

# LA SENTENCE ARBITRALE DU 9 OCTOBRE 1998 DANS L'AFFAIRE DU DIFFEREND INSULAIRE ENTRE LE YEMEN ET L'ERYTHREE

par

**Giovanni Distefano**

Docteur en droit international

IUHEI Genève, Assistant auprès de la Faculté de droit de l'Université de Genève

*« C'est une île qui apparaît aux navigateurs ; ils essayent d'y aborder et, quand ils la croient toute proche, elle s'éloigne ; ils voyagent quelquefois ainsi pendant plusieurs jours sans pouvoir l'atteindre. Aucun d'eux n'a jamais dit l'avoir touchée ni y être entré. On aperçoit dans cette île des habitants, des animaux, des cultures, des arbres »*

## I. ANTECEDENTS DIPLOMATIQUES ET HISTORIQUE DU DIFFEREND

Le Roi Salomon, dont la rencontre avec la légendaire Reine de Saba<sup>1</sup> fut narrée dans la Bible<sup>2</sup>, n'aurait pas hésité à avaliser la sentence prononcée le 9 octobre 1998 dans l'affaire sur le différend insulaire entre le Yémen et l'Erythrée. En effet, une solution transactionnelle (i.e. de ligne médiane entre les côtes des deux pays) a finalement été adoptée par le Tribunal arbitral. Dans les pages qui suivent nous nous évertuerons à disséquer sa décision du 9 octobre 1998.

Ces îles, dont l'intérêt stratégique premier réside dans le fait qu'elles sont situées près des routes empruntées par des nombreux pétroliers ou autres navires marchands, sont considérées comme les sentinelles du détroit de Bab al Mandab. En dépit de leur importance, elles ne connurent des siècles durant aucune implantation humaine stable, les Grandes Puissances étant plutôt soucieuses de la liberté du passage et de l'entretien des phares que de la souveraineté.

---

<sup>1</sup> *Abrégé des Merveilles*. (trad. De l'arabe, Paris, 1984, p.82).

<sup>2</sup> Le Royaume de Saba s'étendait sur les côtes orientales et méridionales de la Mer Rouge, face précisément aux îles contestées du présent arbitrage.

<sup>3</sup> Premier Livre des Rois, Chap.10, versets 1-13.

Suite à des escarmouches entre ces deux Etats aux mois de novembre et décembre 1995, le Secrétaire général des Nations Unies, M. Boutros-Ghali, fit au début du mois de janvier 1996 la proposition aux Parties suivant laquelle la France pourrait les aider à trouver une issue négociée au différend. La France, amie traditionnelle du Yémen et entretenant des relations cordiales avec l'Erythrée, était perçue par M. Boutros-Ghali comme une puissance jouant un rôle stabilisateur dans la région. De surcroît, la présence française à Djibouti était vu comme un facteur de garantie dans la surveillance de l'exécution d'un éventuel règlement du différend.

Le Quai d'Orsay choisit son envoyé spécial en la personne de Francis Gutmann, ambassadeur de France et président de l'Institut français du pétrole. Finalement, grâce aux efforts déployés par la France et son représentant, et non sans incidents de parcours, le Yémen et l'Erythrée signèrent le 21 mai 1996 un accord soumettant à un arbitrage leur différend territorial sur les îles de la Mer Rouge.

Par cet « Accord sur les principes »<sup>3</sup>, les deux Etats, « Animés par le désir de rétablir leurs relations pacifiques dans l'esprit de l'amitié traditionnelle entre leurs deux peuples »<sup>4</sup>, s'engagèrent : a) ne pas recourir à la force afin de résoudre le différend ; b) à instituer un Tribunal arbitral (Cour permanente d'arbitrage) chargé de régler l'exténuante controverse territoriale. Les ministres des affaires égyptien, français et éthiopien cosignèrent le document en tant que « témoins ».

Aux termes de l'art. 4 de l'Accord, les Parties étaient tenues de se réunir le plus tôt possible à Paris dans le dessein de conclure un véritable compromis d'arbitrage. A défaut d'un accord en ce sens, les Parties auraient demandé « au Président de la Cour internationale de Justice de charger un juge de la Cour d'établir dans les trente jours un accord obligatoire instituant le tribunal arbitral »<sup>5</sup>.

Ce ne fut pas le cas et, conformément au premier paragraphe de l'article 4, les deux Parties signèrent le 3 octobre de la même année le « Compromis d'arbitrage »<sup>6</sup> qui vint compléter l'appareillage normatif destiné à régler le différend territorial, en précisant notamment certains points procéduraux relatifs au fonctionnement du tribunal arbitral<sup>7</sup>. Le Compromis entra en vigueur 1 mois après sa signature, et depuis cette date la procédure put finalement être amorcée.

La sentence fut finalement rendue par le Tribunal arbitral le 9 octobre 1998. Quelques jours plus tard, le Ministre érythréen des Affaires étrangères fut reçu à Sana'a par le Président yéménite M. Salih et tout porte à croire que la sentence arbitrale ait vraiment aidé à la normalisation des relations diplomatiques entre les deux Etats.<sup>8</sup> Dimanche 1<sup>er</sup> novembre, le drapeau yéménite a été hissé sur l'île de la Grande-Hanish, mettant ainsi un terme au conflit territorial entre deux pays qui entretenaient depuis des siècles des relations amicales.<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> Texte in *Revue*, Vol.100 (1996-4), pp.1119 ss. Ci-après l' « Accord ».

<sup>4</sup> Préambule de l'Accord.

<sup>5</sup> Article 4 § 1.

<sup>6</sup> Ci-après le « Compromis ».

<sup>7</sup> Sur la genèse laborieuse tant de l'Accord que du Compromis, cf. plus généralement : DOBELLE, Jean-François, « Le compromis d'arbitrage signé par l'Erythrée et le Yémen à Paris le 3 octobre 1996 », *A.F.D.I.*, Vol.42 (1996), pp.477-481.

<sup>8</sup> Cf. *Gulf States Newsletter*, Vol.23 (599), p.2.

<sup>9</sup> D'ailleurs, « le Yémen a décidé, lundi 13 octobre, de reprendre les liaisons aériennes avec la capitale érythréenne Asmara », *Le Monde*, 14 octobre 1998, p.5.

---

## II. LA SENTENCE DU 9 OCTOBRE 1998

Pour des raisons qui tiennent à l'histoire tourmentée de ce différend et à l'alchimie diplomatique, deux instruments conventionnels internationaux régissent l'arbitrage dont il est ici question. Toutefois, des contradictions ou des discordances se sont glissées entre les deux traités internationaux. C'est la raison pour laquelle, dans le Compromis<sup>10</sup> il y est stipulé que :

« en cas de contradiction entre l'Accord sur les principes et le présent compromis d'arbitrage portant application des aspects de procédure dudit Accord sur les principes, c'est le compromis d'arbitrage qui prévaut. Excepté le cas d'une telle contradiction, l'Accord sur les principes reste en vigueur »<sup>11</sup>

D'entrée de jeu, une première contradiction doit être relevée. Aux termes du §2 du premier article de l'Accord, le Tribunal aurait dû se prononcer en deux étapes : tout d'abord « sur la définition du champ du différend entre l'Erythrée et le Yémen » et ensuite sur « les questions de souveraineté territoriale » ainsi que sur celles de « délimitation des frontières maritimes ».

En revanche, conformément respectivement aux § 2 et 3 de l'article 2 du Compromis, le Tribunal rendra désormais en premier lieu « une sentence sur la souveraineté territoriale et la définition du champ du différend entre l'Erythrée et le Yémen » (première étape) ; et, successivement, il statuera sur « la délimitation des frontières maritimes » entre les deux Etats parties (deuxième étape).

Le Tribunal arbitral [ci-après le Tribunal], confronté à une telle incompatibilité affirma dans la sentence que, en vertu de l'article 15 § 2 du Compromis, ce dernier prévaudra sur l'Accord.<sup>12</sup>

Par ailleurs et pour les besoins de la présente analyse les dispositions des deux traités internationaux ne divergent pas. En ce qui concerne notamment le droit applicable en matière de souveraineté territoriale, le § 2 de l'article 2 du Compromis est la copie conforme du § 2 du

---

<sup>10</sup> Force est d'observer qu'au moment de la conclusion de ce traité, la pression de la France se fit sentir davantage, permettant donc d'obtenir plus de concessions de leur part. Bref, la plupart des questions laissées en suspens au moment de la signature de l'Accord, trouvèrent une solution appropriée lors de la négociation du Compromis.

<sup>11</sup> Article 15 § 2 du Compromis. C'est là, soit dit au passage, l'application de la règle coutumière relative à la succession de traités portant sur la même matière, telle que codifiée à l'article 30 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités [ci-après la CVDT].

<sup>12</sup> § 83 de la sentence.

premier article de l'Accord. Lors de la première étape, le Tribunal devra se prononcer « conformément au droit international » et se référer :

« aux principes, aux règles et pratiques du droit international applicables en la matière et sur la base, notamment, des titres historiques. Le Tribunal statue sur la définition du champ du différend sur la base des positions respectives des deux Parties ».

Le Tribunal rendit finalement sa sentence sur la première phase du règlement du différend territoriale le 9 octobre 1998. Nous tâcherons ci-après de commenter les passages saillants de cette décision en essayant de mettre en exergue la ratio decidendi de cette affaire qui demeure à bien des égards très intéressante.<sup>13</sup> Etant donné que les Mémoires, Contre – Mémoires et Plaidoiries des Parties ne peuvent pas être consultés<sup>14</sup>, nous serons amenés<sup>15</sup> à nous étendre parfois assez longuement sur les argumentations des Parties, afin que tant leurs thèses juridiques que la position du Tribunal apparaissent clairement et soient plus nettement discernables. La sentence arbitrale, assez volumineuse, est structurée en onze chapitres et 527 paragraphes.

Le titre (ou « root of title ») de l'Erythrée se fonde en premier lieu sur la « chain of title »<sup>16</sup> et, en second lieu, sur les règles de droit en matière d'« occupation effective ». A l'égard du premier, elle évoque dans l'ordre : a) les accords conclus par l'Italie avec les chefs indigènes<sup>17</sup> ; b) les agissements italiens depuis 1915<sup>18</sup> ; c) les Traités de Sèvres et de Lausanne et l'interprétation de ce dernier par voie de pratique subséquente<sup>19</sup> ; d) l'occupation effective de la part de l'Italie et l'absence de protestation yéménite<sup>20</sup> ; e) l'accord anglo – italien de 1938 confirmant le statu quo et, donc, la souveraineté italienne<sup>21</sup> ; f) la Constitution éthiopienne qui inclut les îles dans le territoire de cet Etat<sup>22</sup> ; g) le fait que les îles se trouvent à l'intérieur des eaux territoriales érythréennes<sup>23</sup> ; h) le contrôle effectif éthiopien dès 1953 à 1991. L'Erythrée prétend qu'elle a succédé à ces « racines de titre » éthiopiennes et les a confirmées par son occupation effective.<sup>24</sup> D'où précisément le *terme d'art* de « chain of title ». Les juristes anglais notamment y font référence pour indiquer précisément tous les faits (lato sensu) qui, à travers le temps, contribuent à la création du droit subjectif. En

---

<sup>13</sup> Il convient en effet de relever, en passant, que parmi les cinq membres du Tribunal, seul M.HIGHET n'a, jusqu'à l'heure actuelle siégé à la Cour internationale de Justice. C'est en somme un organe juridictionnel qui possède sûrement une autorité bien reconnue.

<sup>14</sup> Le Tribunal fait respectueusement remarquer (note 25 du § 440) que : a) les parties ont présenté chacune 20 volumes d'annexes documentaires ; b) la transcription des plaidoiries orales remplit plus de 1000 pages ! De même, les délibérations du Tribunal demeurent confidentielles.

<sup>15</sup> A l'instar du Tribunal.

<sup>16</sup> Par cette expression, l'Erythrée entend l'enchaînement du titre qu'elle a hérité de l'Ethiopie qui, à son tour l'a hérité de l'Italie (§ 14). Voir plus loin sur la signification de cette expression dans la théorie générale du droit (note 26).

<sup>17</sup> § 14.

<sup>18</sup> § 15 ss.

<sup>19</sup> § 18 – 19.

<sup>20</sup> § 20 – 21.

<sup>21</sup> § 22.

<sup>22</sup> § 24.

<sup>23</sup> § 25.

<sup>24</sup> § 29.

parcourant cette chaîne<sup>25</sup>, on retrace donc, depuis le début, les événements qui ont été à l'origine du titre juridique en question.<sup>26</sup>

Le Yémen, en revanche, fonde sa revendication sur : « son titre originel, historique ou traditionnel »<sup>27</sup> ; et sur le « principe de l'unité géographique ou naturelle ». A l'égard du premier, il affirme que son incorporation dans l'Empire ottoman n'a pas porté atteinte à la solidité de son titre. A cette fin, le Yémen invoque et produit également une abondante cartographie<sup>28</sup>. En ce qui concerne le deuxième argument, le Yémen allègue également diverses catégories de preuves attestant son contrôle effectif des îles.<sup>29</sup>

Un discours à part doit être fait pour ce qui concerne la valeur probatoire des concessions d'exploration et de forage pétroliers. En effet, la procédure arbitrale a subi une rallonge du fait qu'un des membres du Tribunal a posé aux Parties la question relative à l'incidence de ces contrats sur l'établissement des titres juridiques. Là aussi, les vues des Parties divergeaient : pour le Yémen ces contrats confirmeraient ses titres historiques cependant que pour l'Erythrée de tels comportements n'auraient aucune relevance aux fins de la création de titres territoriaux et cela pour quatre raisons<sup>30</sup> : a) les concessions yéménites (plus nombreuses que celles érythréennes) sont sans incidence car en violation de la Convention sur le droit de la mer de 1982 et du droit coutumier qu'elle codifie<sup>31</sup> ; b) il s'agit d'activités menées par des simples particuliers ; c) les activités scientifiques ne prouvent rien<sup>32</sup> ; d) et, de toute manière, son prétendu acquiescement aux concessions yéménites n'aurait aucune valeur probatoire car elle se trouvait en pleine guerre civile.

Le Tribunal va ensuite préciser sa tâche dans cette affaire. Il s'agit, prend-il soin de le souligner de rendre une sentence « *on territorial sovereignty and not of territorial sovereignty* »<sup>33</sup>. Il se peut donc bien qu'il constate une souveraineté partagée<sup>34</sup> ou commune.

Afin de rendre cette sentence, le Tribunal est appelé à se prononcer, conformément à l'article 2 § 1 du Compromis, sur la base des :

« principles, rules and practices of international law applicable in the matter, and on the basis, in particular, of historic titles »<sup>35</sup>

Les Parties ayant mis l'accent sur le « *ancient title* », le Tribunal dut d'emblée éclaircir cette notion de « *titre historique* », et incidemment celle de « *titre* » tout court<sup>36</sup>. Le Tribunal

---

<sup>25</sup> Pour le terme d'art 'chain of title', en tant que moyen probatoire de la validité du titre, cf. *Willis v. First Real Estate and Investment Company et al.* (US, Circuit Court of Appeals, Fifth Circuit), award delivered the 24 January 1934, *ILR*, Vol.11, pp.94,96.

<sup>26</sup> Cf. *Black's Law Dictionary*. 6<sup>ème</sup> éd., St. Paul, 1990, p.229 : « Record of successive conveyances, or other forms of alienation, affecting a particular parcel of land, arranged consecutively, from the government or original source of title down to the present holder ».

<sup>27</sup> § 31.

<sup>28</sup> Le Tribunal tient à souligner la divergence de vues entre les deux Parties relativement à la valeur juridique des cartes géographiques (note en bas de la page 9 ; § 31).

<sup>29</sup> § 31 – 53.

<sup>30</sup> Nous examinerons plus loin les réponses données par le Tribunal aux allégations érythréennes.

<sup>31</sup> Notamment son art.87 § 3.

<sup>32</sup> L'Erythrée fait référence à l'article 241 de la Convention de 1982.

<sup>33</sup> § 102.

<sup>34</sup> C'est ce qui arriva finalement.

<sup>35</sup> § 103.

cite POLLOCK<sup>37</sup>, pour qui le titre juridique serait « the absolutely or relatively best right to a thing which may be in dispute », en ajoutant :

« It is a matter of law, not of possession, though it would normally indicate a right in law to have possession even if the factual possession is elsewhere »<sup>38</sup>

Aux fins de la définition du concept de « titre historique », le Tribunal tient à le distinguer justement de celui de « baie historique »<sup>39</sup>. Certes, affirme-t-il, ce dernier s'appuie sur une sorte de « titre historique », c'est-à-dire « a title that has so long been established by common repute that this common knowledge is itself a sufficient title ».<sup>40</sup> Mais, la notion de « titre historique » peut plus généralement signifier un :

« a title that has been created, or consolidated, by process of prescription, or acquiescence, or by possession so long continued as to have become accepted by the law as a title »<sup>41</sup>

Le Tribunal se voyant assigné le mandat de régler le différend sur la base notamment des « titres historiques », c'est vers ces derniers qu'il tourne d'entrée de jeu son regard. Cela nous intéresse de près car ses observations feront l'objet de plus amples développements plus loin.<sup>42</sup>

L'Erythrée ne fait aucune référence au titre historique malgré l'éventuelle antiquité du titre éthiopien. En revanche, Le Yémen y fonde sa réclamation en affirmant que les îles faisaient partie depuis le Moyen Age du Bilad el-Yemen<sup>43</sup>. Dans ce cadre sera également étudiée la théorie de la réversion « which is critical to any decision as to the legal effect of an 'historic title' ».<sup>44</sup>

---

<sup>36</sup> L'Auteur renvoie aux considérations développées dans sa thèse de doctorat (*La notion de titre juridique et les différends territoriaux dans l'ordre international*, IUHEI, Genève, 1999, Ch.1.1-3). Voir tout de même *infra* pp.24ss.

<sup>37</sup> POLLOCK, F., *A First Book of Jurisprudence*. 6<sup>th</sup> ed., 1929, p.177.

<sup>38</sup> § 105.

<sup>39</sup> Voir, *inter alia*: North Atlantic Coast Fisheries Case, sentence arbitrale rendue le 7 Septembre 1910 par la Cour permanente d'arbitrage, *RSA*, Vol.XI, p.196, mais surtout l'op. dissidente du juge Drago qui fut largement « cannibalisée » par la Cour de justice d'Amérique centrale dans la sentence du Golfe de Fonseca de 1917 (El Salvador c. Nicaragua); voir aussi à cet égard l'explication « volontariste » de ANZILOTTI, D. « Baie storiche. Loro carattere. Rapporti fra gli Stati costieri », *RDI*, Vol.6 (1912), [réimprimé in *Scritti di diritto internazionale pubblico*. Tome 1er, Padova, 1956, pp.723-729]; SMITH, H.A. *Great Britain and the Law of Nations*. Vol.1 (States), London, 1935, Vol.1, p.339; «...nous sommes ici [i.e. baie historique] encore en présence de l'application de la maxime *ex facto oritur ius*; l'Etat riverain pendant une longue durée de temps, a occupé cette baie, en manifestant l'intention et le pouvoir d'y exercer son autorité, les autres Etats ont *acquiescé* à cette occupation, en conséquence, *le droit imprime son cachet au fait accompli*. », BRIERLY, J.L. « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, Vol.58 (1936-IV), p.159; United States v. Carrillo et al., District Court of California, Central Division, award delivered the 28 August 1935, *ILR*, Vol.8, p.170; United States, Petitioner, v. State of Alaska (1975), in *AILC* (1969-1978, RUDDY), Vol.22, p.378; KENNETH JOHNSTON, V. « Canada's Title to Hudson Bay and Hudson Strait », *BYIL*, Vol.15 (1934), p.5. **Contra**: SPERDUTI, G. « Prescrizione, consuetudine e acquiescenza in diritto internazionale », *RDI*, Vol.44 (1961), p.13, selon lequel le processus d'abrogation (spéciale) de la règle sur la liberté de la haute-mer peut être considéré comme un processus coutumier.

<sup>40</sup> § 106. Voir aussi : FITZMAURICE, Sir Gerald, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4 : Points of Substantive Law. Part II », *B.Y.I.L.*, Vol.32 (1955-56), p.76.

<sup>41</sup> *Loc.cit.*

<sup>42</sup> V. *infra*, pp.13ss.

<sup>43</sup> § 116.

<sup>44</sup> § 117.

Les argumentations du Yémen seront évaluées par le Tribunal à l'aune de trois critères historiques caractérisés : a) l'identité historique du Yémen et si les îles en question en faisaient partie ; b) la doctrine de la réversion en d.i. ; c) « the place of continuity within a concept of reversion of ancient title ».<sup>45</sup>

Le Yémen prétend en effet que les îles contestées ont depuis le Moyen Age fait partie du Bilad el-Yemen, l'annexion ottomane (du Yémen) n'ayant pas porté préjudice à cette souveraineté. Afin d'apprécier correctement cette prétention, il convient de l'évaluer à la lumière du contexte historico – juridique du XIXème siècle. Or, par le Traité de Da'an (1911), le Sultan se borne à accorder une large autonomie à l'imamat de Yémen, qui demeure toujours sous sa suzeraineté. C'est seulement par le traité de Lausanne de 1923 (art.16) que l'Empire ottoman renonça à tous ses droits sur le Yémen et à son titre de souverain sur les îles qui relèvent de la juridiction du Wali Ottoman de Hodeidah. Il est donc impossible pour le Yémen d'avancer un quelconque « titre historique » puisque ce dernier présuppose l'existence de liens d'allégeance, entre les tribus et le chef souverain, tissés depuis des temps immémoriaux<sup>46</sup>. Or, ce n'est que dès 1926 que les côtes tombent sous la souveraineté yéménite, les îles étant presque inhabitées, ou tout du moins très difficilement habitables. Si à cela on ajoute que pendant la période coloniale, les Grandes Puissances contrôlaient la Mer Rouge au moins depuis l'ouverture et l'internationalisation du Canal de Suez, alors :

« neither Ethiopia nor Yemen was in a position to demonstrate any kind of historic title that could serve as a sufficient basis to confirm sovereignty over any of the disputed islands »<sup>47</sup>

Le Tribunal corrobore davantage sa conclusion en affirmant que de toute manière, le droit musulman classique, qui régissait tout rapport humain ou entre collectivités organisées de l'époque, ignorait la notion de « souveraineté territoriale ».<sup>48</sup> De surcroît, poursuit-il :

a) « Yemen was mainly a mountain entity with little sway over the coastl areas » ; b) the concept of territorial sovereignty was entirely strange to an entity such as medieval Yemen ».<sup>49</sup>

Parmi les différents instruments normatifs (et para-normatifs) internationaux (et internes) allégués par les Parties afin de démontrer l'ancienneté et la solidité de leurs titres territoriaux il y lieu de retenir le Traité de Lausanne de 1923.

Cet accord est certes pour le Yémen un res inter alios acta, mais, comme le Tribunal l'affirme à bon escient, ce genre de traités, à savoir les traités territoriaux, « have effect *erga omnes* ».<sup>50</sup> Parmi ses dispositions force est de relever l'art.5 (par lequel tous les îlots en deçà

---

<sup>45</sup> § 118.

<sup>46</sup> Sur la signification de « lien d'allégeance » en droit international, voir infra note 198.

<sup>47</sup> § 125.

<sup>48</sup> § 130. Ce n'est qu'en 1856 que la Sublime Porte abandonna les « communal aspects of the Islamic system of International Law to adopt the modern rules prevailing among the European Concert of nations to which the Sublime Porte became a fully-integrated party during the Berlin Congress of 1875 [sic !]» (§ 131).

<sup>49</sup> § 143.

<sup>50</sup> § 153. Au sujet précisément de l'opposabilité erga omnes des traités territoriaux (voir aussi l'opinion dissidente du juge Tanaka jointe à l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans les affaires relatives au Plateau continental de la Mer du Nord : *C.I.J. Recueil* 1969, p.190), nous aimerions reproduire un long extrait doctrinal, qui éclaircit passablement la question : « Il me semble que cela n'est pas pour une raison particulière qui tiendrait à leur nature, mais tout simplement parce que les Etats qui les concluent ont une compétence exclusive conjointe pour ce faire...Quand il s'agit de traités de frontières...ce sont deux Etats qui se mettent d'accord pour faire quelque chose qu'ils sont les seuls à avoir compétence pour faire. Ils en ont la compétence exclusive, mais au lieu de l'avoir chacun pour soi, ils ont une compétence exclusive conjointe. » Intervention de

des trois milles sont sous la souveraineté de l'Etat côtier sauf disposition contraire) et, surtout, l'art.16 aux termes duquel « ... le sort de ces territoires [i.e. ceux sur lesquels portait la renonciation turque] étant réglé ou à régler par les *intéressés*». <sup>51</sup>En d'autres termes, le titre juridique sur les îles, dont la Turquie s'était dévêtue, restait en suspens. Reste la question de savoir si la souveraineté sur lesdites îles pouvait être acquise par le biais de la prescription acquisitive <sup>52</sup>. Le Tribunal répondit par la négative affirmant que les îles ne devinrent pas res nullius et qu'elles ne retombèrent pas sous la souveraineté yéménite en vertu de la prétendue théorie de la réversion. <sup>53</sup> De surcroît, l'acquisition par prescription acquisitive (unilatéral) n'aurait été pas possible car en contradiction avec les stipulations (multilatérales) de l'article 16. En définitive, s'il est vrai que le Yémen n'avait pas acquis la souveraineté sur les îles contestées en 1926, il n'en est pas moins vrai que l'Italie ne l'avait pas acquise non plus. Et cela même si cette dernière avait certainement l'animus occupandi. <sup>54</sup>

Le Tribunal s'attaque dans le Chapitre VII à l'analyse des preuves de l'exercice des fonctions relatives à la Puissance publique sur les archipels. Il annonce d'entrée de jeu que :

« The factual evidences of 'effectivités' presented to the Tribunal by both parties is voluminous in quantity but is sparse in useful content . This is doubtless owing to the inhospitality of the Islands themselves and the relative meagreness of their human history » <sup>55</sup>

Or, le droit international contemporain en matière d'acquisition (ou d'attribution) de territoire exige le corpus et l'animus occupandi, c'est-à-dire respectivement la possession du territoire et l'intention de la tenir en tant que souverain.

La prise de possession doit être effective, ininterrompue et permanente <sup>56</sup> et elle doit être « matérielle et non fictive » <sup>57</sup>. L'Etat doit établir sur le territoire « une organisation capable de faire respecter ses droits » <sup>58</sup>, mais aussi, et surtout, « in sufficient strength to

---

M. COMBACAU, dans le débat organisé par la Société française pour le droit international (Colloque de Poitiers) sur la « Frontière et limites », in *La Frontière*, Paris, 1980, pp.65-66. A l'instar de l'Etat côtier qui, en vertu du droit international, est seul compétent pour faire la déclaration constitutive de sa Z.E.E. Dans le cas de traités de frontière, l'autonomie de la volonté des Etats est strictement délimitée par le droit international en vertu duquel ils jouissent de la compétence exclusive pour ce faire. Il s'agit certes d'une explication plausible qui répond à bien de rebus posés par le fait qu'une res inter alios acta puisse engendrer des effets erga omnes.

<sup>51</sup> *Nouveau Recueil Général de Traités*. 3<sup>ème</sup> série, Vol.XIII, p.348 [les italiques sont de nous]. Le Tribunal pousse davantage l'analyse lorsqu'il relève cet article, à la différence de l'article 15 ne précise pas le bénéficiaire des titres turcs. En effet, par l'article 15, la Turquie renonce à tous ses titres et intérêts sur les îles égéennes à la faveur de l'Italie.

<sup>52</sup> § 163 ss.

<sup>53</sup> Battant ainsi en brèche l'argumentation du Yémen fondée sur la théorie de la « réversion ». Voir *infra* p.13.

<sup>54</sup> § 168.

<sup>55</sup> § 239.

<sup>56</sup> Affaire de la Frontière entre la Guyane britannique et le Brésil (Brésil c. Royaume-Uni), sentence arbitrale rendue le 6 avril 1904 par Sa Majesté le Roi d'Italie Victor Emmanuel III, *RGDIP*, 1904, pp.18-19.

<sup>57</sup> Affaire de l'Ile de Clipperton (France c. Mexique), sentence arbitrale rendue le 28 janvier 1931 par Sa Majesté le Roi d'Italie Victor Emmanuel III, *RSA*, Vol.II, p.1110. « Le Droit des gens ne reconnaîtra donc la propriété et la Souveraineté d'une Nation que sur les pays vuides, qu'elle aura occupés réellement et de fait, dans lesquels elle aura formé un Etablissement, ou dont elle tirera un usage actuel. », VATTEL, E.de, *Le Droit des Gens. Ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués à la conduite & aux affaires des Nations & des Souverains*, Londres, 1758, Livre 1er, Chapitre XVIII, §208. Voir également dans le même sens, le Projet de déclaration internationale relative aux occupations de territoire, rédigé par l'Institut de Droit International (session de Lausanne, 1888), notamment à son art.1er; l'art.10 de la Convention de Saint-Germain-en-Laye du 10 septembre 1919 [texte in Société des Nations, *Recueil des Traités*, Vol.8, 1922, pp.26 ss.].

<sup>58</sup> Affaire de l'Ile de Clipperton...*loc. cit.*; BLUNTSCHLI, J.-C., *Le droit international codifié*.(trad. De l'allemand), Paris, 1870, §278,281.

enable her [the State] to maintain order, *protect foreigners*, and control the natives. ». <sup>59</sup> Si cela est établi en l'espèce, l'Etat jouit du droit de souveraineté sur le territoire en question. <sup>60</sup> En général, l'occupation d'un territoire sans maître n'est pas un acte instantané, mais elle requiert du temps et la mise en œuvre de certains efforts et moyens. L'appréciation de ces considérations doit se faire eu égard à chaque cas d'espèce, en tenant compte notamment des caractéristiques intrinsèques (éloignement, habité ou inhabité, dépourvu d'intérêt économique, etc.) et extrinsèques (défaut ou présence de revendications concurrentes) du territoire. Les deux éléments doivent donc être tempérés à la lumière « of the nature of the territory and the size of the population, if any ». <sup>61</sup>

Aux fins d'étayer une revendication fondée sur l'occupation effective il faut qu'un Etat allègue des preuves attestant la présence des deux éléments susmentionnés. Ces preuves devraient ainsi traduire l'existence chez les deux Etats d'un lien juridique les unissant aux îles disputées. Ces différents faits et actes devraient prouver :

« [the] intention to claim the Islands à titre de souverain is an essential element of the process of consolidation of title » <sup>62</sup>

En l'espèce les deux Parties ont produit une masse abondante de preuves factuelles que le Tribunal a subdivisée en trois catégories distinctes : a) Actes normatifs internes des Parties relativement aux îles ; b) Agissements des Parties relativement aux espaces marins jouxtant lesdites îles ; c) Agissements des Parties sur les îles. Parmi la volumineuse documentation factuelle produite par les Parties devant le Tribunal, il y a lieu de mentionner la revendication yéménite fondée sur l'exercice de la juridiction pénale et civile par un juge « itinérant ». Par ce « système » et des siècles durant, la justice aurait été administrée pour toute affaire relative aux activités de pêches permettant le règlement des conflits surgissant entre les pêcheurs, fussent-ils des yéménites ou des éthiopiens / érythréens. La personne qui était en charge de cette fonction était connue sous la dénomination de aq'il, soit :

« a person known for wisdom and intelligence ... The final authority above village *aq'ils* or the *Aq'il* of the Sea is the '*Aq'il* of the Fishermen', who is a dignitary officially recognized by the Government of Yemen » <sup>63</sup>

Le Yémen prétendit que le droit appliqué par le Aq'il afin de régler les différends entre les pêcheurs était « a 'well – established' Yemeni body of customary law, known as the 'urf' ». <sup>64</sup> Au cours de la procédure l'Erythrée ne contesta point ces allégations et admit l'existence d'une telle forme d'administration de la justice dans les archipels.

---

<sup>59</sup> Dépêche diplomatique (2 août 1887) de Lord Salisbury au ministre portugais, M.Petre, au sujet de l'occupation effective alléguée par le Portugal sur les territoires avoisinant le bassin du fleuve Zambési, citée in *Smith*, p.9 [les italiques sont de nous].

<sup>60</sup> Car « Priority in settlement in good faith would appropriately establish priority of right. », (The Honduras Borders Case (Guatemala c. Honduras), sentence arbitrale rendue le 23 janvier 1933, *RSA*, Vol.II, p.1359) ou « Occupantis melior est conditio » (ULPIEN, D.9.4.14), ou « Qui prius est tempore, potior [et prior] est iure » (Codex 54 de Regula Iuris Communis in 6to 5.12) ; Affaires du Plateau continental de la Mer du Nord...*Op.cit.*, p.190 (Op.individuelle du juge Tanaka).

<sup>61</sup> § 239.

<sup>62</sup> § 241.

<sup>63</sup> § 337.

<sup>64</sup> § 338.

Le Tribunal, tout en ne contestant pas l'existence d'un tel système, ne put toutefois pas suivre le Yémen dans sa ligne argumentative et déclara que :

« ... the rules applied in the *aq'il* system do not find their origin in Yemen law, but are elements of private justice derived from and applicable to the conduct of the trade of fishing. They are a *lex pescatoria* maintained on a regional basis by those participating in fishing »<sup>65</sup>.

De fait, les règles appliquées par le aq'il ainsi que son administration de la justice ne pouvaient pas leur caractère obligatoire dans l'ordre juridique yéménite. Il ne s'agit donc pas d'exercice de la fonction juridictionnelle de la part du Yémen par l'intermédiaire du Aq'il. Nous reviendrons plus loin sur cet aspect curieux mais ô combien révélateur de la pluralité des ordres juridiques<sup>66</sup>.

Le Tribunal va ensuite se pencher sur le rôle de la cartographie dans la présente affaire en lui consacrant tout un chapitre. Une véritable guerre de cartes géographiques a en effet été menée :

« from the early 1970's on the part of Yemen to the early 1990's on the part of Eritrea – to alter the designations, labels, and colours on maps so as to 'claim' the Islands as a part of the other's territory »<sup>67</sup>

Aucune considération particulièrement intéressante n'a pu être relevé.

Le dernier chapitre avant les conclusions du Tribunal est consacré à l'examen des contrats d'exploitation et de prospection pétrolières ou autres accords analogues. Il est certain, comme cela ressort de la sentence, que les plaidoiries des parties relativement à cet aspect n'auraient pas eu lieu à cette phase de la procédure, si une question n'avait pas été posée par un membre du Tribunal lors des audiences de février 1998.<sup>68</sup> Or, ces contrats ou concessions ont été alléguées par les Parties afin de démontrer l'image que ces Dernières se faisaient de l'étendue de leurs sphères de souveraineté territoriales respectives (auto-interprétation).<sup>69</sup> Aux fins de l'incidence de ces concessions sur la constatation du titre juridique, il y a lieu de mentionner que le Tribunal observe que celles éthiopiennes / érythréennes s'arrêtent régulièrement à la ligne médiane entre les rivages opposées de la Mer Rouge.<sup>70</sup>

Aux fins de la détermination de la souveraineté sur les archipels, le Tribunal juge opportun de subdiviser ces dernières en plusieurs « sous – groupes » eu égard précisément à leur « separate legal histories »<sup>71</sup>. Ce faisant, cependant, le Tribunal est conscient qu'il s'achemine vers une décision qu'aucune des Parties n'était probablement pas prête d'envisager au début de la procédure, à savoir une souveraineté partagée<sup>72</sup>.

---

<sup>65</sup> § 340. Une sorte d'ordre juridique au sens du concept d'institution de ROMANO : « ... le droit consiste avant tout dans l'installation et l'organisation d'une entité sociale », *L'ordre juridique* (1947). Traduit de l'italien, Paris, 1975, p.16, § 38. Cette entité sociale étant, en l'espèce, la communauté transfrontalière (trans-étatique) des pêcheurs de la Mer Rouge méridionale.

<sup>66</sup> Voir infra pp.29ss.

<sup>67</sup> § 366.

<sup>68</sup> § 389. Voir supra p.5.

<sup>69</sup> « ... the actions of these States in establishing their independent governments and in formally describing the extent of their territory to the sovereignty over which they regarded themselves as succeeding, is significant », *Honduras Borders Case...op.cit.*, p.1325.

<sup>70</sup> Ce qui sera d'ailleurs la délimitation décidée par le Tribunal.

<sup>71</sup> § 459.

<sup>72</sup> Cette possibilité étant toutefois admise par les termes du Compromis. Voir supra p.5.

Le Tribunal tient toutefois à préciser qu'un tel scénario s'est finalement imposé à ses yeux, non pas par son choix délibéré (bien entendu !), mais bien plutôt parce que :

« the weight of the evidence and argument presented by the Parties ... does not fall evenly over the whole of the islands but leads to different results for certain sub-groups, and for certain islands ». <sup>73</sup>

Le Tribunal va donc subdiviser les archipels en 4 groupes principaux (et parfois en sous-groupes) et pour chacun d'entre eux il « pèse » les titres juridiques en présence, ainsi que leurs preuves.

- A. Le premier groupe, le plus occidental, est celui des « Mohabbakahs », composé de quatre îlots. C'est bien évidemment celui le plus proche de la côte érythréenne se trouvant à moins de 6 milles de celle-ci. La ratio decidendi est ainsi vite dénichée<sup>74</sup>, elle se fonde sur le principe de l'unité ou proximité géographique<sup>75</sup>. Les îles sont partant attribuées à l'Erythrée.
- B. Dans un mouvement d'ouest en est à travers la Mer Rouge, se trouvent les « Haycocks », groupe de deux îles au nord-est par rapport aux précédentes. A l'instar de ces dernières, elles se voient appliquer le même raisonnement, elles sont donc attribuées à l'Erythrée.
- C. L'archipel des Zuqar – Hanish. C'est à lui seul un bon 80% de la superficie totale de la zone controversée et par sa situation stratégique celui le plus important. De surcroît, comme le Tribunal le fait remarquer, il est situé dans la partie médiane de la Mer Rouge, et donc le principe de l'unité géographique se révèle ici beaucoup moins décisif que dans les groupes insulaires précédents. <sup>76</sup>La ratio decidendi se fondera par conséquent sur des considérations relatives à la consolidation historiques des titres, eu égard à laquelle le Yémen jouit d'un léger mais certain avantage sur l'Erythrée.
- D. Dernier archipel, celui des Jabal al-Tayr et des Zubayr est le plus septentrional de tous ainsi que véritablement excentré par rapport aux précédents. Au regard de ces îles également, le Tribunal, face à la *relative* rareté de preuves factuelles de la Puissance publique ainsi, doit se contenter de très peu pour enfin constater la souveraineté yéménite sur ces îles.

Un dernier mot concernant le régime de pêche dans la zone contestée<sup>77</sup>. Le Tribunal est tout à fait conscient que les conceptions occidentales de la souveraineté territoriale étaient étrangères à la tradition islamique. Par surcroît, le Tribunal est particulièrement attentif à la juste appréciation des traditions juridiques locales<sup>78</sup> et cela d'autant plus que les Parties lui ont

---

<sup>73</sup> § 466.

<sup>74</sup> Mis à part l'argument érythréen tendant à prouver la création d'un titre en chef sur l'Italie (suite aux accords conclus avec les chefs indigènes). A cet égard, il est regrettable que le Tribunal n'ait nulle part senti le besoin d'apprécier la valeur juridique de tels accords, dans la perspective notamment du droit intertemporel. Alors que la composition de l'organe arbitral aurait pu nous faire présager une déclaration pleine de valeur.

<sup>75</sup> Les îles se trouvent précisément dans les limites contemporaines de la mer territoriale et le Yémen n'ayant pu y opposer un titre « meilleur », le Tribunal applique le principe de la proximité ou de l'unité géographique dont nous discuterons plus loin (infra, pp.17ss).

<sup>76</sup> § 486.

<sup>77</sup> Cette décision du Tribunal est assurément tributaire de la constatation d'un ordre juridique tiers dans les îles dont le aq'il est la preuve la plus éclatante. Nous y reviendrons brièvement lors de Commentaires.

<sup>78</sup> § 525.

demandé de rendre une sentence qui permette : « de rétablir leurs relations pacifiques dans l'esprit de l'amitié traditionnelle entre leurs deux peuples ».<sup>79</sup>

Par conséquent, affirme le Tribunal, la détermination de la souveraineté sur les îles contestées ne portera pas préjudice au maintien du « traditional fishing regime in the region ».<sup>80</sup>

---

### III. COMMENTAIRES

Face à la panoplie des différents points juridiques affrontés par le Tribunal il convient d'isoler certains aspects de cette sentence et de mettre en exergue les contributions de cette dernière au droit du contentieux territorial, un corps de règles éminemment prétorien. Ainsi, nous avons estimé utile discuter à tour de rôle des apports du Tribunal aux questions suivantes : la notion de titre historique ainsi que celle de titre juridique tout court ; le concept de « consolidation historique » de titres territoriaux ; le principe de la contiguïté ou proximité géographique ; la notion de modus vivendi dans les conflits territoriaux ; la marge de liberté du juge lors de la constatation des titres territoriaux.

Pour ce faire, force est de se pencher d'entrée de jeu sur les nervures essentielles de la ratio decidendi. Il nous semble que cette dernière ait été effectivement dévoilée par le Tribunal au § 458 de sa sentence.<sup>81</sup> Elle peut être ainsi articulée : à défaut de titres anciens ou originaires, de part et d'autre, le Tribunal se référera à la consolidation historique des titres. A cela il faut ajouter que, dans le cas d'espèce, l'art.16<sup>82</sup> du Traité de Lausanne a gelé le caractère non déterminé de la souveraineté sur les îles (créée par la renonciation turque à tout titre et droit sur ces dernières). C'est pourquoi, le Tribunal s'est vu faciliter la tâche puisque les îles n'ont été ouvertes à l'acquisition qu'après la fin de ce régime. En d'autres termes, après le départ des Grandes Puissances de la Mer Rouge, et, notamment, une fois terminé le régime internationalisé des phares<sup>83</sup>. Juxtaposé à ces considérations on retrouve le principe de l'unité géographique ou encore de l'appartenance des îles aux côtes. Nous aimerions reprendre un par un ces différents points d'articulation de la ratio decidendi, dans le dessein de les examiner plus en détail.

---

<sup>79</sup> Deuxième alinéa du Préambule de l'Accord (reproduit au deuxième alinéa du Compromis).

<sup>80</sup> § 526. Voir aussi *supra* p.10.

<sup>81</sup> Cf. *supra* pp.17 et 18

<sup>82</sup> Le texte complet de cette disposition cardinale dans l'argumentation du Tribunal est le suivant : « La Turquie déclare renoncer à tous droits et titres, de quelque nature que ce soit, sur ou concernant les territoires situés au delà des frontières prévues par le présent Traité et sur les îles autres que celles sur lesquelles la souveraineté lui est reconnue par ledit Traité, le sort de ces territoires et îles étant réglé ou à régler par les intéressés. », *Nouveau Recueil Général des Traités*. 3<sup>ème</sup> série, Vol.XIII, p.348.

<sup>83</sup> Cf. § 200ss.

1. En l'occurrence, le Tribunal avait reçu comme mandat de régler le différend sur la base premièrement de l'« ancien titre » ou « titre historique »<sup>84</sup>. Or, il affirme qu'il est dans l'impossibilité de pouvoir rendre une sentence fondée (uniquement) sur ce (prétendu) principe juridique et cela pour quatre raisons essentiellement :

(a) Même en admettant l'existence en droit international de la théorie de la « réversion » (sur laquelle on doit soulever moult perplexités), le Yémen ne pourrait pas s'y appuyer car « there is a lack of continuity »<sup>85</sup> dans la « chain of title ». C'est-à-dire dans la chaîne des diverses manifestations de la Puissance publique ayant pu créer et consolider à des époques différentes le titre historique.

(b) D'ailleurs, lit-on plus tard dans la sentence, accepter l'argument yéménite selon lequel le titre ancien aurait survécu à la domination ottomane, reviendrait à rejeter la « legality of Ottoman title to full sovereignty »<sup>86</sup> pendant la soumission du Yémen à la Sublime Porte.

(c) Encore, le Tribunal a de la peine à imaginer que l'imamat, royaume montagneux, et ne connaissant pas un concept tel que celui de la souveraineté territoriale ait pu occuper, des siècles durant (au nez et à la barbe tant des Grandes Puissances que de l'Empire ottoman) en tant que maître les îles en question<sup>87</sup>.

(d) Une fois réfutée l'existence d'un titre yéménite autonome, le Tribunal fait justement remarquer que le :

« Article 16 of the Treaty [of Lausanne] created for the islands an objective legal status of indeterminacy pending a further decision of the interested parties ; and this legal position was generally recognised, as the considerable documentation presented by the Parties to the Tribunal amply demonstrates »<sup>88</sup>.

(e) D'autre part, l'Erythrée non plus n'a pas réussi à démontrer qu'elle jouit de ces titres. En effet, ayant prétendu hériter d'un éventuel titre italien, elle a failli démontrer qu'il en existait un. Car, malgré l'Italie, pendant les années où elle s'était établie sur les côtes érythréennes, eût essayé à maintes reprises de se faire reconnaître par les autres Puissances (notamment par l'Angleterre et l'Empire ottoman) ses visées expansionnistes sur les îles en question, elle ne réussit guère à les faire « acquiesce in a *fait accompli* ».<sup>89</sup>

2. L'argumentation yéménite fondée sur le « ancien titre » était, nous l'avons vu, assurément mieux articulée que celle érythréenne. Elle tendait à faire dire au Tribunal que le Yémen avait depuis des temps immémoriaux joui de la souveraineté sur les îles et que cette dernière avait survécu à la domination ottomane.<sup>90</sup> Par conséquent, une fois éteint le titre territorial ottoman par le Traité de Lausanne, les îles seraient tombées derechef sous souveraineté yéménite. C'est donc à la théorie de la réversion que le Yémen fait référence.

---

<sup>84</sup> Voir plus haut p.5 et *infra* p.15.

<sup>85</sup> § 443.

<sup>86</sup> § 444. Et imaginer ainsi que le titre ancien yéménite ait subsisté en veilleuse pendant la domination ottomane ; ou encore qu'il ait temporairement changé de titulaire tout en gardant sa pleine force et efficacité juridiques. Or, les deux hypothèses demeurent invraisemblables tant en droit qu'en fait. Cf. à cet égard, les observations de la Commission internationale des juristes dans l'affaire des Iles d'Aaland, relativement à la revendication finlandaise sur lesdites îles (suite à la dissolution de l'Empire tsariste) : *Journal Officiel de la Société des Nations*, Octobre 1920, pp.9-10.

<sup>87</sup> § 446.

<sup>88</sup> § 445.

<sup>89</sup> § 448.

<sup>90</sup> Voir *supra* pp.13ss.

Mais affirmer la permanence de la souveraineté yéménite, pourvu qu'il y en eût une, en dépit de la conquête ottomane, reviendrait inéluctablement à dénier à cette dernière tout effet juridique. Or, cela ne peut guère être admis, tant du point de vue juridique que de celui historique. Même si l'on devait pencher pour l'admissibilité de la théorie de la réversion en droit international, elle ne pourrait jamais avoir une telle signification. La théorie de la réversion expliquerait certains phénomènes tels que la cession en administration ou, plus en général tous ces régimes territoriaux caractérisés par la dissociation entre ius et exercitium iuris.<sup>91</sup> En l'occurrence rien de cela. La domination ottomane a mis fin à tout éventuel titre yéménite. Il n'y a donc pas eu de subsistance de ius nudum auprès de l'imamat yéménite.

Le Tribunal donc, tout en reconnaissant qu'il lui a été demandé de se prononcer sur la base des titres historiques, n'a pas été convaincu de leur existence<sup>92</sup>, les Parties n'ayant pas réussi à fournir la preuve que de tels titres ont pu se former le long des siècles. La ratio decidendi a dû alors se coaguler sur d'autres faits que ceux allégués à cette fin. En effet, et cela lui permet d'effectuer la jonction logico – juridique avec la prochaine, et décisive, étape argumentative, les Parties lui ont également confié le mandat de statuer eu égard à la « consolidation historique de titres ».

3. La « construction » de cette figure juridique reste l'héritage de la présence de DE VISSCHER parmi les juges de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des Pêcheries anglo-norvégiennes de 1951 :

« La Cour est ainsi amenée à conclure que la méthode des lignes droites, consacrée par le système norvégien, a été imposée par la géographie particulière de la côte norvégienne; que, dès avant la naissance du différend, cette méthode avait été consolidée par une pratique constante et suffisamment longue en face de laquelle l'attitude des gouvernements atteste que ceux-ci ne l'ont pas considérée comme étant contraire au droit international ».<sup>93</sup>

4. Comme le libellé de la locution même l'indique cette « construction » n'est pas sans analogies avec les notions bien plus anciennes de « titre historique » ou encore de « baie historique », que nous ne traiterons pas ici.<sup>94</sup> Elle représenterait une généralisation, un effort d'abstraction de ces notions dans le but d'en appliquer le principe à d'autres cas de figure<sup>95</sup>. Tout en dépassant certaines catégorisations conceptuelles telles que la prescription acquisitive, l'occupation, etc., afin de les englober sous un même toit. Encore, cette « construction » permet de relativiser la distinction entre « titre historique » et « titre prescriptif ». Or, par le premier on fait référence à un titre qui s'établit vis-à-vis de la

---

<sup>91</sup> Voir à cet effet la dépêche diplomatique envoyée par Lord Cairns (Lord Chancellor) à Lord Salisbury relatif à la question de l'envergure des droits anglais sur île de Chypre, suite la cession en administration en faveur de l'Angleterre : « ...I do not think that we can look on Cyprus as in any sense acquired by conquest, ...we acquired it deliberately and for obvious reasons by an arrangement which was described to be the *reverse of alienation*, and still more of forcible alienation. [Par conséquent:] We must take the arrangement then as it really is. The Porte has given us every power *in and over* Cyprus which it possessed, but we have got nothing more than the Porte had give [sic]. And we have this for a *limited time*, the Porte retaining the *reversion*. » SMITH, H.A. *Op.cit.*, p.400 [les italiques sont de nous].

<sup>92</sup> Par ailleurs, le Tribunal déclare que « given the waterless and uninhabitable nature of these islands and islets and rocks, and the intermittent and kaleidoscopically changing political situation and interests, this conclusion is hardly surprising » [ § 449].

<sup>93</sup> *CIJ Recueil* 1951, p.139 [les italiques sont de nous].

<sup>94</sup> Voir, *supra* note 39.

<sup>95</sup> D'ailleurs la notion de « consolidation par titres historiques » et celle de « titre historique » sont toutes deux des manifestations de ce principe directeur du droit international qu'est le principe de l'effectivité.

Communauté internationale tout entière, au sujet d'une compétence omnium (p.ex. une « baie historique »), alors que par le second on désigne un titre qui s'établit vis-à-vis de la compétence exclusive d'un (ou plusieurs, mais toujours bien déterminés) Etat(s). Le critère de la distinction réside alors dans la titularité de la compétence et dans la portée de celle-ci (exclusive ou générale). Toutefois, la notion de « consolidation par titres historiques » a le mérite de mettre en exergue les deux caractéristiques communes: a) « prescription »<sup>96</sup> d'un droit subjectif ; b) la manière dont ces titres se créent, à savoir par l'écoulement du temps<sup>97</sup> (d'où précisément le terme de « consolidation historique »).

5. L'accueil que la doctrine et la pratique jurisprudentielle<sup>98</sup> ont réservé à cette théorie de la formation et de l'extinction des titres territoriaux a été grosso modo favorable<sup>99</sup>. On met en effet en évidence les vertus de cette théorie, notamment sa flexibilité<sup>100</sup> et le fait qu'elle met en exergue la nécessité du maintien effectif du titre juridique face à des revendications concurrentes<sup>101</sup>. En effet, la consolidation d'un titre se fait aussi grâce à l'interaction conflictuelle des titres, la nécessité de parfaire et de rendre plus effectif un titre découlant de la présence adverse (menaçante) d'un autre titre.
6. Bien évidemment, l'attrait que cette conception exerce sur les juristes notamment au vu de sa « flexibilité » et de sa « souplesse » constitue le revers de la médaille pour ses détracteurs<sup>102</sup> ou encore pour les auteurs qui tout en étant positifs à son égard, se montrent

<sup>96</sup> Au sens de « dérogation » à une règle générale, cf. *United States v. Massachusetts* (U.S. Supreme Court, 1986), in *American International Law Cases*, (1979-1986, REAMS), Vol.2 (Second Series), pp.42,46; *United States v. State of Maine and Others* (U.S. Supreme Court), award delivered the 25 February 1986, *ILR*, Vol.91, pp.432,434.

<sup>97</sup> « [C'est] cette image du chêne qui nous a toujours paru symboliser l'accroissement et la fortification des titres et des institutions par le temps », affaire du Temple de Préah-Vihéar (Cambodge c. Thaïlande), Plaidoiries, Documents, Correspondance : *CIJ Recueil* 1962, Vol.II, p.525 [Réplique de M. Reuter].

<sup>98</sup> Cf. p.ex. *Civil Aeronautics Board et al. V. Island Airlines Inc.*, District Court (Hawaii), décision rendue le 8 octobre 1964, *ILR*, Vol.35, pp.74,79; *Re Ownership of the Bed of the Strait of Georgia and Related Areas*, British Columbia Court of Appeal, décision rendue le 25 juin 1976, *ILR*, Vol.73, p.202; *Raptis and Son v. State of South Australia* (High Court), award delivered the 27 June 1977, *ILR*, Vol.69, p.66 [Stephen J., Judge].

<sup>99</sup> Cf. entre autres auteurs: *Oppenheim's International Law*. 9<sup>th</sup> ed. (by Sir Robert Jennings and Sir Robert Watts), Vol.1, Harlow, 1992, §272; JOHNSON, D.H.N. « Consolidation as a root of title », *Cambridge Law Journal*, Vol.13 (1955), p.225; JENNINGS, Sir Robert, *Op.cit.* (1963), p.25; BLUM, Y.Z. *Historical Titles in International Law*, The Hague, 1965, p.4; SHAW, M. N. *Title to Territory in Africa*, Oxford, 1986, p.19; SCHWARZENBERGER, G. « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law », *RCADI*, Vol.92 (1957-II), p.290; FITZMAURICE, Sir Gerald, *Op.cit.* (1957), p.121 ; MUNKMAN, A. « Adjudication and Adjustment – International Judicial Decision and the Settlement of Territorial and Boundary Disputes », *BYIL*, Vol.46 (1972-73), p.94. Une conception analogue avait été soutenue par FUSINATO, G. *Le mutazioni territoriali, il loro fondamento giuridico e le loro conseguenze. Parte prima*, Lanciano, 1885, p.180. Voir aussi: affaire du Statut juridique du Groënland oriental (Norvège c. Danemark), arrêt du 5 avril 1933 : *CPJI Recueil* C 63, p.976 [Réplique du Gouvernement danois]. **Contra**: KOHEN, M. *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris-Genève, 1997, p.44-45.

<sup>100</sup> VISSCHER, Ch.de, « Observations sur l'effectivité en droit international public », *RGDIP*, Vol.62 (1958), p.604: « Appréciée in concreto par le juge international, elle est par sa souplesse, pleinement adaptée à la diversité des espèces. ».

<sup>101</sup> « ... [T]he process of 'maintaining' or 'manifesting' a title, ...is in essence a process of 'consolidation' [...] employing [this] notion [it is possible] to present the law relating to title to territory on a new basis. Such a basis would stress the close relation between the acquisition and the maintenance of titles. », JOHNSON, D.H.N., *Op.cit.* (1955), p.225 [les italiques sont de nous].

<sup>102</sup> « ... [T]rop d'obscurité semble entourer encore cette notion pour pouvoir affirmer qu'elle joue un rôle réel en droit international. », GOLDSTEIN, G. « Perspectives canadiennes de droit international public et privé relatives à la maîtrise du territoire », *Canadian Yearbook of International Law*, Vol.28 (1990), p.38. Or, cette affirmation nous paraît dénuée de tout fondement, car il serait déraisonnable que, du fait de certaines critiques légitimes

extrêmement prudents pour ce qui est de son champ d'application. Parmi ces derniers, le Président du Tribunal, Sir Robert JENNINGS lui-même, eut à affirmer avec raison que : « Historical consolidation is also a voracious concept, and it should be kept within bounds ».<sup>103</sup>

7. En ce qui concerne, en revanche, les « faiblesses » physiologiques de cette théorie, elles sont clairement le reflet de ses vertus. Elles résident en effet dans la large autonomie qu'elle concède au juge dans l'établissement, le choix et la pondération des soi-disant éléments extra (ou méta)-juridiques, lors de la « constatation » du titre juridique<sup>104</sup>. Mais, là aussi, s'agirait d'une spécificité inhérente à la fonction juridictionnelle internationale lors (notamment) du règlement des conflits territoriaux.

8. Or, comme la Cour internationale de Justice nous l'a montré dans l'affaire des Minquiers et Ecréhous,

« it is the relatively recent history of use and possession that ultimately proved to be a main basis of the Tribunal decisions »<sup>105</sup>

9. Le Tribunal rechercha donc les manifestations récentes de l'exercice des fonctions relatives à la Puissance publique<sup>106</sup>. Mais c'est là que le bât blesse ! Car, en dépit de la masse documentaire produite devant le Tribunal, l'appareillage probatoire ne permettait souvent pas au Tribunal de se prononcer sur la souveraineté territoriale sur la base de ce « root of title » seulement.

10. E effet, aux fins de la recherche des preuves relatives à la manifestation de la Puissance publique, le Tribunal évoque d'emblée le paradigme dominant en la matière, représenté par la sentence de l'arbitre unique M. HUBER dans l'omniprésente affaire de l'île de Palmas.<sup>107</sup> Le « Verbe de Palmas »<sup>108</sup> veut en effet que pour que l'on puisse parler d'établissement de la souveraineté sur une parcelle de territoire donnée, l'Etat doit faire preuve de l'« exercice continu et pacifique des fonctions étatiques à l'intérieur d'une région donnée »<sup>109</sup>. Le paradigme est cependant assorti du corollaire suivant lequel l'exigence de la manifestation de la Puissance publique doit être tempérée en fonction des caractéristiques du territoire concerné.<sup>110</sup>

---

qu'on peut mouvoir à cette théorisation, on jette l'enfant avec l'eau sale! De même: MUNKMAN, A. *Op.cit.*, p.104.

<sup>103</sup> *Op.cit.* (1963), p.27 [les italiques sont de nous]. Un autre juriste anglais, BROWNLIE (I., *Principles of Public International Law* 4<sup>ème</sup> éd., Oxford, 1990, p.166) n'hésita pas à souligner que : « However, it is probably confusing to overemphasize, and to lump together, this *penumbra of equities* by discovering the concept of consolidation. Apart from the concept of consolidation, the rate of social, economic, and other 'non-legal' considerations in the application by tribunals of the more orthodox legal principles is not to be denied. ».

<sup>104</sup> L'Auteur renvoie aux considérations exprimées dans sa thèse de doctorat, Ch.3.2.

<sup>105</sup> § 450. Cf. affaire des Minquiers et Ecréhous (France c. Royaume-Uni), arrêt du 17 novembre 1953 : *CIJ Recueil* 1953, pp.56-57, 59-60.

<sup>106</sup> Cf. *supra* § 0ss.

<sup>107</sup> D'ailleurs le Président du Tribunal, Sir Robert JENNINGS, eut rendu honneur à cette incontournable décision arbitrale, par le fait d'en annexer le texte à son percutant et brillant « petit manuel » en ce domaine qu'est *The Acquisition of Territory in International Law* (Manchester, 1963).

<sup>108</sup> Voir aussi *supra* pp.8ss.

<sup>109</sup> Dans la traduction fournie par la *RGDIP*, Vol.42 (1935-2), pp.156-202.

<sup>110</sup> § 452. Ce sur quoi le Tribunal s'est longuement attardé. D'autant plus que le changement continu de sort et des intérêts parties a pesé lourd sur la paucité relative d'effectivités sur les îles [§ 456].

11. Toutefois, alors que dans l'affaire de l'île de Palmas, l'Arbitre pouvait baser sa décision « on the relative strength of the titles invoked on either side »<sup>111</sup>, cette possibilité n'est pas prévue par le présent compromis qui enjoint en revanche à l'arbitre de rendre une sentence sur la souveraineté territoriale et décider en conséquence<sup>112</sup>.
12. Le Tribunal se demande donc pertinemment s'il y aurait en l'espèce d'autres « facteurs » ou éléments qui pourraient l'aider à régler le différend. Il déclare en effet que :
- « There is no virtue in relying upon 'very little' when looking at other possible factors might strengthen the basis of decision »<sup>113</sup>
13. C'est pourquoi le Tribunal recourt à l'argument de l'*unité* ou *proximité géographique*. A titre d'exemple d'application de ce raisonnement le Tribunal imagine que, à défaut d'un « clearly better title », les îles en proximité des côtes sont *présumées* relever de la souveraineté de l'Etat riverain.<sup>114</sup> Le Tribunal a sûrement été amené à réfléchir en cette direction par l'argumentation apparemment subsidiaire du Yémen lequel a invoqué, à plusieurs reprises, le « principle of natural or geophysical unity » par rapport à l'archipel des Hanish. En faisant appel à Sir Gerald FITZMAURICE<sup>115</sup>, l'organe arbitral affirme que l'on attribue couramment à ce principe une valeur présomptive. C'est-à-dire, qu'il permet l'extension :
- « to the area in question an existing title already established in another, but proximate or contiguous, part of the same 'unity' »<sup>116</sup>
14. Toutefois, il n'y a pas lieu, s'empresse-t-il d'ajouter, d'oublier les risques qu'une telle doctrine, et autres théories *géographiques* similaires, peuvent engendrer dans la pratique. En effet, le Tribunal cite parmi les inconvénients (ou les abus inhérents à ces mêmes théories) la méthode de détermination dite de « leap – frogging ». Comme dans le jeu vidéo homonyme, en effet, la grenouille saute d'îlot en îlot jusqu'à s'éloigner considérablement des côtes de l'Etat censé irradier sa souveraineté. Peut-on alors toujours parler d'unité géographique ? Bref jusqu'où le titre de l'Etat côtier s'irradie-t-il ?
15. Ce principe a certes été invoqué par le Yémen<sup>117</sup>, mais le Tribunal s'en aussitôt servi et il paraît s'en être largement inspiré. En effet, ce principe devient le *titre présomptif* sur lequel se base la décision pour chacun des groupes ou sous-groupes d'îles. Même, et cela confirme son caractère principal, en dehors des limites de la mer territoriale. Ainsi, le poids des différents (ténus) titres juridiques des Parties sera apprécié en regard du principe *présomptif* de l'unité géographique ou naturelle.
16. Or, qu'entend-on par ce principe ? Ce dernier est étroitement lié aux contraintes de la Nature et aux éléments du territoire. On fait ainsi référence à toutes ces théories dites de la continuité, de la proximité, de l'hinterland, du « Portico », bref à toutes ces théories qui se fondent sur les caractéristiques naturelles du territoire pour étendre ou délimiter

<sup>111</sup> Au sujet de la notion de « poids relatif » de titres territoriaux, voir l'Auteur, *Op.cit.* (1995), pp.345ss.

<sup>112</sup> § 454 – 455.

<sup>113</sup> § 457.

<sup>114</sup> § 458.

<sup>115</sup> FITZMAURICE, Sir Gerald, *Op.cit.* (1955-1956), pp.73-74.

<sup>116</sup> § 462.

<sup>117</sup> Cf. *supra* p.17.

l'extension spatiale du titre juridique. On ne saurait nier qu'à la base de ces théories, comme l'affirme KELSEN, se trouve la doctrine des frontières naturelles qui elle, à son tour, trahit la lourde influence du droit naturel<sup>118</sup>, mais il y a lieu d'ajouter que l'argument qui sous-tend ces théories est également d'ordre logique<sup>119</sup>. En effet, le principe de la contiguïté ou continuité géographique pourrait aussi être appelé *ratio vicinitatis*. Ce principe présuppose en effet l'existence d'un « ensemble territorial organique »<sup>120</sup>. Par exemple, par le principe de la continuité les Etats européens entendaient étendre leurs occupations effectives du littoral (notamment du continent africain) à tout l'arrière-pays. Cette projection (ou irradiation) de la souveraineté vers l'intérieur se fondait notamment sur l'argument du bassin fluvial en tant que 'ensemble organique'. C'est ce qu'on appelle aussi la théorie de l' *hinterland*<sup>121</sup>.

17. En revanche, pour ce qui a trait au principe de la contiguïté proprement dit, il y a lieu de jeter un pont avec le droit romain en matière de possession de fonds et notamment avec la figure juridique de la *mens et cogitatio*. Il n'est pas nécessaire, dit PAULUS, que celui qui ait l'intention de s'approprier d'un fond en effectue la prise de possession « physique » dans son intégralité pourvu qu'il ait la « *mens* » et la « *cogitatio* » de le posséder en son entier et dans tous les coins<sup>122</sup>. Pourvu, précisément, que cette région constitue une « unité organique *de facto* ».<sup>123</sup> Ainsi conçu et construit, le principe de la contiguïté n'est pas un substitut de l'occupation effective, mais bien plutôt il est une *projection* de cette dernière compte tenu du caractère unitaire du territoire revendiqué.<sup>124</sup> Le principe de la contiguïté a été maintes fois invoqué et quelquefois appliqué dans des affaires relatives à la souveraineté sur un groupe d'îles. Or, s'il est vrai que l'Etat côtier ne peut pas invoquer ce principe pour étendre sa souveraineté territoriale sur les îles en dehors de sa mer territoriale pour le seul « fait » que « its territory forms the *terra firma* (nearest continent or island of considerable size) »<sup>125</sup>, il n'en est pas moins vrai que :

---

<sup>118</sup>KELSEN, H. "Contiguity as a title to territorial sovereignty», *Mélanges Wehberg*, 1956, Frankfurt, p.205.

<sup>119</sup> La contiguïté ne serait qu'une des applications du principe gnoséologique selon lequel: « the imagination passes with greater facility from little to great, and that the transition of ideas is always easier and smoother in the former case than in the latter. », HUME, D. *A Treatise of Human Nature*.(1739-1740), Livre III, Sect.XI (The Law of Nations), p.510 [note en bas de page]. Il s'ensuit que la haute mer (l'océan), ne pouvant pas entretenir une relation de proximité avec les Etats côtiers, est inappropriable, à la différence des baies et des échancrures.

<sup>120</sup>Le caractère unitaire du territoire ou de l'espace qui est à la base du principe de la contiguïté n'est pas sans quelques affinités avec le concept de « parcelle autonome » (cf. DISTEFANO, G. *Op.cit.* (1999), Ch.3.1.3).

<sup>121</sup>Cf. HILL, N. *Claims to territory in International Law and relations*, London, 1945, 152. Cette « unité organique de fait » qui avait été invoquée par le Brésil dans l'affaire de la Frontière avec la Guyane Britannique...(*Op.cit.*, p.19), fut rejetée en l'espèce par le Tribunal.

<sup>122</sup>Dans un langage fort imagée mais autant éloquent: DESPAGNET, F. "Les occupations de territoires et le procédé de l'hinterland», *RGDIP*, Vol.1 (1894), p.107, selon lequel on pourrait rapprocher la théorie de l'hinterland et le concept de l' « unité organique *de facto* » sous-jacente à un individu qui « s'avance dans les ténèbres un flambeau à la main et qui, éclairant une certaine sphère autour de lui, laisse cependant entre la nuit complète et cette sphère une pénombre où sa vue ne pénètre qu'imparfaitement... ».

<sup>123</sup>Cf. *supra* (note 121) : affaire de la Frontière entre la Guyane britannique et le Brésil...*loc.cit.*

<sup>124</sup>Cf. en ce sens: FITZMAURICE, Sir Gerald, *Op.cit.* (1955-1956), p.74; WALDOCK, Sir Humphrey, « Disputed Sovereignty in the Falkland Islands Dependencies », *BYIL*, Vol.25 (1948), p.344. Cf. aussi affaire des Minquiers et Ecréhous...*Op.cit.*, p.102 [op. individuelle du juge Levi-Carneiro]; HEYDTE, F.A.von der, "Discovery, Symbolic Annexation and Virtual Effectiveness in International Law», *AJIL*, Vol.29 (1935), p.p.470; WRIGHT, Q. « Territorial Propinquity », *AJIL*, Vol.12 (1918), pp.519-561.

<sup>125</sup>The Island of Palmas Case...*Op.cit.*, p.854. Voir toutefois plus haut p.17.

« a group [d'îles] may under certain circumstances be regarded as in law a unit, and that the fate of the principal part may involve the rest ». <sup>126</sup>

18. Il doit en somme s'agir d'un ensemble territorial que le droit et non la nature considère comme étant unitaire. Ou, plutôt, que le droit, à partir des éléments naturels considère comme formant une unité. Ailleurs en droit international, la continuité territoriale est considérée comme un élément dont il faut tenir compte aux fins de l'établissement de titres territoriaux. Que l'on songe, par exemple à la notion, très controversée il est vrai, de « prolongement naturel » <sup>127</sup> dans la théorie des droits souverains de l'Etat côtier sur « son propre » plateau continental, <sup>128</sup> ou à la théorie dite des secteurs, ou des « zones d'attraction » <sup>129</sup>, ou, encore, à la ligne médiane dans les délimitations fluviales, ou à la ligne de partage des eaux, ou au cas de figure de l'alluvionnement. Bien sûr, comme dans toutes les « prévarications de la Nature sur le Droit » <sup>130</sup>, l'application du principe de la contiguïté (et de la continuité) peut accroître <sup>131</sup> ultérieurement la marge de manœuvre de l'organe juridictionnel dans la constatation du titre juridique.

19. Mais si on envisage le principe de la contiguïté comme étant une application particulière du principe de l'occupation effective <sup>132</sup> et, donc, comme « fait » susceptible de créer un « inchoate title » <sup>133</sup> au bénéfice de l'Etat dont le territoire est le plus proche à la zone contestée, alors on saisit mieux et on peut partager la ratio decidendi de la sentence rendue par la Reine d'Espagne, Isabelle II, dans l'affaire de l'île d'Aves:

« Que le continent vénézuélien est le territoire le plus proche de l'île d'Aves, ce qui lui donne un droit de préférence... » <sup>134</sup>

---

<sup>126</sup> *Ibid.*, p.855. En ce sens: CASTANGIA, I., *Sovranità, contiguïtà territoriale e isole in una controversia internazionale del XVIII secolo*, Napoli, Jovene editore, 1988, p.123.

<sup>127</sup> Affaires du Plateau continental de la Mer du Nord... *Op.cit.*, §43.

<sup>128</sup> Le champ opératoire de cette notion fut sensiblement restreint suite au revirement fondamental de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Plateau continental entre la Libye et Malte, arrêt du 3 juin 1985: *C.I.J. Recueil* 1985, §40.

<sup>129</sup> Cf. LINDLEY, M.F. *The acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, London, 1926, p.9 [un rapport juridique, qui n'est pas sans rappeler le cas de figure des servitudes du droit romain et du droit civil, entre un territoire dominant et un territoire servant].

<sup>130</sup> Cf. l'affaire du Plateau continental (Tunisie c. Libye), arrêt du 24 février 1982 (fond): *C.I.J. Recueil* 1982, §43 [la réponse de la Cour aux argumentations libyennes fondées sur des considérations et éléments géomorphologiques, géologiques, etc., aux fins de la « construction » du titre juridique ou de sa délimitation spatiale]. Les longs et exténuants développements libyens au sujet des caractéristiques physiques, géophysiques, etc. [v. l'étouffante discussion qu'en fait la Cour, aux §32-40, 51-68], ont eu le mérite, paradoxalement, de mettre en évidence l'impossibilité logico-juridique du primat de la Nature sur le Droit aux fins de la « constatation » des titres territoriaux.

<sup>131</sup> Cf. le commentaire du Gouvernement français sur l'interprétation de certaines stipulations du Traité d'Utrecht de 1713 (cité in LINDLEY, M.F., *Op.cit.*, p.229): « Jamais on ne prouvera que par les 'appartenances' et les dépendances d'un pays, on doit entendre ceux qui en sont voisines. Proximité et dépendance sont deux idées différentes, distinctes; leur confusion entraînerait celle des limites de tous les Etats. ». A cet égard, v. le rejet de l'argument salvadorien, dans l'affaire du Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador c. Honduras; Nicaragua intervenant), arrêt du 1er septembre 1992: *C.I.J. Recueil* 1992, §173-176 (op. individuelle du juge Torres Bernardez), fondé sur la « dépendance » (appendage).

<sup>132</sup> Cf. HEYDTE, F.A. von der, *Op.cit.* (1935), p.469.

<sup>133</sup> « [The State] would also have, for a reasonable time, a contingent right, to be perfected by effective occupation, to the rest of the island [ou, le cas échéant, de l'archipel] », LINDLEY, M.F. *Op.cit.*, p.274. Sur la notion de « inchoate title », voir l'Auteur, *Op.cit.* (1995), pp.340-347.

<sup>134</sup> Affaire de l'île d'Aves (Pays-Bas c. Vénézuéla), sentence arbitrale rendue le 30 juin 1865, in *Recueil des Arbitrages internationaux*. Vol. II, p.413.

; et celle du Président des Etats-Unis d'Amérique dans l'affaire de l'Île de Bulama:

« cette île est adjacente au continent [sous la souveraineté portugaise] et si proche que les animaux traversent à marée basse ».<sup>135</sup>

20. Il faut également se rappeler que très souvent les conflits territoriaux sont réglés sur la base du *poids relatif* des titres juridiques invoqués<sup>136</sup>. On peut donc raisonnablement maintenir qu'un « inchoate title » fondé sur un argument de proximité organique de facto risque de s'effacer face à une présence adverse plus effective. Et que, inversement, ce titre ne peut l'emporter que lorsqu'il n'y a pas de titres concurrents dotés d'une plus grande effectivité; s'agissant toutefois d'un « inchoate title », on peut affirmer qu'il ne peut prévaloir que si le titre adverse est dépourvu tout court d'effectivité. Ou, encore, en l'absence de tout titre concurrent, le principe de la contiguïté accroît le « rayonnement spatial » du titre juridique qui lui, est fondé sur d'autres « faits » tels que la possession, comme dans l'affaire de la Baie de Delagoa:

« La possession, en dehors du titre, du point central de la baie emportait pour le Portugal celle de la baie tout entière, en tant qu'il ne se présente, avant 1823, aucun fait de nature à le contester ».<sup>137</sup>

21. Ce fragment jurisprudentiel résume parfaitement le rôle de la Nature (que ce soit sous la forme des frontières naturelles ou de la théorie de la contiguïté) dans la constatation du titre juridique. La pratique internationale nous montre que les caractères naturels (géophysiques, morphologiques, orographiques, etc..) de la zone contestée peuvent entrer et entrent en ligne de compte aux fins du règlement juridictionnel du différend. En tant que « faits de la Nature », leur poids relatif est, pour les raisons que nous avons naguère évoquées, peu élevé. Toutefois, si ces « faits de la Nature » jouent un rôle, quoique limité, c'est en vertu du principe de l'effectivité. En effet, ils expliquent, dans des situations territoriales particulières, le rayonnement in decrescendo de l'effectivité du titre juridique: la *robustesse* du titre juridique allant en décroissant au fur et à mesure que son *étendue* augmente<sup>138</sup>. Cette opération, éminemment intellectuelle, présuppose cependant que la zone en question constitue un « ensemble territorial organique »<sup>139</sup>. A cet égard nous n'avons pas manqué de relever les quelques similitudes entre cette projection spatiale et la figure romaniste de la mens et cogitatio. Il s'agit, en dernière analyse, du rayonnement spatial du titre juridique (soit il fondé sur l'occupation effective et/ou sur d'autres faits et/ou actes juridiques) dans le cadre d'un « ensemble territorial organique » et cela jusqu'à ce qu'il ne rencontre un titre juridique adverse ayant un poids relatif supérieur

22. Dans la présente affaire, l'irradiation du titre de l'Etat côtier sur les îles contestées, qu'elles soient à l'intérieur ou à l'extérieur de la mer territoriale, *empêche* en droit la

---

<sup>135</sup> Affaire de l'île de Bulama (Grande-Bretagne c. Portugal), sentence arbitrale rendue le 21 avril 1870, in *Recueil des Arbitrages internationaux*. Vol. II, p. 613.

<sup>136</sup> Cf. la Réplique britannique aux revendications persanes relativement aux îles du Bahreïn, contenue dans la dépêche diplomatique (18 février 1929) du Premier ministre, Sir Austen Chamberlain, à l'ambassadeur persan à Londres, citée in SMITH, H.A. *Op.cit.*, p. 76.

<sup>137</sup> Affaire de la Baie de Delagoa (Grande-Bretagne c. Portugal), sentence arbitrale rendue le 24 juillet 1875, in *Recueil des Arbitrages internationaux*. Vol. III, p. 621 [les italiques sont de nous].

<sup>138</sup> Pour les significations que nous entendons attribuer à la *robustesse* et à l'*étendue* en tant qu'attributs du titre territorial, voir *infra* pp. 21ss.

<sup>139</sup> Le Tribunal (§ 473) nous signale les risques qu'une telle opération éminemment intellectuelle (et constructive) peut comporter, à savoir le « leap-frogging method ».

possibilité qu'un autre Etat s'y établisse et en acquiert la souveraineté par d'autres « modes ». Par conséquent, l'application de ce principe, qui par sa mise en œuvre accroît encore la très large marge de manœuvre dont dispose déjà le juge/arbitre dans la constatation du titre territorial (pourvu qu'il existe un), dans la présente affaire nous paraît somme toute raisonnable et judicieuse. Car, que faire d'autre ? Ce principe, dont le maniement, nous ne cesserons de le répéter, doit cependant se faire avec une extrême prudence, permet, et a permis, au juge/arbitre de démêler finalement son écheveau.

23. En effet, nous n'oserions passer sous silence la très large marge de manœuvre dont jouit le juge, et notamment l'arbitre international dans la détermination des titres juridiques en litiges et de leur étendue. Pour ne pas mentionner, par surcroît, la phase en amont, c'est-à-dire la détermination de la zone contestée. Il nous paraît que cette « marge de manœuvre » très confortable découlerait également de la rareté et du contenu généralissime des règles applicables au contentieux territorial. Encore, comme dans le cas d'espèce, cette liberté est d'autant plus importante si la *ratio decidendi* se fonde en partie sur des considérations afférant au principe de la contiguïté ou de l'unité géographique.<sup>140</sup>

24. De surcroît, il ne faut pas non plus oublier que toutes ces doctrines et les principes qu'elles prônent

« are never in themselves roots of title, but rather may in certain circumstances raise a presumption about the extent and scope of a title otherwise established »<sup>141</sup>

25. Ce passage jette une lumière bien attendue par les spécialistes de la polémologie territoriale et par le généraliste averti de droit international public. Il nous permet en effet de distinguer les éléments à la base de la création d'un titre territorial des ceux qui permettent d'en déterminer l'extension spatiale. Et, par la même occasion, voit-on encore plus clair en quoi consiste le concept de titre juridique dans le différend territorial, en le différenciant d'autres notions connexes mais distinctes. Ainsi, on distingue à cet égard le titre-source du titre-preuve de la même manière que l'on différencie les *faits ou actes juridiques* que sont à l'origine d'un droit subjectif des *preuves* de ces mêmes faits et actes.<sup>142</sup> On parlera alors respectivement de *titre-source* et de *titre(s)-preuve*.

26. Dans le Dictionnaire de la terminologie du droit international on trouve deux acceptions très intéressantes du mot titre desquelles nous nous sommes inspirés afin de forger ce couple conceptuel. Selon l'ouvrage précité, le terme de « titre » pris dans le sens de titre juridique, désigne à la fois:

α) « tout fait, acte ou situation qui est la cause et fondement d'un droit »<sup>143</sup>

et un

β) « Document invoqué en vue d'établir l'existence d'un droit, ou d'une qualité ».<sup>144</sup>

---

<sup>140</sup> Cf. *supra* p.19.

<sup>141</sup> § 464.

<sup>142</sup> L'Auteur a ébauché une timide analyse dans l'article paru dans cette même revue (« La notion de titre juridique et les différends territoriaux dans l'ordre international », *RGDIP*, Vol.100, pp.336-337)..

<sup>143</sup> Dictionnaire de la Terminologie du Droit International par J.BASDEVANT, Paris, 1960, p.604.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p.605.

27. Dans l'affaire du Différend frontalier opposant le Burkina Faso au Mali devant la Chambre de la Cour internationale de Justice, celle-ci eut l'occasion de reprendre à son compte et de réaffirmer on ne peut plus clairement ces deux acceptions, lorsqu'elle s'exprima en ces termes fort éloquentes:

« [L]a notion de titre peut également et plus généralement viser aussi bien tout moyen de preuve susceptible d'établir l'existence d'un droit que la source même de ce droit ». <sup>145</sup>

28. Cela peut paraître une plate banalité, mais on est très loin de la vérité si l'on croit que la notion de titre juridique telle qu'elle a été employée devant les Tribunaux internationaux et internes par les plaideurs et même par les juges ait été de tout temps univoque. <sup>146</sup> Mais déjà dans l'affaire de la Frontière de l'Alpe de Cravairola, opposant la Suisse à l'Italie, le Tribunal arbitral prit soin de bien distinguer les deux aspects du terme juridique de titre et on peut sereinement affirmer que la structure binaire de titre juridique que nous prônons ici était bel et bien présente en germe, lorsqu'il déclara que:

« le *titre* [dérivant de l'achat=cession] de propriété absolue sur une terre acquise à prix d'argent, *titre accompagné de divers actes officiels* plus ou moins importants passés par des autorités publiques italiennes, ces actes étant considérés comme des *preuves* de l'exercice de souveraineté de la part de l'Italie sur ce territoire ». <sup>147</sup>

29. L'Italie s'appuyait donc sur un traité de cession [titre-source] qu'elle entendait « prouver » en alléguant des actes et des faits officiels, les titre(s) preuve, qui attestassent l'effectivité de cette cession. Bref, chaque Partie produit à l'appui de son titre-source des titre(s)-preuve, c'est-à-dire des « documents, correspondance diplomatique, actes et faits concluants », qui puissent le corroborer <sup>148</sup>. Dans ce sens on peut dire que le titre-source

---

<sup>145</sup>C.I.J Recueil 1986, §18. « Seul donc un *acte de possession juridique*, continuellement maintenu, appuyé de documents, peut assurer quelque chose comme sien... », KANT, I., *Métaphysique des Mœurs*. Première partie. Deuxième section. Chapitre épisodique, §33, p.173.

<sup>146</sup>Et cette confusion, souvent alimentée à dessein pour les besoins de l'argumentation, a déjà été stigmatisée par une autre Chambre de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Différend frontalier, terrestre: « Le mot 'titre' a en fait, dans la présente instance, été parfois employé de telle manière qu'on ne sait pas très bien parmi ses divers sens possibles lequel lui attribuer... » (C.I.J Recueil 1992, §45). C'est dire le pêle-mêle auquel on a abouti faute de rigueur terminologique et conceptuelle.

<sup>147</sup>Affaire de la Frontière de l'Alpe de Cravairola (Italie c. Suisse), sentence arbitrale rendue le 23 septembre 1874, in *Recueil des Arbitrages internationaux*. Vol.III, p.500 [les italiques sont de nous].

<sup>148</sup>Beagle Channel Arbitration Case (Argentina v.Chile), award delivered the 18th February 1977 (President: Sir Gerald Fitzmaurice), *ILR*, Vol.52, §169; le compromis établissant l'arbitrage de Dom Joaquim Zavola, Président de la République du Nicaragua, aux fins du règlement du différend de frontière entre le Honduras et El Salvador, dont l'art.5 récite ainsi: « Si la *prueba instrumental* fuere insuficiente en algunos puntos ú originase algunas dudas para decidir por ellas los limites jurisdiccionales... », *Pasicrisie*, p.647 [les italiques sont de nous]; Chichimacha Tribe of Louisiana v.Harry L.Laws Co. (1982), in *American International Law Cases* (1979-1986, REAMS), Vol.2 (Second Series), p.15.

« guide » le juge dans la recherche des titre(s)-preuve<sup>149</sup>, ceux-ci n'existent et n'ont de la valeur, lors d'un différend territorial, qu'eu égard au titre-source<sup>150</sup>.

30. Dans ce même ordre d'idées nous aimerions mettre en exergue les attributs du titre juridique lors de sa constatation par un organe juridictionnel. En effet, le juge ou l'arbitre doit vérifier à la fois l'étendue et la « robustesse » des titre juridiques allégués par les Parties. Par « étendue » (spatial scope) on fait allusion à l'envergure spatiale du titre-source: à savoir quelles parcelles du territoire controversé sont concernées par le titre-source. En revanche par « robustesse » du titre-source nous entendons que le titre en question (et donc la revendication qu'il fonde) est corroboré par un nombre plus ou moins grand et convaincant de titres-preuve. La « robustesse » du titre-source se « mesure » donc eu égard au nombre et à la clarté des titres-preuve auxquels il se rapporte. C'est donc par rapport à la « robustesse » qu'on jauge le « degré probatoire » du titre-source<sup>151</sup>. En conclusion, si la première notion a trait à l'« intensité » du titre-source, la deuxième fait appel à l'« extension » territoriale de sa validité.<sup>152</sup>

31. Dans la même veine, les considérations du Tribunal au sujet de la notion de titre juridique paraissent inspirées de bon sens et reflètent la tradition la plus autorisée en ce domaine. A cet égard, il n'est pas inutile de retracer les avatars de la définition de titre juridique à laquelle le Tribunal se réfère, savoir celle offerte par POLLOCK.<sup>153</sup> A cet effet, il convient de tourner notre regard vers la science anglaise du droit qui, empreinte du proverbial pragmatisme, a creusé dans cette direction mettant ainsi à jour et rénovant les vestiges du droit romain. Selon AUSTIN, le concept de titre aurait deux acceptions. Au sens large il signifie:

« [...] any fact by which a person is invested with a right: it is applicable to a law or command which confers a right immediately, as well as to an intervening fact through which a law or command confers a right mediately. »<sup>154</sup>

---

<sup>149</sup>Dans un sens relativement plus circonscrit, la littérature anglo-saxonne parle, afin d'indiquer les titre(s)-preuve, de « title-deeds ». Dans ce sens: *The Oxford Companion to Law*, Oxford, 1980, p.1221; FITZMAURICE, Sir Gerald, *Op.cit.* (1955-1956), p.52; AUSTIN, J. *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*.(1863). 2 Vols. 5th rev and ed.by CAMPBELL, R., London, 1885, pp.890,892; affaire des Concessions territoriales territoriales (Allemagne c.Grande-Bretagne), sentence arbitrale rendue le 21 juin 1884, in *Pasicrisie*, p.270; United States v. Moreno (Supreme Court, 1863), in SCOTT, J., *Cases on International Law principally selected from decisions of English and American Courts*, St.Paul, 1922, p.190; New Jersey v. Delaware (U.S.Supreme Court, 1934), in BRIGGS, H.W. *The Law of Nations. Cases, Documents and Notes*.2ème éd., London, 1953, p.254.

<sup>150</sup>En ce sens: affaire du Différend frontalier terrestre, insulaire...*Op.cit.*, §27, p.642 [op. individuelle du juge Torres Bernardez]; affaire du Différend territorial entre le Costa-Rica et le Nicaragua, convention d'arbitrage du 27 mars 1896 (art.VIII), in *Pasicrisie*, p.528.

<sup>151</sup>Cf. p.ex.: The Island of Palmas Case (United States v. Netherlands), sentence arbitrale rendue le 4 avril 1928, *RSA*, Vol.II, p.869; The Honduras Borders Case...*Op.cit.*, p.1335-1336,1340; Delgamuukw c. Colombie britannique, arrêt de la Cour Suprême du Canada du 11 décembre 1997, § 80 ; l'art.5 du Compromis d'arbitrage signé le 1er mars 1895 entre le Guatemala et le Honduras aux fins d'un éventuel règlement juridictionnel des conflits de limites territoriales entre les deux Etats, in LA FONTAINE, H. *Pasicrisie internationale.Histoire des arbitrages internationaux (1793-1900)*, Bern, 1902, p.506; la dépêche diplomatique (3 juillet 1871) de l'Amambassadeur portugais, M.Marquez d'Avila, à son ministre des Affaires étrangères, M.Dorias, dressant une liste des titres-preuve sur lesquels se fonderait les titres-source portugais relativement au littoral sud-occidental africain, citée in *Fontes Iuris Gentium (Bruns)*, Vol.1.2, §594.

<sup>152</sup> Cf. DISTEFANO, G. *Op.cit.* (1995), pp.359-360 ; *Op.cit.* (1999), Ch.3.1.1-2.

<sup>153</sup> Cf. *supra* p.5.

<sup>154</sup> AUSTIN, J. *Op.cit.*, Lecture LV, p.874.

et au sens stricte, on entend:

« A right which is annexed by a law to a mediate or intervening fact, may be said to originate in a title. »<sup>155</sup>

32. La différence réside donc dans l'interposition d'un fait dans le processus de création d'un droit subjectif. Stricto sensu, le concept de titre ne se réfère qu'aux droit subjectifs qui sont créés par le biais d'un fait et non pas directement par la loi, à savoir ipso iure.<sup>156</sup>

« I apply the term title to every fact whatever, through which the law confers or extinguishes a right, or imposes and exonerates from a duty »;<sup>157</sup>

« ...the right arises of necessity through a *title* : through a fact distinguishable from the law conferring the right, and to which the law annexes the right as a consequence or effect ».<sup>158</sup>

33. On doit donc faire recours au concept de titre parce que peu de droits subjectifs sont créés directement par le seul effet de la loi, ou de la règle de droit, c'est-à-dire ipso iure. Il s'ensuit que le concept de titre revêt une fonction capitale car il permet de discerner dans telle ou telle autre situation lequel des faits est apte, de concert avec la règle de droit, à créer un droit subjectif en faveur d'un sujet de droit. Le titre permet donc de sélectionner certains faits, au détriment d'autres, en vue de la création (ou de l'extinction) d'un droit (ou d'une obligation). Il est le prisme à travers lequel le faisceau de droits et d'obligations émanant de la loi (ou de la règle de droit) atteint les divers sujets destinataires de droits et d'obligations<sup>159</sup>.

34. Parfois, la doctrine<sup>160</sup>, la pratique des Etats et des Tribunaux internationaux parlent de 'root of title' (ou, en langue française, de 'modes d'acquisition') pour indiquer les faits susceptibles de créer un titre<sup>161</sup>. Les juristes anglais notamment y font référence pour indiquer précisément tous les faits (lato sensu) qui, à travers le temps, contribuent à la création du droit subjectif. En parcourant cette chaîne<sup>162</sup>, on retrace donc, depuis le début, les événements qui ont été à l'origine du droit subjectif en question.<sup>163</sup>

---

<sup>155</sup> *Op.cit.*, p.875.

<sup>156</sup> Par exemple, les droits souverains dont l'Etat côtier jouit sur 'son' plateau continental existent ope legis, c'est-à-dire par la seule existence d'une règle juridique internationale qui les prévoit. Aucun autre fait n'est requis par le Droit pour que ces droits subjectifs lui soient conférés.

<sup>157</sup> *Op.cit.*, p.880.

<sup>158</sup> *Op.cit.*, p.879.

<sup>159</sup> Comme il a été justement observé par AUSTIN: « Titles are necessary, because the law, in conferring and imposing rights and duties, and in divesting them, necessarily proceeds on general principles and maxims. It confers and imposes on, or divests from, persons, not as being specifically determined, but as belonging to certain classes. *And the title determines the person to the class.* », *Op.cit.*, p.881 [les italiques sont de nous]. Cf. aussi SALMOND, Sir John, *Jurisprudence*.9th ed., by PARKER, J.L., London, 1937, §120, p.473: « If the law confers a right upon one man which it does not confer upon another, the reason is that certain facts are true of him which are not true of the other, and *these facts are the title of the rights.* » [les italiques sont de nous].

<sup>160</sup> JOHNSON, D.H.N., *Op.cit.*, (1955); JENNINGS, Sir Robert, *Op.cit.* (1963), pp.4,41;

<sup>161</sup> L'amalgame qui en résulte, nonobstant des prises de position faisant autorité est déléterè. Cette habitude est cependant fortement enracinée dans la doctrine: voir p.exemple, MENON, P.K. « Title to territory: Traditional Modes of Acquisition by States », *RDISDP*, Vol.72 (1994), p.37.

<sup>162</sup> Pour la signification de cette expression, voir supra note 25.

<sup>163</sup> Cf. *Black's Law Dictionary...Op.cit.*, p.1486.

35. Une fois que nous avons admis la plausibilité du terme *titre*, on peut conclure que tout droit subjectif<sup>164</sup>, toute obligation doit toujours avoir un *titre*, ou fondement juridique, dont il dépend et auquel il se rattache. Le titre est donc la *justification* du droit subjectif<sup>165</sup> ou de l'obligation. L'appartenance, le ressort (imputation), du droit subjectif au sujet de droit est communément appelée *titularité* (« entitlement »). Cette étroite corrélation entre le(s) fait(s), le titre et le droit subjectif qui en jaillit est élégamment mise en relief par SALMOND: « ...every right involves a title or a source from which it is derived. The title is the *de facto* antecedent, of which the right is *de iure* consequent. ».<sup>166</sup>
36. Le droit (objectif) attribue à certains faits<sup>167</sup>, à travers ce prisme qu'est le titre, certains effets juridiques qui peuvent être soit des droits (subjectifs)<sup>168</sup> soit des obligations<sup>169</sup>. Inversement, de tels droits ou obligations peuvent être par ce même biais éteintes ou encore modifiées dans leur qualité<sup>170</sup>: on parlera alors, selon les cas, du droit de souveraineté territoriale ou encore de certains droits territoriaux mineurs<sup>171</sup>.
37. Il importe donc de bien distinguer le titre du droit subjectif auquel il sert de fondement<sup>172</sup>, sous peine sinon de confondre la cause et l'effet<sup>173</sup>. On ne l'aura jamais assez répété, au vu d'une doctrine<sup>174</sup> et d'un langage jurisprudentiel<sup>175</sup> très peu attentifs à cet égard. En

<sup>164</sup> Dans notre cas, par l'expression de droit de souveraineté territoriale on fait allusion à un faisceau de compétences, droits, facultés, pouvoirs et obligations qu'on a accoutumés de subsumer sous ce libellé.

<sup>165</sup> Pour les évidents enchevêtrements du titre et du phénomène coutumier, cf. HAGGENMACHER, P. « Coutume », *Archives de philosophie du droit*, Vol.35 (1990): « On l'[la coutume] invoque de façon typique surtout dans trois contextes, d'ailleurs voisins': elle est appelée à *justifier tantôt des droits subjectifs* de toute sorte, et surtout les obligations correspondantes;... », p.34 [les italiques sont de nous].

<sup>166</sup> SALMOND, Sir John, *Op.cit.*, §120, p.473.

<sup>167</sup> « ...[U]n titolo, l'affermazione di un diritto, conferito allo Stato...dal diritto internazionale... », CAVAGLIERI, A. « Trapassi di territorio senza trattato », *RDI*, Vol.24 (1927-5), p.320; RUDDEN, B. « The Terminology of Title », *Law Quarterly Review*, Vol.80 (1964), p.68.

<sup>168</sup> « A *title*: that is to say, certain facts or events by reason of which the right has become vested on its owner. », SALMOND, Sir John, *Op.cit.*, § 73, p.293.

<sup>169</sup> Cf. PATON, G.W., *A Text-Book of Jurisprudence*, Oxford, 1946, p.231, § 60.

<sup>170</sup> On parle alors justement de 'gradation' du titre juridique ; voir l'Auteur, *Op.cit.* (1995), pp.340ss.

<sup>171</sup> « [U]n titre territorial auquel le droit confère une valeur juridique intrinsèque aux fins de l'établissement des droits territoriaux. », affaire du Différend frontalier...*Op.cit.*, §54; « [L]e titre au sens de source de leurs droits [territoriaux] sur le plan international [est] celui de la succession des deux Etats à la Couronne espagnole... », affaire du Différend frontalier terrestre...*Op.cit.*, §45. Voir aussi: United States v. Wilmot (United States Court of Military Appeals), award delivered the 29 august 1960, *ILR*, Vol.31, p.125.

<sup>172</sup> « The concept of title involves in essence a description of those legal and factual elements which by virtue of the norms of international law must be present before territorial sovereignty may be validly acquired or maintained. », SHAW, M.N., "Territory in International Law», *NYIL*, Vol.13 (1982), p.79; Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du conseil de sécurité, avis consultatif du 21 juin 1971: *C.I.J. Recueil* 1971, §118; Dubai-Sharjah Border Arbitration, Court of Arbitration (President: Ph.Cahier), award delivered the 19th October 1981, *ILR*, Vol.91, §74,110; United States v. Moreno...*Op.cit.*, p.190.

<sup>173</sup> « Though employed in various ways, it [the title] is generally used to describe the *manner* in which a right of real property is acquired, or the real *right itself*. In the first sense, it refers to the conditions necessary to acquire a valid claim to land; in the second it refers to the legal consequences of such conditions. These two senses are not only interrelated but inseparable: given the requisite conditions, the legal consequences or rights follow as of course; given the rights, conditions necessary for the creation of those rights must have been satisfied. Thus, when the word 'title' is used in one sense, the other sense is necessarily implied..When necessary to distinguish between these two aspects of title, the former will be referred to as 'entitling conditions' and the latter simply as 'rights'. », McNEIL, K. *Common Law Aboriginal Title*, Oxford, 1989, p.10 [les italiques sont de nous]; AUSTIN, J. *Op.cit.*, p.977; BROWNIE, I. *Op.cit.*, p.123.

<sup>174</sup> Cf. GIOIA, A. *Titoli storici e linee di base del mare territoriale*, Padova, 1990, pp.19,95,147.

conséquence, lors des controverses territoriales le titre (par sa présence, absence et 'poids') acquiert une importance fondamentale. Le bien-fondé d'une revendication d'un droit territorial dépend bien évidemment de la qualité du titre:<sup>176</sup> « [P]réserver un titre à l'appui de ses revendications... ».<sup>177</sup>

38. Mais, la réflexion sur les apports de cette sentence au droit du contentieux territorial serait mutilée si l'on ne mentionnait pas l'article 16 du Traité de Lausanne qui constitue dans cette affaire le terminus a quo dans l'établissement des titres territoriaux des Parties. Car, et ni l'Erythrée ni le Yémen le contestent, avant l'année 1923 l'Empire ottoman occupait en tant que souverain lesdites îles. C'est donc par cette disposition que la situation juridique est figée pendant au moins un bon demi-siècle.. Cet article gèle ainsi le statut juridique des îles suite à la renonciation turque. En effet, s'il est vrai que la Sublime Porte ne jouit plus de titre sur les îles contestées, il n'en est pas moins vrai que ces dernières ne pouvaient faire l'objet d'une acquisition par les « modes » classiques prévus par le droit international général. Car, l'article 16 ôte en effet toute conséquence juridique à une quelconque modification unilatérale de la situation des îles telle que fixée par le Traité (multilatéral) de Lausanne. Comme il a été affirmé à bon escient au regard de l'île de Camaran :

« ...le Traité de Lausanne a voulu empêcher que des Puissances européennes occupent des territoires de l'Arabie »<sup>178</sup>

39. Le caractère non – déterminé de la souveraineté territoriale, garanti par les stipulations multilatérales du Traité de Lausanne, ne fut guère contredit par les autres actes juridiques conventionnels allégués par les Parties. Voire même, ces derniers corroborent la situation juridique qui fut établie par le Traité de Lausanne.

40. Dans ce même ordre d'idées, le Tribunal eut aussi à affronter la question relative à la signification de la formule contenue dans l'article 16 se référant aux Etats

---

<sup>175</sup> La pratique diplomatique engendre volontiers cette confusion; p.ex.: le Protocole signé à Washington le 12 août 1898 entre l'Espagne et les Etats-Unis d'Amérique, par lequel la première renonce « à ses droits de souveraineté ou à ses titres » sur les îles de Cuba et de Portorico, cité in *Moore*, p.285; voir aussi la dépêche du ministre des Affaires étrangères français, M.Drouyn de Lhuys, à l'ambassadeur français à Londres, le Prince de la Tour d'Auvergne, du 29 mars 1864 au sujet des « titres réguliers qui constituaient au point de vue du droit public la souveraineté légale dans ce pays », dans la controverse relative au duchés de Schleswig et Holstein, cité in *Bruns*, B.1.1 (1856-1871), §1057. **Contra:** Dans l'affaire de l'île d'Aves...*Op.cit.*, (p.414), on fait nettement la différence mettant ainsi en relief l'entrelacement entre titre et droit: « Considérant qu'à son tour le Vénézuéla fonde principalement son droit [de souveraineté territoriale] sur celui qu'avait l'Espagne... » [les italiques sont de nous].

<sup>176</sup> « The claimant...tries to prove that a right of possession is and has been with him. He uses the rule of international law, together with a factual evidence, in support of his case. », HILL, N. *Claims to Territory in International Law and Relations*, London, 1945, p.26; VATTEL, E.De, *Op.cit.*, §283; Sir Humphrey WALDOCK's Third Report on the Law of Treaties, *YILC*, Vol.II, p.32; GOWLLAND-DEBBAS, V. « Collective Responses to the Unilateral Declarations of Independence of Southern Rhodesia and Palestine: An Application of the Legitimizing Function of the United Nations. », *BYIL*, Vol.67 (1990), p.152; HONORE, A.M., "Ownership», in *Oxford Essays in Jurisprudence*. (ed. by A.G. Guest), Oxford, 1961, p.134 : « a title to a thing is a claim [stricto sensu] »; BALLADORE PALLIERI, G. *Diritto internazionale pubblico*. 8ème éd., Milano, 1962, p.455; VERZIL, J.H.W. *International Law in Historical Perspective*. Vol.III, Leyden, 1970, p.297.

<sup>177</sup> Affaire du Différend frontalier terrestre...*Op.cit.*, §198.

<sup>178</sup> QUADRI, R. « L'île de Camaran », *Revue égyptienne de droit international*, 1957 [réimprimé in *Scritti giuridici*, Vol.1, Milan, 1988, p.516].

« intéressés »<sup>179</sup>. Comme il a été justement affirmé, par cette expression on ne vise pas que les Etats parties au Traité de Lausanne, mais :

« tout Etat qui, au moment de déterminer le sort définitif du territoire, peut faire valoir des prétentions sur telle base ou telle autre »<sup>180</sup>.

C'est dans ces termes que le Tribunal<sup>181</sup> parle d'Etats intéressés lorsqu'il fait la différence entre le Yémen et l'Angleterre au moment de la relève dans la gestion des phares après la Conférence de Londres de 1989.

41. Parmi les autres instruments internationaux évoqués par les Parties devant le Tribunal, il convient de mentionner quoique brièvement le soi-disant « Pourparlers de Rome » de 1927. Cet « accord » a été qualifié de « non-formal Treaty » dans la sentence, comme n'étant pas un « accord inter-étatique »<sup>182</sup>, n'ayant pas d'ailleurs été enregistré auprès du Secrétariat du Conseil de la Société des Nations.<sup>183</sup> Le Tribunal s'en est servi comme preuve diplomatique de ce que pensaient l'Angleterre et l'Italie à l'époque. Serait-ce une entente ? Est-ce que ces « pourparlers » avalisaient un modus vivendi ? Or, le Tribunal ne nous donne pas davantage de renseignements sur l'incidence effective de cet instrument infra-(ou para- ?) normatif sur la détermination du titre territorial. Il est certain cependant que de tels « modi vivendi » ont souvent été au centre des différends territoriaux. Nous aimerions alors consacrer quelques paragraphes à cette notion si floue et à son maniement lors des conflits territoriaux portés devant des organes juridictionnels.

42. On a souvent rapproché la notion de modus vivendi de celle, à bien des égards voisine, de « pratique subséquente ». Elle fut évoquée par le juge Read dans l'affaire des Pêcheries de 1951 et elle fut ainsi définie:

« By its very nature, a modus vivendi implies the *reservation and preservation of the legal positions of both Parties* to the controversy. If nothing had been said, it would have been necessary to imply an intention of both Parties to admit nothing and *to maintain their legal positions intact* ».<sup>184</sup>

43. C'est justement par le fait qu'il permet de sauvegarder, de préserver et de laisser en suspens les positions juridiques des Parties, que le modus vivendi a souvent été employé pour régler *provisoirement* des différends, notamment de nature territorial<sup>185</sup> ou

---

<sup>179</sup> Voir *supra* p.8.

<sup>180</sup> QUADRI, R., *Op.cit.*, p.516.

<sup>181</sup> Cf. § 237ss de la Sentence.

<sup>182</sup> Cf. § 172 de la Sentence.

<sup>183</sup> Aux termes de l'art.18 du Pacte de la Société des Nations aucun accord international conclu entre Etats membres n'était juridiquement contraignant avant d'avoir été enregistré auprès du Secrétariat du Conseil de la S.d.N.

<sup>184</sup> *Op.cit.*, p.203 [Op. dissidente du juge Read; les italiques sont de nous].

<sup>185</sup> Dans la longue controverse qui vit s'opposer l'Italie, d'une part, et l'Angleterre et, par la suite, l'Egypte d'autre part, relativement à la souveraineté sur l'oasis de Jaghoub, le Gouvernement égyptien mit parfaitement en exergue les caractères saillants de la figure juridique du modus vivendi : « Le Gouvernement égyptien a donné les preuves de son très grand désir d'adhérer dans la plus grande mesure possible au point de vue du Gouvernement italien en formulant des propositions de *modus vivendi*. *Ces propositions, en effet, laissent intacts les droits des deux pays, qui seront déterminés lors des négociations définitives et donnent toute satisfaction aux demandes du Gouvernement italien en ce qui concerne un règlement provisoire* » (Note verbale consignée à M. Ziver Ahmed Pachà, Ministre égyptien des Affaires étrangères, par M. Caccia Dominioni, Ambassadeur du Royaume d'Italie au Caire, le 19 février 1925, in *Prassi italiana di diritto internazionale*. 3<sup>ème</sup> série, Vol.1, § 131,

économique. On y a fait notamment recours afin de régir des rapports juridiques en attendant qu'une situation controversée soit éclaircie<sup>186</sup>. Ou bien, cette figure a été utilisée pendant les négociations diplomatiques visant à la conclusion d'un accord en bonne et due forme permettant de régler la controverse. En cela il diffère notablement du concept de « pratique subséquente ». C'est lorsque, justement, on n'a pas pu « prouver » une pratique commune qu'on se replie sur le modus vivendi. En effet, la portée juridique des deux notions est bien différente, ainsi que conséquemment le niveau probatoire qui les distingue. Il est en effet plus facile de prouver devant un Tribunal l'existence d'un modus vivendi<sup>187</sup> qu'une pratique commune. C'est ce qui est arrivé dans l'affaire du Plateau continental entre la Libye et la Tunisie<sup>188</sup>, où la Cour, ayant constaté que les Parties avaient spontanément adopté une certaine limite, introduisit un argument d'ordre historico-juridique dont les éléments constitutifs reposaient : « uniquement sur le silence ou l'absence de protestation des autorités françaises responsables des relations extérieures de la Tunisie... ».<sup>189</sup>

44. Toutefois, et la Cour tient à le souligner, ces éléments ne permettaient point de conclure qu'il y avait eu un accord tacite ou encore un estoppel.<sup>190</sup> Le juge AGO dans son opinion individuelle jointe à cette affaire affirma que tous les éléments pour que l'on pût parler d'acquiescement étaient réunis, faisant par là la distinction avec le modus vivendi<sup>191</sup>. Le juge De ARECHAGA aussi exprima la conviction que: « un compromis de facto ou une solution transitoire avaient été trouvés grâce à la zone tampon. »<sup>192</sup>. Le modus vivendi ne peut donc pas être assimilé, quant aux effets juridiques telles que l'acquiescement, l'estoppel, la « pratique subséquente », l'animus derelinquendi. A ces « faits », le droit international reconnaît la capacité de créer des titres territoriaux, alors que le modus vivendi ne possède pas cette virtualité. Le modus vivendi ne constitue donc pas, à lui seul, un fait juridique idoine à engendrer un titre juridique. Il peut constituer, à la rigueur, la preuve qu'une pratique subséquente, a, elle, débouché dans un accord juridiquement contraignant entre Etats. C'est là toute la différence, comme nous l'avons observé naguère, entre titre-source et titre-preuve. Le modus vivendi ne pourrait se hisser qu'au niveau de titre-preuve, mais ne saurait guère constituer un titre-source, c'est-à-dire pouvant être le fondement juridique de droits subjectifs (à savoir, dans l'espèce, de titres territoriaux).

45. Avant de terminer avec l'analyse de cette sentence, nous aimerions consacrer encore quelques mots à l'allégation yéménite fondée sur l'exercice de la fonction judiciaire par un « juge itinérant » comme manifestation de sa Puissance publique. Le Tribunal ne

---

p.270 ; les italiques sont de nous). Dans les négociations bilatérales qui s'ensuivirent, l'oasis susmentionnée fut reconnue sous souveraineté italienne (accord du 6 décembre 1925).

<sup>186</sup> Dans le différend qui vit s'opposer l'Angleterre et l'Espagne au sujet de l'effectivité de la domination de celle-ci sur l'Archipel de Sulu, un modus vivendi entre les deux Puissances put s'établir, mais, comme il a été pertinemment relevé: « This agreement was no more than a modus vivendi which left open the question of sovereignty, and the imperfect control of the Spanish government over its colonial officers led to numerous incidents giving rise to further friction. », SMITH, H.A. *Op.cit.*, p.43 [les italiques sont de nous]. Voir aussi la sentence du Tribunal d'arbitrage constitué en vertu du traité conclu à Washington le 29 février 1892, entre les Etats-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne, prononcée le 15 août 1893, in *Pasicrisie*, p.431.

<sup>187</sup> Ainsi fut appelé par le juge AGO dans son op. individuelle, *Op.cit.*, p.95.

<sup>188</sup> Affaire du Plateau continental (Tunisie c. Libye), arrêt du 24 février 1982: *C.I.J. Recueil* 1982, §93 (« modus vivendi tacite). On s'interroge toutefois sur l'utilité de l'adjectif « tacite ».

<sup>189</sup> *Op.cit.*, §95.

<sup>190</sup> *Ibid.*, §118.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p.96.

<sup>192</sup> *Ibid.*, §95.

contesta ni l'existence d'un tel système juridictionnel ni le fait que le aq'il appliquait un corps de règles coutumières c'est-à-dire le 'orf'<sup>193</sup>. Toutefois, il ne put pas partager la conclusion yéménite suivant laquelle cela signifiait l'exercice d'une fonction étatique. En revanche, cette revendication et la position adoptée par le Tribunal permettent de confirmer l'existence dans cette région d'un ordre juridique qui ne serait ni national ni international, mais plutôt transnational ou en tous cas transfrontalier. Un ordre juridique comme institution au sens de Santi ROMANO, c'est-à-dire un :

« être ou [un] corps social [...] L'institution est une entité close, pouvant être considérée en soi et pour soi par cela même qu'elle a une individualité propre [...] L'on voit...fréquemment, à côté d'institutions simples, des institutions qu'on peut appeler complexes: des institutions d'institutions. Par exemple, l'Etat qui est en lui-même une institution, est inclus dans *cette institution plus vaste qu'est la communauté internationale* tandis qu'il comprend à son tour d'autres institutions.<sup>194</sup>[...L']institution, dans le sens que nous avons décrit, est la manifestation première, originaire et essentielle du droit. Celui-ci ne peut se révéler qu'en une institution, et l'institution existe comme telle en tant que le droit la crée et la maintient en vie. »<sup>195</sup>

46. En l'espèce, donc, un corps social qui se situerait certes en-dessous de l'ordre juridique international, mais en-dessus des ordres juridiques étatiques. On parle donc de pluralité d'ordres juridiques caractérisés par des rapports de subordination, de coordination ou encore d'indifférence entre eux.<sup>196</sup>

47. Il serait indépendant (ou plutôt « indifférent ») dans la mesure où le caractère obligatoire des règles en vertu desquelles le aq'il<sup>197</sup> administrerait la justice ne pouvait point être recherché dans l'ordre juridique yéménite ni, encore moins, dans celui érythréen. Le Yémen avait d'ailleurs évoqué la correspondance, quant au contenu, entre ces règles et celles de son propre ordre juridique. Or, l'éventuelle identité substantielle entre propositions normatives ne signifie pas automatiquement identité institutionnelle. En d'autres termes, le fait que le aq'il appliquait peut-être des règles juridiques au contenu identique à celui des règles yéménites (ou plus généralement musulmanes), ne signifie pas qu'il exerçait la fonction judiciaire pour le compte ou en tant qu'organe du Yémen. Ainsi, l'on doit soigneusement distinguer l'aspect purement normatif de l'ordre juridique (i.e. le contenu des règles et le fondement de leur caractère obligatoire) de celui institutionnel. La fonction juridictionnelle relève plus précisément de ce dernier aspect. L'on ne saurait

---

<sup>193</sup> Le 'orf ou 'urf ', à savoir la coutume, représente, avec la jurisprudence ('amal) l'une des deux sources spontanées du droit islamique et « a joué un rôle ... dans l'élaboration des normes juridiques de la Sharia. La Sunna est, pour une grande part, une rédaction de l' 'orf en vigueur à l'époque du Prophète [...] En tant que source autonome, sa régularité est justifiée par le hadith [tradition transmise]: 'Ce que les croyants ont considéré comme beau est beau devant Allah' et par l'exemple des fondateurs y puisèrent largement. Mais ce principe de validité une fois admis, le rôle et l'importance de la coutume sont l'objet d'une grande discussion », MILLIOT, L., BLANC, F.-P. *Introduction à l'étude du droit musulman*. 2<sup>ème</sup> éd., Paris, 1987, § 171.

<sup>194</sup> *Op.cit.*, § 12, pp.25,27 [les italiques sont de nous].

<sup>195</sup> *Op.cit.*, §13, p.31.

<sup>196</sup> Il existe d'ailleurs un lien assez étroit entre la pluralité des ordres juridiques et l'organisation sociale en tant que fondement de l'ordre juridique. Cf. aussi MONACO, R. *Manuale di diritto internazionale pubblico*. 2<sup>ème</sup> éd., Torino, 1971 (1980), p.10; et les brillantes réflexions de CAMMARATA, G. *Il concetto di diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, Catania, 1926. « [L'ordinamento] è sempre contraddistinto e caratterizzato dalla base sociale e reale su cui sorge, e la cui identità è parimenti assicurata dalla permanenza di tale base [...] l'ordinamento giuridico segue e si adegua, come una *sovrastuttura*, ai mutamenti strutturali ed ai nuovi equilibri di forze che si verificano nella società. », GIULIANO, M. « Considerazioni sulla costruzione dell'ordinamento internazionale », *Comunicazioni e Studi*, Vol.2 (1946), pp.186, 220 [les italiques sont de nous].

<sup>197</sup> Selon la doctrine la plus autorisée, âqu'il signifierait : « sain d'esprit, raisonnable, sensé » (glossaire en annexe à : SHÂFI Î, *La Risâla*. trad. de l'arabe (1245), Paris, 1997, p.482).

partant admettre que le fait d'appliquer des règles ayant un contenu éventuellement identique à celui des règles d'un autre ordre juridique (étatique) comporte automatiquement l'exercice de la fonction juridictionnelle pour le compte de ce dernier. De fait, l'application de ces règles (volet normatif) ne signifie identité d'ordres juridiques (volet institutionnel) et donc l'exercice de la Puissance publique yéménite par aq'il interposé. Le Yémen n'a donc pas réussi à établir le *lien organique* entre le aq'il et les autorités yéménites lorsque celui-là s'affairait à administrer la justice dans les îles.

48. La réponse qui est donnée par le Tribunal nous semble donc tout à fait correcte. Le Yémen ne pouvait pas légitimement s'attendre à ce que sa thèse pût être admise<sup>198</sup>. En effet, l'application de règles de droit apparemment analogues à celles yéménites-musulmanes ne démontrait pas, et de loin pas, le caractère public de l'activité de l'aq'il en tant que régulateur des litiges entre pêcheurs ou au sujet de la pêche dans les eaux environnantes aux îles contestées. En d'autres mots, le aq'il n'administrerait pas la justice en tant qu'organe yéménite, mais répondait plutôt à un besoin social, c'est-à-dire à une exigence qui émanait de la base sociale et qu'un autre Pouvoir ne réussissait pas à satisfaire. Les décisions de ce « juge itinérant » s'imposaient, pour ainsi dire, imperio rationis, leur exécution et la sanction des transgresseurs étant laissées à la communauté des pêcheurs. N'empêche, il s'agissait d'un véritable ordre juridique qui fonctionna pendant des siècles et qui trouva sa raison d'être dans les interstices entre les différents ordres juridiques étatiques et l'ordre juridique international.

49. Comme tout ordre juridique complet, il visait la réglementation et l'organisation d'un groupement humain, d'une entité sociale. La sphère territoriale d'application des règles et de l'exercice de la fonction juridictionnelle étant représentée par une partie des îles contestées, alors que, ratione personae, l'activité de l'aq'il s'étendait à tout individu-pêcheur s'y trouvant, quelque fût son lien d'allégeance. D'ailleurs, le caractère obligatoires des règles appliquées par le aq'il résidait dans le consensus (« al-ijmâ »)<sup>199</sup> des sujets de ce même ordre juridique. Dès lors, il représentait un organe de cette organisation sociale chargé de la fonction essentielle de tout ordre juridique qu'est le règlement des conflits entre les sujets. Peut-on dès lors établir un parallélisme, mutatis mutandis, avec les comportements des tribus nomades et leur réglementation sociale dans le Sahara occidental. A cet égard il y a lieu de rappeler que, comme l'a dit la Cour dans son avis consultatif :

« ... les tribus jouissaient en commun du droit de pâture, toutefois, certains terrains qui se prêtaient à la culture étaient l'objet de droits privatifs plus accentués. Les points d'eau permanents étaient en principe considérés comme la propriété des tribus qui les avaient aménagés, mais leur utilisation à tous sous réserve de certains usages coutumiers quant aux priorités et aux quantités puisées »<sup>200</sup>

---

<sup>198</sup> Le Yémen a en effet failli de démontrer que les « habitants du territoire étaient animés par la conviction que les désirs [des imams yéménites] ne devaient pas seulement être accomplis pour des considérations d'obédience religieuse ou de courtoisie mais qu'il fallait qu'ils le soient dans un esprit d'*obligation* déférente. Ce *sentiment d'obligation* n'a pas à être inspiré par la crainte de sanctions, mais il doit pénétrer tout le mode de vie de la population » (Affaire du Sahara occidental, avis consultatif du 16 octobre 1975 : *C.I.J. Recueil* 1975, p.125 (op.individuelle du juge Dillard). Or, dans le cas d'espèce, le Yémen entendait prouver l'existence de ce lien d'allégeance du motif de l'administration de la justice par le « juge itinérant ».

<sup>199</sup> Troisième source du droit musulman, voir : 'ABD AL-WAHHÂB KHALLÂF, *Les fondements du droit musulman*.trad. de l'arabe (1956), Paris, 1997, pp.67ss.).

<sup>200</sup> *Op.cit.*, § 87.

50. Or, en dépit des spécificités propres à chacune de ces affaires, il convient de mettre en exergue le fait que dans les deux cas d'espèce un ordre juridique autonome s'est installé en dehors (à côté ?) des ordres juridiques étatiques aux fins de donner une réponse satisfaisante à certaines exigences sociales. Ces dernières n'étaient en fait pas prises en compte ou n'étant pas réglementées par les entités étatiques existantes à l'époque. Dans le Sahara occidental c'était la réglementation des puits d'eau, ô combien importants dans les espaces désertiques, cependant que dans les îles contestées de la Mer Rouge, c'était le besoin de réglementer la pêche et les autres activités connexes. Là aussi, des phénomènes sociaux à haut degré de conflictualité, dont dépendait en effet la survie et la subsistance matérielles des populations riveraines. Or, une fois, ces questions réglées par les nouveaux Etats (notamment le Yémen, comme il appert de la sentence), cet ordre juridique se voyait saper sa raison d'être. De celui-ci ne subsista donc que l'aspect normatif (les règles et autres usages coutumiers), le volet institutionnel ayant été absorbé par la structure étatique yéménite.
51. En effet, les observations du Tribunal au regard de cet ordre juridique insulaire transnational ne sont pas restées sans répercussions. Le régime juridique de la pêche constaté et avalisé par le Tribunal<sup>201</sup> est la conséquence directe de l'existence de cet ordre juridique tiers à travers les siècles. Celui-ci est finalement implosé et a été absorbé par les deux ordres juridiques étatiques (du Yémen et de l'Erythrée) mais il a laissé un héritage normatif (alors qu'il a perdu son autonomie institutionnelle), à savoir le régime juridique de la pêche.

---

<sup>201</sup> Voir supra p.12