sur le fondement de laquelle cette autre partie a agi d'une manière qui lui était préjudiciable» (I. Sinclair, «Estoppel and Acquiescence», dans V. Lowe et M. Fitzmaurice (sous la dir. de), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, 1996, p. 105).

Après tout, les notions d'*estoppel* et d'acquiescement sont étroitement liées et cette dernière est mentionnée dans l'arrêt de la Cour. Toutefois, la Cour se refuse à bon droit à faire reposer sur l'*estoppel* l'acquisition du titre, arguant que rien ne prouve que Singapour ait pris la moindre mesure sur le fondement de la lettre du Johor de 1953.

35. La Cour rejette aussi à bon droit toute suggestion que la lettre de 1953 pourrait être interprétée comme portant cession de l'île du Johor à Singapour, en lui déniait «un caractère constitutif au sens où elle aurait eu pour [le Johor] un effet juridique décisif» (arrêt, par. 227). L'argument de Singapour assimilant la lettre de 1953 à un engagement obligatoire est de même écarté, au motif que la déclaration du Johor «ne répondait pas à une revendication de Singapour ni ne s'inscrivait dans le cadre d'un différend entre les Parties» mais n'était qu'une réponse à une demande de renseignements (*ibid.*, par. 229). La consolidation historique du titre n'a été envisagée ni par Singapour ni par la Cour comme base possible d'acquisition du titre, sans doute en raison des doutes récemment émis par la Cour à l'égard de ce mode d'acquisition en l'affaire relative à la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))* (arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 352).

36. Reste, pour fonder l'arrêt de la Cour, l'accord tacite, quelque forme d'acquiescement au titre singapourien ou l'abandon du titre. Si la Cour mentionne l'abandon du titre comme l'un des effets possibles du comportement des Parties (arrêt, par. 122), elle ne le met pas en avant en tant que base distincte d'acquisition du titre. Elle fait là preuve de sagesse, puisque «rares en sont de fait les exemples» (G. Marston, «The British Acquisition of the Nicobar Islands, 1869; A Possible Example of Abandonment of Territorial Sovereignty», *British Year Book of International Law*, vol. 69, 1998, p. 262), l'intention d'abandonner le titre devant en outre être manifeste. Or, il ne semble pas que la lettre de 1953 du Johor réponde à ce critère.

37. La Cour emploie une terminologie variable pour désigner ce qu'elle juge être un «accord tacite» entre le Johor/la Malaisie et Singapour quant au changement du titulaire de la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Dans un premier passage de son arrêt, elle prévient, probablement eu égard à la correspondance de 1953, qu'un changement de cette nature peut résulter d'un accord «tacite» découlant du comportement des Parties (arrêt, par. 120). Plus loin, elle emploie les expressions «évolution des vues» (*ibid.*, par. 162) ou «vues partagées par les Parties» (*ibid.*, par. 224). A propos de la souveraineté à l'égard de Pedra Branca/

Court declares, in part with reference to the 1953 correspondence, that the relevant facts and conduct of the Parties “reflect a convergent evolution of the positions of the Parties regarding title to Pedra Branca/Pulau Batu Puteh” resulting in the passing of sovereignty over the island (*Judgment*, para. 276). The “evolving understanding” between the Parties and the “convergent evolution” of their positions resulting from their conduct can be read as meaning nothing else but tacit agreement between the Parties arising from their conduct.

38. Implied or tacit agreements must be approached with great caution. An *informal* agreement is a very different agreement from an *implied* agreement. In the former case the intention of parties to enter into an agreement and the terms of the agreement are clear. However, they agree to dispense with the formalities sometimes required for a treaty or agreement (see *Temple of Preah Vihear, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1961*, p. 31). In the latter case both intention and terms of the agreement are inferred from the conduct of parties. This does not mean that there should be any relaxation in respect of the fundamental requirement for treaties or agreements, that is, that there should be a concurrence of wills or a meeting of minds on the part of both parties. This is because a tacit agreement remains an agreement, although not covered by the limited definition of a treaty contained in Article 2 (*a*) of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Whereas evidence of a treaty governed by the Vienna Convention on the Law of Treaties is provided by its written form, a tacit agreement must be proved by the conduct of parties, and here evidence will be less clear. Consequently, the intention of parties must be manifestly clear; their conduct that constitutes the agreement must leave no room for doubt. Inevitably tacit agreements are difficult to establish. This probably explains why, despite mention of such agreements in Article 3 (*b*) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (whose Commentary makes specific mention of “tacit agreement”), few treatises deal with tacit agreements. It also explains why there is very little State practice on tacit agreements and why courts have treated such agreements with great caution. For instance, in the case concerning *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (Judgment, I.C.J. Reports 1952*, p. 176), the Court rejected an argument that “prolonged conduct”, in the form of “usage and sufferance”, on the part of the Parties could constitute a binding agreement (*ibid.*, pp. 200-202, read with the joint dissenting opinion, pp. 219-220).

39. The existence of a tacit agreement must therefore be firmly established. This is acknowledged by the Court when it says that “any passing of sovereignty over territory on the basis of the conduct of the Parties . . . must be manifested clearly and without any doubt by that conduct and the relevant facts” (*Judgment*, para. 122). This accords with the basic rule that restrictions on States are not to be presumed (case concerning

Pulau Batu Puteh, la Cour conclut, au vu notamment de la correspondance de 1953, que les faits pertinents, dont le comportement des Parties, «témoignent d'une évolution convergente des positions de celles-ci concernant le titre sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh» ayant abouti à un changement du titulaire de la souveraineté sur l'île (arrêt, par. 276). Cette «évolution des vues» partagées par les Parties et l'«évolution convergente» de leurs positions attestée par leur comportement ne peuvent être interprétées comme signifiant autre chose qu'un accord tacite entre les Parties découlant de leur conduite.

38. Les accords implicites ou tacites doivent être abordés avec beaucoup de prudence. Un accord *informel* est très différent d'un accord *implicite*. Dans le premier cas, l'intention des parties de conclure un accord et les termes de celui-ci sont clairs, mais les parties conviennent de se dispenser des formalités parfois requises s'agissant d'un accord ou d'un traité (voir affaire du *Temple de Préah Vihear, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1961*, p. 31). Dans le second cas, tant l'intention que les termes de l'accord se déduisent de la conduite des parties. Il ne s'ensuit pas pour autant que l'exigence fondamentale en matière de traités et d'accords — à savoir l'existence d'une convergence des volontés des parties ou d'une communauté de pensée entre elles — doive de quelque façon être assouplie: un accord tacite demeure un accord, quand bien même il n'est pas couvert par la définition restrictive du traité énoncée à l'alinéa *a*) de l'article 2 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Si la preuve de l'existence d'un traité régit par cette convention réside dans le texte de celui-ci, l'existence d'un accord tacite doit pouvoir se déduire de la conduite des parties; or, dans ce cas de figure, ses manifestations seront moins claires. Aussi l'intention des parties doit-elle être patente; leur comportement constitutif d'un accord ne doit laisser aucune place au doute. Inévitablement, l'existence des accords tacites est difficile à établir. C'est probablement la raison pour laquelle, bien que ces accords soient visés à l'alinéa *b*) de l'article 3 de la convention de Vienne sur le droit des traités (le commentaire qui lui est consacré en fait expressément mention), rares sont les textes qui leur sont consacrés. C'est également pourquoi la pratique des Etats en la matière est peu fournie et pourquoi les instances judiciaires ont, à l'égard de ces accords, fait preuve d'une telle circonspection. Ainsi, en l'affaire relative aux *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 176), la Cour a-t-elle rejeté l'argument selon lequel la «conduite prolongée» des Parties sous forme d'«usage et [de] tolérance» pouvait constituer un accord obligatoire (*ibid.*, p. 200-202 lues conjointement avec l'opinion dissidente, p. 219-220).

39. L'existence d'un accord tacite doit donc être solidement établie. La Cour le reconnaît, lorsqu'elle affirme que «tout changement du titulaire de la souveraineté territoriale fondé sur le comportement des Parties ... doit se manifester clairement et de manière dépourvue d'ambiguïté au travers de ce comportement et des faits pertinents» (arrêt, par. 122). Cette affirmation cadre avec la règle fondamentale selon laquelle des limi-



the S.S. "Lotus", "*Lotus*", *Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 18). Judged by these principles, I find it difficult to accept that the 1953 correspondence, riddled as it is with uncertainties and ambiguities (see above paragraphs 8-19), or the equivocal conduct of the Parties in the period 1953 to 1980 (see above paragraphs 20-28), can be held to constitute a tacit agreement or understanding.

40. Sovereignty over territory may pass, says the Court, as a result of "the failure of the State which has sovereignty to respond to conduct *à titre de souverain* of the other State" (Judgment, para. 121). In such a case, continues the Court, "[t]he absence of reaction may well amount to acquiescence" (*ibid.*), which, in the words of the Court in *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)* (*Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 305, para. 130) "is equivalent to tacit recognition manifested by unilateral conduct which the other party may interpret as consent". The Court does not again expressly mention acquiescence in respect of the passing of sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, but prefers to rely on the evolution of an understanding between the Parties, amounting to tacit agreement, as a basis for its decision. Despite this, it seems that acquiescence features as an element of the Court's decision.

41. In most situations acquiescence is linked to estoppel or prescription, but in this case it is connected instead to tacit agreement, in much the same way that was done by the Court in *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)* (*Judgment, I.C.J. Reports 1992*, p. 577, para. 364). Like tacit agreement, acquiescence must be strictly interpreted. According to I. C. MacGibbon:

"The purpose of insisting on circumspection in inferring the consent of a State from its inaction is to ensure that such acquiescence corresponds accurately with the implied intention of the acquiescing State, and to limit the benefits of acquiescence to claims which have been formulated in such a way that the acquiescing State has or ought to have knowledge of them." (I. C. MacGibbon, "The Scope of Acquiescence in International Law" (1954) 31 *British Year Book of International Law*, p. 169.)

As shown above (paragraphs 8-18), so much uncertainty surrounds the 1953 correspondence that it is impossible to state that the claim in which Johor/Malaysia is said to have acquiesced, has been sufficiently clearly formulated to find that it had or ought to have had knowledge of the claim now asserted by Singapore. Moreover, it is difficult to maintain that Malaysia has acquiesced in a claim that is founded on a letter that was carefully and deliberately concealed from the public eye by Singapore between 1953 and 1980. Acquiescence surely requires consistency of

tations de l'indépendance des Etats ne se présument pas (affaire du «*Lotus*», arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10, p. 18). A la lumière de ces principes, il m'est difficile d'admettre que la correspondance de 1953, entourée qu'elle est d'incertitude et d'ambiguïté (voir paragraphes 8-19 ci-dessus), ou la conduite équivoque des Parties pendant la période allant de 1953 à 1980 (voir paragraphes 20-28 ci-dessus) puissent être réputées valoir accord ou communauté de vues tacites.

40. La souveraineté sur un territoire peut passer à un autre Etat, dit la Cour, par suite de «l'absence de réaction de celui qui la détenait face au comportement d[un] autre Etat agissant à titre de souverain» (arrêt, par. 121). Dans pareil cas, poursuit-elle, «[l']absence de réaction peut tout à fait valoir acquiescement» (*ibid.*), ce qui, pour reprendre la formule employée par elle dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/Etats-Unis d'Amérique)*, «équival[aut] à une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement» (arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 305, par. 130). La Cour, une fois de plus, ne mentionne pas expressément l'acquiescement au sujet du changement du titulaire de la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, préférant fonder sa décision sur une évolution des vues partagées par les Parties valant accord tacite. L'acquiescement semble néanmoins entrer en ligne de compte dans sa décision.

41. Dans la plupart des cas, l'acquiescement est rattaché à l'*estoppel* ou à la prescription, mais, ici, il est associé à l'accord tacite, suivant une démarche très comparable à celle adoptée par la Cour en l'affaire du *Dif-férend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant))* (arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 577, par. 364). De même que l'accord tacite, l'acquiescement doit être interprété de façon restrictive. Ainsi I. C. MacGibbon écrivait-il ceci :

«La raison pour laquelle la circonspection est de mise s'agissant de déduire le consentement d'un Etat de son inaction est qu'il faut s'assurer que cet acquiescement correspond exactement à l'intention implicite de cet Etat, et limiter la portée de l'acquiescement aux revendications qui ont été formulées de façon telle que ledit Etat en a eu ou aurait dû en avoir connaissance.» (I. C. MacGibbon, «The Scope of Acquiescence in International Law», *British Year Book of International Law*, vol. 31, 1954, p. 169.)

Comme on l'a montré ci-dessus (voir paragraphes 8-18), la correspondance de 1953 s'accompagne de tant d'incertitudes que l'on ne saurait affirmer que la revendication à laquelle le Johor/la Malaisie est censé(e) avoir acquiescé avait été formulée d'une manière suffisamment claire pour permettre à la Cour de conclure que cet Etat a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de la prétention qu'avance maintenant Singapour. En outre, l'on peut difficilement soutenir que la Malaisie a acquiescé à une revendication fondée sur une lettre que Singapour s'était soigneuse-

conduct on the part of the acquiescing State in respect of the asserted claim. However one interprets the facts between 1953 and 1980 (see paragraphs 20-28 above), it is impossible to argue that they display consistent acquiescent conduct on the part of Malaysia. They are, to put it mildly, equivocal. Some of Malaysia's actions may be interpreted as acquiescence in Singapore's claim — notably the 1953 letter and the six maps that describe the island (or the lighthouse upon it?) as belonging to Singapore. But, as has been shown above, there are explanations for Malaysia's conduct that allow its actions to be interpreted as non-acquiescent acts. Moreover, there are actions that run counter to acquiescence, such as the 1968 Petroleum Agreement, the 1969 Territorial Sea legislation and Malaysia's agreements of 1969 and 1970 with Indonesia over the continental shelf and territorial sea, and the inclusion of Pedra Branca/Pulau Batu Puteh within Malaysian territory in some maps. Had Singapore advertised the letter of 1953 and had Malaysia failed to respond this would have been a basis for a finding of acquiescence. But, of course, Singapore failed to do so. Subject to minor lapses, the acts of Malaysia therefore are consistent with the behaviour of a State that believed it had given permission to a State to operate a lighthouse on its island to continue operating the lighthouse. It is, in these circumstances, impossible to infer acquiescence on the part of Malaysia in Singapore's claim to sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.

42. In 1998 the Tribunal in the *Eritreal/Yemen* Arbitration Award stated:

“The modern international law of the acquisition (or attribution) of territory generally requires that there be: an intentional display of power and authority over the territory, by the exercise of jurisdiction and state functions, on a continuous and peaceful basis.” (*Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute, Eritreal/Yemen*, (1998) 22 *RIAA*, p. 209, para. 239.)

This formulation requires serious attention for two reasons. First, because it gives effect to the jurisprudence of contemporary international law from the time of Max Huber's seminal decision in the *Island of Palmas Case (Netherlands/United States of America)* (Award of 4 April 1928, *RIAA*, Vol. II (1949), pp. 839, 868). Secondly, because it was expounded by a Tribunal comprising two former Presidents of the International Court of Justice (Professor Sir Robert Y. Jennings and Judge Stephen M. Schwebel), the President of the Court (Judge Rosalyn Higgins) and two highly experienced and well regarded international law practitioners (Dr. Ahmed Sadek El-Kosheri and Mr. Keith Highet). In

ment et délibérément gardée de rendre publique entre 1953 et 1980. L'acquiescement appelle à n'en pas douter, de la part de l'Etat auquel il est prêté, une conduite cohérente à l'égard de la revendication avancée. Quelque interprétation que l'on donne des faits intervenus entre 1953 et 1980 (voir paragraphes 20-28 ci-dessus), l'on ne saurait prétendre qu'ils attestent, de la part de la Malaisie, un comportement dénotant en tout temps l'acquiescement. Ces faits sont pour le moins équivoques. L'on peut voir dans certaines des activités de la Malaisie — notamment la lettre de 1953 et les six cartes qui présentent l'île (ou le phare construit sur l'île?) comme appartenant à Singapour — un acquiescement à la revendication singapourienne. Mais, ainsi que démontré ci-dessus, des explications peuvent être avancées qui permettent de ne pas leur prêter valeur d'acquiescement. En outre, certaines de ces activités démentent la thèse de l'acquiescement: c'est notamment le cas de l'accord pétrolier de 1968, de l'ordonnance de 1969 sur la mer territoriale et des accords relatifs au plateau continental et à la mer territoriale conclus en 1969 et 1970 par la Malaisie avec l'Indonésie, ainsi que de certaines cartes faisant apparaître Pedra Branca/Pulau Batu Puteh en territoire malaisien. Si Singapour avait publié la lettre de 1953 sans provoquer de réaction de la Malaisie, la Cour aurait été fondée à conclure à un acquiescement. Mais, bien sûr, Singapour n'en a rien fait. A quelques petites exceptions près, les activités de la Malaisie cadrent donc avec le comportement d'un Etat convaincu d'en avoir autorisé un autre auquel il avait permis d'exploiter un phare sur une île lui appartenant à continuer d'exploiter ce phare. Il est, dans de telles circonstances, impossible de conclure à un acquiescement de la part de la Malaisie à la revendication singapourienne de souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.

42. Le tribunal constitué en l'affaire *Erythréel/Yémen*, dans sa sentence de 1998, a déclaré ceci:

«Le droit international moderne de l'acquisition (ou de l'attribution) d'un territoire requiert de manière générale: une manifestation intentionnelle de pouvoir et d'autorité sur le territoire, par l'exercice continu et pacifique de la compétence et des attributs de la puissance publique.» (*Erythréel/Yémen, souveraineté territoriale et champ du différend, Permanent Court of Arbitration Award Series, T.M.C. Asser Press, 2005, p. 357, par. 239.*)

Cette formulation mérite qu'on s'y arrête en détail pour deux raisons. D'abord, parce qu'elle incarne le courant du droit international né de la décision, qui a fait date, rendue par Max Huber en l'affaire de l'*Ile de Palmas (Pays-Bas/Etats-Unis d'Amérique)* (sentence, 4 avril 1928, *RGDIP*, t. XLII, 1935, p. 200 [traduction française]). Ensuite, parce qu'elle fut énoncée par un tribunal formé de deux anciens présidents de la Cour internationale de Justice (sir Robert Y. Jennings et Stephen M. Schwebel), le président de la Cour (Rosalyn Higgins) et deux praticiens du droit international émérites et renommés (Ahmed Sadek El-Koshery et Keith Highet). Selon moi, cette formulation du droit de

my view, this is a formulation of the law on the acquisition of territory that is to govern all acquisitions of territorial title based on the effective control of territory over a long period of time, including prescription, estoppel, abandonment of title by the previous sovereign, acquiescence and tacit agreement evidenced by conduct. In other words, for the grounds advanced by the Court in the present case — evolving understanding, tacit agreement or acquiescence evidenced by conduct — to satisfy the requirements of the law, they must be shown to result in a situation in which there is an intentional display of power and authority over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh on the part of Singapore, by the exercise of State functions, on a continuous and peaceful basis. For a State to demonstrate an intentional display of power and authority it is not sufficient that it has the intention to act as sovereign. In addition it must display this intention publicly so that both the former, displaced sovereign and third States in the region are aware of the claim. In the light of the uncertainties surrounding the letter of 1953, the failure of Singapore to give publicity to Johor's alleged disclaimer of sovereignty, and the equivocal behaviour of both States in the period 1953 to 1980, it is impossible to seriously argue that Singapore *intentionally* displayed power and authority over the territory by the exercise of jurisdiction and State functions. After all, as the Court accepts, many, perhaps most, of Singapore's actions were fully consistent with the actions of a lighthouse keeper operating in terms of a perpetual lease or grant. Certainly, if Singapore did intend to display power and authority over the island, it did so in a secretive manner without revealing these intentions to the outside world, including Malaysia. The 1953 letter was not published, territorial waters were not claimed around the island, the ensign rather than the national flag was flown, official maps and publications did not claim the island, military equipment was secretly installed and land reclamation plans were not publicized and later withdrawn. To aggravate matters, Singapore expressed no interest whatsoever in Malaysia's plans to exploit the continental shelf and to claim the seas in the vicinity of the island. To repeat, there was no *intentional* display of power and authority over the island for third States and Malaysia to see. Singapore did exercise jurisdiction on a continuous and peaceful basis, but it did so as lighthouse operator and not as a sovereign intentionally displaying power and authority over the island.

43. In my view, for the reasons advanced above, neither the facts nor the law support the conclusion that sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh has passed to Singapore. I therefore find that the original title in respect of the island remains with Malaysia.

44. I am of the opinion that both Middle Rocks and South Ledge fall within the sovereignty of Malaysia. Malaysia's title to Middle Rocks is

l'acquisition d'un territoire doit régir l'ensemble des modes d'acquisition de titre territorial fondée sur le contrôle effectif du territoire pendant une longue période de temps — dont la prescription, l'*estoppel*, l'abandon du titre par son précédent détenteur, l'acquiescement et l'accord tacite attesté par la conduite. En d'autres termes, les notions mises en avant par la Cour en la présente espèce — évolution des vues partagées par les Parties, accord tacite ou acquiescement attesté par la conduite — doivent, pour satisfaire aux critères requis en droit, avoir pris la forme d'une manifestation intentionnelle, de la part de Singapour, de son pouvoir et de son autorité sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, par l'exercice continu et pacifique des attributs de la puissance publique. Or, apporter la preuve d'une manifestation intentionnelle de pouvoir et d'autorité ne se résume pas, pour un Etat, à démontrer une intention d'agir à titre de souverain. L'Etat doit en outre manifester cette intention publiquement, afin de porter sa prétention à la connaissance tant de l'ancien titulaire du titre, supplanté, que des Etats tiers de la région. Au vu des incertitudes entourant la lettre de 1953, du fait que Singapour n'a pas rendu publique la prétendue renonciation du Johor à son titre et du comportement équivoque des deux Etats dans la période allant de 1953 à 1980, l'on ne peut sérieusement prétendre que Singapour ait *intentionnellement* manifesté son pouvoir et son autorité sur le territoire par l'exercice de la compétence et d'attributs de la puissance publique. Après tout, comme le reconnaît la Cour, nombre, sinon la totalité, des activités de Singapour correspondaient très exactement à celles d'un gardien de phare agissant en vertu d'une concession ou d'un bail perpétuels. Si son intention était effectivement de manifester son pouvoir et son autorité sur l'île, Singapour procéda assurément de manière furtive, sans dévoiler au monde extérieur — Malaisie comprise — cette intention. Elle ne publia pas la lettre de 1953, ne revendiqua pas les eaux territoriales entourant l'île, n'arbora pas son drapeau national mais son pavillon, ne revendiqua pas l'île dans ses cartes et publications officielles, y installa du matériel militaire subrepticement et abandonna des projets de récupération de terres qu'elle s'était, du reste, gardée de rendre publics. Pis encore, Singapour n'exprima pas le moindre intérêt à l'égard des projets de la Malaisie tendant à exploiter le plateau continental et à revendiquer les eaux au voisinage de l'île. Répétons-le, il n'y eut pas de manifestation *intentionnelle* de pouvoir et d'autorité sur l'île dont des Etats tiers ou la Malaisie eussent pu avoir connaissance. Certes, Singapour exerça sa compétence de manière continue et pacifique, mais elle le fit en tant qu'exploitant du phare, et non à titre de souverain manifestant intentionnellement son pouvoir et son autorité sur l'île.

43. A mon sens, la conclusion selon laquelle la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh était passée à Singapour ne trouve appui, pour les raisons avancées ci-dessus, ni dans les faits ni dans le droit. J'en déduis que la Malaisie a conservé le titre originaire sur l'île.

44. Je considère que tant Middle Rocks que South Ledge relèvent de la souveraineté malaisienne — Middle Rocks en vertu du titre originaire,

based on the original title. South Ledge, a low-tide elevation falling within the territorial sea of Middle Rocks, belongs to Malaysia.

45. The Court is not bound, in reaching its decision, by the submissions of counsel representing parties before the Court. It may invoke reasons of its own *proprio motu* when it considers that there is a sounder basis for decision than that advanced by parties. In the present case the Parties did not directly make submissions or present arguments on the reasons adopted by the Court for the passing of sovereignty — tacit agreement, evolving understanding and acquiescence evidenced by the conduct of the Parties. The main reason for this was that Singapore argued that Pedra Branca/Pulau Batu Puteh was *terra nullius* in 1847, which largely precluded arguments based on control of the island and the conduct of Parties. Nevertheless, as the Court points out in paragraph 124, the Parties did canvas related issues. Despite this, it would have been helpful to the Court if the Parties had made submissions and presented arguments on the legal reasons later approved by the Court. Unfortunately, probably because it is not the practice of the Court to question parties unduly or to interfere in their presentation of argument, no attempt was made to solicit the views of the Parties on the reasons advanced by the Court for its present Judgment. Justice was not necessarily served by the failure of the Court to give some indication to the Parties on the issues that it believed to be of paramount importance.

(Signed) John DUGARD.

---

South Ledge en tant que haut-fond découvrant situé dans la mer territoriale de Middle Rocks.

45. La Cour n'est pas liée, lorsqu'elle rend sa décision, par les conclusions que lui soumettent les conseils représentant les parties. Il lui est loisible, dès lors qu'elle juge pouvoir fonder sa décision sur une base plus solide que celle alléguée par les parties, d'avancer de son chef ses propres raisons. En la présente espèce, les Parties n'ont pas directement formulé de conclusions ou d'arguments qui pourraient toucher aux notions sur lesquelles la Cour s'est ensuite fondée pour conclure à un changement du titulaire de la souveraineté — accord tacite, évolution des vues partagées par les Parties et acquiescement attesté par leur conduite. Si elles ne l'ont pas fait, c'est principalement parce que Singapour, en soutenant que Pedra Branca/Pulau Batu Puteh était *terra nullius* en 1847, a essentiellement exclu tout argument fondé sur le contrôle de l'île et la conduite des Parties. Les Parties ont bien, néanmoins, débattu de questions connexes, comme le relève la Cour au paragraphe 124; mais il aurait été utile pour celle-ci qu'elles présentent des conclusions et des arguments sur les moyens juridiques mêmes qu'elle a finalement retenus. Malheureusement, sans doute parce qu'elle n'a pas coutume de trop questionner les parties ni de s'immiscer dans la présentation de leur argumentation, la Cour n'a nullement cherché à s'enquérir des vues des Parties sur des notions qui allaient motiver son raisonnement. Que la Cour se soit abstenue de leur faire savoir sous une forme ou sous une autre quelles étaient les questions auxquelles elle prêtait une importance cruciale n'a pas nécessairement contribué à une bonne administration de la justice.

(Signé) John DUGARD.