



Article
scientifique

Commentaire

2001

Published
version

Open
Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Note commentée : l'affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (fond), arrêt de la Cour internationale de justice du 16 mars 2001

Kolb, Robert

How to cite

KOLB, Robert. Note commentée : l'affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (fond), arrêt de la Cour internationale de justice du 16 mars 2001. In: African yearbook of international law, 2001, vol. 9, p. 301–363.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44842>

NOTE COMMENTÉE : L'AFFAIRE DE LA DÉLIMITATION MARITIME ET DES QUESTIONS TERRITORIALES ENTRE QATAR ET BAHREÏN (FOND), ARRÊT DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE DU 16 MARS 2001

Robert Kolb*

I. INTRODUCTION

1. Avec son arrêt sur le fond rendu le 16 mars 2001 dans l'affaire *Qatar c. Bahreïn*, la CIJ ajoute un précédent de plus à cette chaîne jurisprudentielle toujours plus dense relative aux différends territoriaux et maritimes. Les différends territoriaux l'ont occupée dès l'époque de la Cour permanente : il faut mentionner l'affaire du *Statut juridique du Groenland oriental* (*Danemark c. Norvège*) (1933).¹ Puis, devant la Cour actuelle, il y a les affaires des *Minquiers et Ecréhous* (*France c. Royaume-Uni*) (1953),² de la *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières* (*Belgique c. Pays-Bas*) (1959),³ du *Temple de Préah Vihéar* (*Cambodge c. Thaïlande*) (1962),⁴ du *Sahara occidental* (avis consultatif) (1975),⁵ du *Différend frontalier* (*Burkina Faso c. Mali*) (1986),⁶ du *Différend frontalier terrestre, insulaire et*

* Robert KOLB, Chargé d'enseignement à l'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales (Genève) et *Privatdozent* à l'Université de Berne.

¹ CPJI, *ser. A/B*, no. 53.

² C.I.J., *Recueil* 1953, pp. 47ss.

³ C.I.J., *Recueil* 1959, pp. 209ss.

⁴ C.I.J., *Recueil* 1962, pp. 6ss.

⁵ C.I.J., *Recueil* 1975, pp. 12ss.

⁶ C.I.J., *Recueil* 1986, pp. 554ss.

maritime (El Salvador c. Honduras) (1992),⁷ du *Différend territorial (Libye c. Tchad)* (1994)⁸ et de l'*Ile de Kasikili / Sedudu (Botswana c. Namibie)* (1999).⁹ Les différends de délimitation maritime ont retenu son attention à partir d'une date plus récente. Ils se concentrent sur ces dernières trente années : affaires du *Plateau continental de la mer du Nord (RFA c. Danemark / Pays-Bas)* (1969),¹⁰ du *Plateau continental (Tunisie / Libye)* (1982),¹¹ de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine (Canada / États-Unis d'Amérique)* (1984),¹² du *Plateau continental (Libye / Malte)* (1985),¹³ de la *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)* (1993).¹⁴ Il faut ajouter un différend maritime qui n'avait pas trait à la délimitation, mais aux lignes de base et aux limites vers le large des zones maritimes : l'affaire des *pêcheries norvégiennes (Royaume-Uni c. Norvège)* (1951).¹⁵ La présente affaire a cette particularité qu'il s'agit d'un différend mixte, à la fois territorial et maritime. Le différend territorial est à son tour caractérisé par le fait que la Cour ne doit pas déterminer la ligne de délimitation entre deux États. Elle doit surtout trancher l'appartenance d'une série d'îles.¹⁶ L'affaire *Qatar c. Bahreïn* est donc avant tout un différend insulaire et de délimitation maritime. C'est une relative nouveauté pour la Cour. Le seul précédent est celui du *différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (1992),¹⁷ où la mixité était triple : (1) délimitation de la frontière terrestre ; (2) établissement du titre de souveraineté sur certaines îles ; (3) délimitation des eaux d'un Golfe et des espaces maritimes en dehors du Golfe. Un autre différend mixte est pendant devant la Cour : l'affaire de la *frontière terrestre et*

⁷ C.I.J., *Recueil* 1992, pp. 351ss.

⁸ C.I.J., *Recueil* 1994, pp. 6ss.

⁹ Arrêt du 25 mars 1999.

¹⁰ C.I.J., *Recueil* 1969, pp. 3ss.

¹¹ C.I.J., *Recueil* 1982, pp. 18ss.

¹² C.I.J., *Recueil* 1984, pp. 246ss.

¹³ C.I.J., *Recueil* 1985, pp. 13ss.

¹⁴ C.I.J., *Recueil* 1993, pp. 38ss.

¹⁵ C.I.J., *Recueil* 1951, pp. 116ss.

¹⁶ Mis à part le différend sur le territoire de Zubarah, *infra*, II. A.

¹⁷ *Supra*, note 7.

maritime entre le Cameroun et le Nigeria.¹⁸ Il s'agit ici d'un différend de délimitation double, terrestre et maritime. C'est dans la pratique arbitrale que l'on peut trouver le précédent le plus direct de la présente affaire. Dans le *différend Érythrée / Yémen* (1998/9), tranché par un tribunal arbitral constitué sous les auspices de la Cour permanente d'arbitrage, la dispute portait sur la souveraineté sur des îles situées vers le centre de la mer Rouge et sur la délimitation maritime à opérer, compte tenu de l'appartenance des îles. Ce différend a été résolu par deux arrêts, l'un consacré à l'aspect insulaire (1998),¹⁹ l'autre à la délimitation maritime (1999).²⁰

Les classifications dont il a été question ne sont pas que des jeux scolastiques. Elles ont leurs incidences conceptuelles et pratiques. Trois aspects peuvent être soulignés à cet égard. En premier lieu, la mixité du différend tend à rendre mutuellement dépendantes des questions autrement indépendantes. Le droit appliqué en subit lui-même une altération. Ainsi, les juges ou arbitres, qu'ils le disent explicitement ou non, auront à l'esprit la délimitation maritime et ses exigences quand ils fixeront le point d'arrivée de la frontière terrestre (pour autant du moins que les titres leur laissent un certain choix). En effet, la bonne application d'une méthode géométrique comme l'équidistance peut être

¹⁸ Pour les exceptions préliminaires, C.I.J., *Recueil* 1998, pp. 275ss. Pour la demande en interprétation de cet arrêt, voir le nouvel arrêt de la Cour du 25 mars 1999. Certains arrêts ne portèrent que sur un différend insulaire : *Minquiers et Ecréhos* (*supra*, note 2) et *île Kasikili / Sedudu* (*supra*, note 9).

¹⁹ Cf. *ILR* 114, pp. 2ss. Sur cette affaire, G. DISTEFANO, "La sentence arbitrale du 9 octobre 1998 dans l'affaire du différend insulaire entre le Yémen et l'Érythrée", *RGDIP* 103 (1999), pp. 851ss. J. F. DOBELLE / J. M. FAVRE, "Le différend entre l'Érythrée et le Yémen : la sentence arbitrale du 9 octobre 1998 sur le champ du différend et la souveraineté territoriale", *AFDI* 44 (1998), pp. 337ss.

²⁰ Texte sur le site Internet de la Cour permanente d'arbitrage, <<http://www.pca-cpa.org/>> (et à l'avenir dans *ILR*). Sur cette affaire, cf. J. F. DOBELLE, "Le différend entre l'Érythrée et le Yémen : la sentence arbitrale du 17 décembre 1999 sur la délimitation des frontières maritimes", *AFDI* 45 (1999), pp. 554ss. N. S. MARQUES ANTUNES, "The 1999 Eritrea-Yemen Maritime Delimitation Award and the Development of International Law", *ICLQ* 50 (2001), pp. 299ss. M. W. REISMAN, "Eritrea-Yemen Arbitration (Award, Phase II: Maritime Delimitation)", *AJIL* 94 (2000), pp. 721ss.

facilité ou compliquée selon la configuration côtière autour du point d'intersection terre / mer. Des principes juridiques ou équitables divers peuvent être mis en jeu. Si par exemple ce point se situe sur un secteur concave ou convexe, géographiquement simple ou tourmenté, le droit de la délimitation maritime en subira l'effet. D'où l'anticipation de l'opérateur, pour ne pas compliquer inutilement sa tâche postérieure. Il en va de même quand il s'agit d'îles à attribuer. La compatibilité d'une attribution avec une ligne de délimitation maritime anticipée – par exemple une ligne d'équidistance – sera un élément dont l'opérateur tiendra compte, du moins pour tous les cas où le titre n'est pas certain (ce qui est fréquent).

En second lieu, les règles applicables aux volets territoriaux et maritimes sont différentes. Certaines règles communes peuvent cependant exister. C'est sans doute le cas pour des titres conventionnels. Il n'est pas non plus exclu que l'*uti possidetis* puisse s'appliquer en mer.²¹ Mais le cadre constitutionnel et donc le spectre des règles de détail diffère grandement : titres historiques et effectivités d'un côté, équité et géométrie de l'autre. C'est que sur terre prévalent le plus souvent des faits d'histoire et d'activité humaine, tandis que sur mer la délimitation porte sur des espaces largement vierges et recherche des méthodes fondées sur la géométrie à partir de configurations côtières.²²

²¹ Pour l'application à des îles, cf. le *différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, C.I.J., *Recueil* 1992, p. 566, § 347. Pour l'application à des espaces maritimes, cf. *Guinée-Bissau c. Sénégal* (1989), arbitrage, *RSA*, vol. XX, p. 144, § 63.

²² Ce n'est pas dire que des titres historiques issus d'activités humaines ne jouent aucun rôle en mer. Ils y sont simplement plus rares et diminuent à mesure que l'on va vers le large, avec des espaces à 200 milles marins. Pour des titres historiques en mer, cf. par exemple l'affaire *Grisbadarna* (1909), *RSA*, vol. XI, pp. 147ss, pp. 161-162 ; l'affaire des *pêcheries norvégiennes* (1951), C.I.J., *Recueil* 1951, p. 142 ; l'affaire *US. c. Alaska* (Cour suprême des États-Unis d'Amérique) (1975), *ILM* 14 (1975), p. 1017 ; l'affaire du *plateau continental (Tunisie / Libye)*, C.I.J., *Recueil* 1982, pp. 71ss. Sur les baies historiques, cf. L. J. BOUCHEZ, *The Regime of Bays in International Law*, Leyden, 1963, pp. 199ss et L. OPPENHEIM, *International Law*, 9^{ème} éd., Londres, 1992, p. 630-631, avec des renvois.

En troisième lieu, il faut souligner que des différends sur des zones où l'État jouit de souveraineté ou de droits souverains sont toujours soit des différends territoriaux, soit des différends insulaires, soit des différends maritimes. Dans les premiers, la distinction entre différends d'attribution et de délimitation est relative,²³ car toute délimitation implique une attribution de territoires de part et d'autre de la frontière. Mais il peut y avoir une différence d'accent, notamment si la tâche de la Cour est d'attribuer en bloc un ensemble territorial ou si elle doit déterminer le tracé d'une frontière.²⁴ Les différends insulaires sont quant à eux toujours des différends d'attribution (à moins que ce soit une frontière traversant l'île qui est en jeu). Les différends maritimes sont très généralement²⁵ de purs différends de délimitation. Selon la Cour, il s'agit de diviser les chevauchements des projections côtières selon des critères géométriques ;²⁶ cette division se fait par le tracé d'une ligne frontière. Même s'il convient de ne pas s'exagérer les différences entre ces types de différends, le déplacement des accents en allant de la terre vers la mer rejoint ce qui a déjà été dit sur la différence entre le droit applicable, titres juridiques d'un côté, finalité

²³ Sur ces deux types de différends, cf. L. I. SANCHEZ RODRIGUEZ, "L'*uti possidetis* et les effectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers", *RCADI* 263 (1997), pp. 163ss. En sens favorable à la distinction, cf. D. BARDONNET, "Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé", *RCADI* 153 (1976) V, pp. 49ss. En sens défavorable, cf. M. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris, 1997, pp. 119ss.

²⁴ C'est donc au regard de la tâche de la Cour telle que déterminée par les parties que la différence entre ces types de différends peut ressortir avec force.

²⁵ Il peut y avoir un différend d'attribution en mer dans la mesure où des titres historiques avec une assise spatiale claire sont en jeu.

²⁶ La conception déclarative et non constitutive du rôle de la Cour remonte au rejet de l'argument de la 'part juste et équitable' dans les affaires de la *mer du Nord* (1969), C.I.J., *Recueil* 1969, p. 22. La construction du prolongement naturel et du partage des chevauchements est basée sur l'idée que tout différend sur des zones maritimes est nécessairement un différend de délimitation où il ne s'agit que de départager des chevauchements marginaux afin de tirer au clair la frontière qui les sépare. En aucun cas, la Cour n'a-t-elle à attribuer *de novo* des espaces entiers en fonction de critères extrinsèques, par exemple économiques. Sur cette conception de la Cour, voir les réflexions critiques de P. WEIL, *Perspectives du droit de la délimitation maritime*, Paris, 1988, pp. 25ss.

équitable de l'autre. L'arrêt *Qatar c. Bahreïn* est donc une décision qui joue sur le double registre attribution et délimitation, apportant une pierre à l'édifice de l'un et de l'autre.

Il faut enfin remarquer que les différends territoriaux et maritimes sont l'un des rares domaines, sauf celui du droit procédural, où la Cour nous livre une vraie jurisprudence, à la fois dense et continue dans le temps. C'est une caractéristique du droit judiciaire international qu'à cause de l'irrégularité du recours au règlement juridictionnel, des années, voire des décennies s'écoulent avant qu'une même question ne revienne devant le juge. Tant le droit dans son édifice positif que l'environnement social auront changé. Entre les précédents épars et clairsemés que le temps sépare, décidés souvent sur la base d'une tâche particulière impartie à la juridiction, il est difficile d'établir des liens solides capables de souder ces expressions ponctuelles en une chaîne méritant la désignation de jurisprudence. La société internationale diffère à cet égard grandement de celle interne où la typicité plus marquée des situations juridiques²⁷ et le recours obligatoire au juge lui fournissent la possibilité de s'exprimer continuellement sur un point juridique et de revoir régulièrement sa position en l'adaptant progressivement et sans heurts à l'évolution sociale. Ce n'est donc pas sans intérêt de relever qu'en matière de différends territoriaux et maritimes, une véritable jurisprudence internationale s'est consolidée, se prêtant à l'analyse scientifique,²⁸ et apte, par ses multiples nuances, à remplir d'un corps suffisamment dense la carte du droit en cette matière. De ce pont de vue, malgré l'ampleur toute différente des différends territoriaux internationaux, la jurisprudence internationale travaille davantage selon le modèle du droit interne qu'ailleurs. Et

²⁷ Cf. Ch. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 4^{ème} éd., Paris, 1970, pp. 165-166, 421-422. F. BERBER, *Lehrbuch des Völkerrechts*, 2^{ème} éd., vol. I, Munich, 1974, pp. 22s. R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Paris, 2000, pp. 169-171. Parmi les contributions plus anciennes, cf. A. VERDROSS, "Abstrakte und konkrete Regelungen im Völkerrecht", *Völkerrecht und Völkerbund*, vol. 4, 1937/8, pp. 212ss. A. HOLD-FERNECK, *Lehrbuch des Völkerrechts*, t. I, Vienne, 1930, pp. 82ss.

²⁸ Cf. l'étude serrée de SANCHEZ RODRIGUEZ (*supra*, note 23), pp. 149ss.

la présente affaire vient ajouter encore un maillon à ce corps jurisprudentiel déjà bien fourni.²⁹

2. La saisine de la Cour en l'affaire *Qatar c. Bahreïn* repose sur une trame assez rocambolesque qu'il n'est pas le lieu d'analyser ici en détail.³⁰ Dans le cadre d'une médiation prolongée du Roi d'Arabie Saoudite, celui-ci formula certaines propositions, dont celle de soumettre à la Cour pour règlement définitif le litige dans le cas où il resterait irrésolu dans les contacts directs entre les parties. C'est notamment par la signature en 1990 d'un procès-verbal de séance que les parties se commirent au texte d'une proposition bahreïnite.³¹ Le procès-verbal prévoyait qu'à l'expiration d'un délai réservé aux bons offices, "les parties pourront soumettre la question à la Cour internationale de Justice conformément à la formule bahreïnite..."³² Par la suite, Qatar contesta que le procès-verbal constituât un accord juridique contraignant, susceptible de fonder la compétence de la Cour. Cette dernière trancha ce point par un arrêt du 1er juillet 1994 dans lequel elle dit que ce procès-verbal

²⁹ Il est des matières du droit international sur lesquelles la Cour n'a jamais eu l'occasion de se prononcer : par exemple le droit de l'espace extra-atmosphérique. Il est d'autres matières, parmi les plus essentielles, pour lesquelles il n'y a guère qu'un précédent au contentieux : notamment le non-recours à la force (affaire des *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, 1986) ; actuellement d'autres affaires sont pendantes qui touchent ce point (par exemple *Cameroun c. Nigeria* ; *Yougoslavie c. États de l'OTAN*). En matière de protection diplomatique d'un individu (non d'une société commerciale), le dernier précédent est celui de *Nottebohm* (1955). La question du passage inoffensif dans la mer territoriale n'a pas été traitée entre 1949 (*Détroit de Corfou*) et la présente affaire en 2001. Aucun arrêt de fond ne prend position, dans les années 1990, sur une matière aussi importante que la responsabilité internationale, si l'on excepte quelques aspects incidents, notamment dans *Gabcíkovo Nagymaros* (1997). Etc.

³⁰ Cf. les arrêts de la Cour sur la Compétence et la recevabilité, C.I.J., *Recueil* 1994, pp. 112ss. et C.I.J., *Recueil* 1995, pp. 6ss. Dans l'arrêt de 2001, cf. §§ 1ss.

³¹ C.I.J., *Recueil* 1994, pp. 117-118. La formule bahreïnite se lit comme suit : "Les parties prient la Cour de trancher toute question relative à un droit territorial ou à tout autre titre ou intérêt qui peut faire l'objet d'un différend entre elles ; et de tracer une limite maritime unique entre leurs zones maritimes respectives, comprenant les fonds marins, le sous-sol et les eaux surjacentes".

³² C.I.J., *Recueil* 1994, p. 119.

constitue un accord international en bonne et due forme, contraignant pour les parties.³³ Dans une seconde phase, ce fut Bahreïn qui soutint que le procès-verbal n'était qu'un *pactum de contrahendo* qui n'ouvrait pas la voie à une saisine unilatérale de la Cour, mais seulement à une saisine conjointe. Par un arrêt du 15 février 1995, la Cour rejeta ces allégations et dit que chaque État peut séparément la saisir sur la base du procès-verbal.³⁴ Des problèmes liés à l'ampleur exacte du litige soumis à la Cour compliquèrent cette phase préliminaire, qui comme peu d'autres dans l'histoire de la Haute Juridiction regorge d'ornières procédurales.³⁵ Il suffira à cette place de noter que formellement la Cour a été saisie sur la base d'un compromis. Mais ce compromis était *minus quam perfectum*. Il était contesté quant à sa valeur juridique et quant à son contenu. C'est la Cour, par des arrêts de procédure, qui a dû en déterminer la valeur et le contenu, car la volonté des parties était incertaine. Dès lors, cette phase préliminaire se révèle être d'un caractère quelque peu amphibie, oscillant entre une saisine par accord (compromis) et une saisine par requête unilatérale (clause compromissoire, clause facultative).

³³ *Ibid.*, pp. 120ss., p. 121, § 25.

³⁴ C.I.J., *Recueil* 1995, pp. 15ss.

³⁵ Cf. C.I.J., *Recueil* 1994, pp. 123-125 et Opinion dissidente de ODA, *ibid.*, pp. 134ss. Voir par exemple M. COSNARD, "L'affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Compétence et recevabilité)", *AFDI* 41 (1995), pp. 311ss, 321ss.

II. LE DIFFEREND TERRITORIAL³⁶

1. La question de la souveraineté sur Zubarah³⁷

A. Zubarah est un territoire, apparemment nettement déterminé,³⁸ situé dans le nord-est de la péninsule de Qatar. Il fait face aux îles

³⁶ Nous renonçons à donner ici un aperçu historique du différend. Il peut être consulté en détail aux paragraphes 36 et suivants de l'arrêt. Le cadre général est fourni par la politique de protection du Royaume-Uni dans la zone. Cette protection avait pour but de protéger la route de navigation vers les Indes de la piraterie :

“Entre 1797 et 1819, la Grande-Bretagne lança de nombreuses expéditions punitives pour riposter aux actes de pillage et de piraterie perpétrés par des tribus arabes dirigées par les Qawasim contre des navires britanniques et locaux. En 1819, elle prit le contrôle de Ras al-Khaimah, quartier général des Qawasim, et conclut des accords séparés avec les différents cheikhs de la région. Ces cheikhs s'engagèrent à conclure un traité général de paix. Un tel traité fut effectivement signé en janvier 1820 par le Gouvernement britannique, les cheikhs de Ras al-Khaimah, de Jorat al Kamra, d'Abou Dhabi et de Zyah; dans les semaines qui suivirent, il fut également signé par le cheikh de Doubaï, le chef de Chardjah, les cheikhs de Bahreïn, le chef de Ajman et le chef de Umm al-Qaïwain. Par ce traité, ces cheikhs et chefs s'engageaient notamment tant en leur nom propre qu'en celui de leurs sujets à s'abstenir à l'avenir de tout acte de pillage ou de piraterie. La piraterie n'en persista pas moins et une trêve maritime fut conclue en 1835, à l'initiative des Britanniques, par les chefs des entités qui devinrent alors connues sous le nom de “principautés de la Trêve”.

Cette trêve fut reconduite d'année en année jusqu'à la signature le 24 août 1853 d'un traité de paix maritime perpétuelle dont le respect était assuré par la Grande-Bretagne au besoin par la force. Les nécessités de la paix maritime et de la protection de ses intérêts amenèrent celle-ci à intervenir dans les conflits entre tribus, mais cette intervention n'instaurait aucune souveraineté ou suzeraineté britannique sur les différentes principautés ou territoires de la région. Ce n'est que vers la fin du XIX^e siècle que la Grande-Bretagne adoptera une politique générale de protection dans le Golfe en concluant des “accords exclusifs” avec la plupart des principautés dont celles de Bahreïn, d'Abou Dhabi, de Chardjah et de Doubaï. La représentation des intérêts de la Grande-Bretagne dans la région fut confiée à un résident politique britannique dans le Golfe, installé à Bushire (Perse), auquel furent par la suite subordonnés des agents politiques dans différentes principautés avec lesquelles la Grande-Bretagne avait conclu des accords” (§ 38). Les autres éléments historiques seront expliqués aux places pertinentes quand cela s'avérera nécessaire.

³⁷ Arrêt, §§ 70ss.

bahreïnites. Bahreïn invoque comme titre l'occupation effective qui s'étend de 1783 à 1937 et l'allégeance des habitants du territoire au souverain bahreïnite. L'occupation militaire effectuée par Qatar en 1937 aurait été accomplie par la force et s'analyserait en une agression dont Qatar ne pourrait dériver des droits. Pour Qatar, au contraire, Bahreïn aurait perdu le contrôle sur le territoire entre 1783 et 1878, date à laquelle les cheiks bahreïnites s'en retirèrent en faveur d'une résidence à Bahreïn. De plus, le Royaume-Uni, puissance protectrice des deux États, aurait toujours reconnu la souveraineté qatarie sur Zubarah. En 1937, Qatar mit par la force de l'ordre sur l'un de ses territoires, ce qui constituait une question purement intérieure. En tout cas, aucun acte officiel n'aurait été accompli par Bahreïn à Zubarah depuis 1868.³⁹

B. La Cour décida sur la base d'une série d'arguments concordants, et à l'unanimité, que Qatar a souveraineté sur Zubarah. Le fondement de cette décision réside avant tout dans les titres conventionnels confirmés par la correspondance de la Puissance protectrice. Il y a d'abord l'Accord de 1868 entre Ali bin Khalifah (Bahreïn) et le Royaume-Uni. Par cet Accord, Ali accepte, en réaction à des actes de piraterie de son prédécesseur, d'être définitivement exclu de toute participation aux affaires de Zubarah et de tout droit de prétendre à ce territoire. Cet Accord lie Bahreïn.⁴⁰ Un Accord anglo-ottoman conclu en 1913 reflète cet état des choses. Il porte que la péninsule de Qatar, y compris Zubarah, resteraient sous l'autorité du Cheikh qatari nommé par les ottomans. Cet Accord ne fut pas ratifié. Mais son article 11, qui pose le régime décrit, a été repris par renvoi direct dans l'article 3 du Traité anglo-ottoman de 1914. Ce dernier fut ratifié en bonne et due forme.⁴¹ Enfin, une lettre du 31 mai 1875 et un télégramme du 4 juillet 1937, émanant du Royaume-Uni, confirment l'avis du Gouvernement britannique que Zubarah relève de Qatar.⁴²

³⁸ Dès lors, il s'agit pour la Cour d'un problème d'attribution et non de délimitation.

³⁹ Pour ces arguments des parties, arrêt, §§ 73ss.

⁴⁰ Arrêt, §§ 83-84.

⁴¹ Arrêt, §§ 89-91.

⁴² Arrêt, § 94.

A côté de ce volet consacré aux titres formels, la Cour évoque les effectivités à titre confirmatif.⁴³ D'abord, après l'Accord de 1868, Bahreïn n'a jamais été en mesure d'accomplir des actes d'autorité directs à Zubarah. Il n'y a pas eu non plus un exercice indirect d'autorité à travers la confédération tribale des Naim. Cette tribu avait des liens d'allégeance personnelle multiples, tant vers l'une que vers l'autre des parties. Il n'est en tout cas pas prouvé qu'il y ait eu un exercice d'autorité souveraine au nom du cheikh de Bahreïn.⁴⁴ De l'autre côté, l'autorité de Qatar sur Zubarah a été constamment consolidée dans la période qui suit l'année 1868. A ce titre, l'utilisation de la force en 1937 relève d'un exercice d'autorité sur un territoire propre et ne saurait être considérée comme une agression ou même un acte internationalement illicite.⁴⁵

C. Il a déjà été dit que la décision sur ce point a été adoptée à l'unanimité. La relative liquidité de la situation explique que la souveraineté sur Zubarah n'a pas suscité beaucoup de commentaires dans les opinions individuelles des juges. Seuls les juges *ad hoc* lui consacrent des passages dignes de mention. Dans l'Opinion

⁴³ Sur le rôle que peuvent jouer des effectivités face au titre formel, cf. les explications dans l'affaire du *différend frontalier (Burkina Faso c. Mali)*, C.I.J., *Recueil* 1986, p. 554. Voir aussi la systématisation dans l'Opinion dissidente commune de Bedjaoui / Ranjeva / Koroma, *Qatar / Bahreïn*, § 99. Les "effectivités" sont prises ici au sens de simples faits ; elles ne peuvent alors être que subordonnées au titre qui constitue à la fois un fait juridique et la source d'un droit. Il ne faut pas en conclure que le titre possède le même degré d'immunité envers une série d'autres faits qui sont contemplés par d'autres normes juridiques. Ainsi, un acquiescement par voie de silence (*qui tacet consentire videtur si loqui potuisset ac debuisset*), une renonciation volontaire, ou l'opération d'une prescription acquisitive (fondée elle aussi sur l'absence de protestations de l'État intéressé) déplacent le titre : il y a extinction d'un titre ancien et création d'un titre nouveau. Il ne s'agit pas ici de simples "effectivités", mais de faits insérés dans le creuset d'une qualification juridique particulière. Sur le rôle du silence en cette matière, cf. R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Paris, 2000, pp. 339ss, 399ss, et pour la pratique, R. KOLB, dans : J. P. MÜLLER / L. WILDHABER, *Praxis des Völkerrechts*, Berne, 2001, pp. 321, 323ss. Voir aussi KOHEN (*supra*, note 23), pp. 293ss. S. P. SHARMA, *Territorial Acquisition, Disputes and International Law*, La Haye / Boston / Londres, 1997, pp. 201ss.

⁴⁴ Arrêt, §§ 84-86.

⁴⁵ Arrêt, § 96.

dissidente de Torrez Bernárdez, la consolidation progressive du titre de Qatar est documentée en détail.⁴⁶ Dans l'Opinion individuelle de Fortier, il est dit que Bahreïn maintint son titre après 1868 à travers les liens d'allégeance avec la tribu des Naim. L'illégalité de l'utilisation de la force par Qatar en 1937 ne serait pas évidente au regard du droit alors en vigueur. Quoi qu'il en soit, la nécessaire stabilité des relations juridiques internationales commanderait de ne pas rouvrir cette question plus de soixante ans après.⁴⁷

⁴⁶ Opinion dissidente, §§ 177ss,

§ 214 : "The historical consolidation and general recognition of Qatar's original sovereign title to Zubarah and its area is bound up with: (a) the settlement of the Al-Khalifah on Bahrain Island in 1783; (b) the acknowledgement of Al-Thani authority over Qatar, confirmed by the separate Agreements signed by the British with Bahrain and Qatar in 1868 following the acts of war of 1867; (c) the presence in Qatar of the Ottomans from 1871 to 1915; (d) the fact that Zubarah was part of the Ottoman kaza of Qatar, an administrative unit of the Ottoman Empire; (e) the exercise of authority by the Ottomans and the Al-Thani Chief of Qatar at Zubarah; (f) general conduct of the British with respect to Zubarah during that period and their rejection of Bahrain's claims in 1873 and thereafter; (g) the various admissions by the Al-Khalifah Rulers of Bahrain, at different times, of the non-exercise of effective authority at Zubarah; (h) the Al-Khalifah Rulers' own characterizations at times of their previous ill-defined claims to Zubarah as a matter of 'private or property rights' rather than of 'sovereignty'; and (i) the recognition by Great Britain and the Ottoman Empire in the 1913 Anglo-Ottoman Convention that the 'peninsula of Qatar' will be governed as in the past by the Al-Thani Ruler of Qatar, without any kind of protest or reservation of rights by the Al-Khalifah Rulers of Bahrain".

⁴⁷ Opinion individuelle, §§ 23ss, 37ss. Pour l'argument de la stabilité, le juge Fortier cite l'ouvrage d'Oppenheim (*International Law*, 9^{ème} éd., Londres, 1992, p. 705). Cependant, Oppenheim ne conclut pas aussi généralement à la prééminence de la stabilité. Il ajoute qu'elle ne se justifie qu'au regard d'une acceptation ou d'une consolidation postérieures de la situation :

"In this sort of situation it is important to distinguish between an historic origin and root of title, and the possible later claims to title, title which may flow from recognition, acquiescence, and general historical consolidation, and which may lend legitimacy to a continuous and peaceful display of territorial sovereignty, even if the original claim now appears vitiated in the light of this peremptory norm prohibiting its acquisition [of territory] by force or threat of force".

Il n'est pas suggéré que cette condition ne soit pas remplie en l'espèce.

D. Commentaire

a) Tout différend territorial oscille en permanence entre les deux pôles du droit et du fait qui, dépouillés de tout appareil inutile, ne rentrent nulle part en tension plus directe qu'en cette matière. Le fait est potentiellement porteur de droit parce qu'il réalise un état des choses qui crée des liens, des faits dérivés, des équités, la confiance en une stabilité. Le droit s'ouvre au fait parce qu'il ne peut ignorer cet ordre du réel qui est la substance de sa vie propre. D'un autre côté, un fait peut s'opposer au droit et même à ses prescriptions les plus fondamentales. Si le droit y faisait systématiquement déférence, il cesserait d'exister comme ordre normatif. Enfin, le fait peut confirmer le droit, l'effectivité rejoindre la validité. En matière territoriale, cette polarité générale inscrite au sein de tout phénomène juridique touche à un sommet : elle prend les vêtements du titre qui fait face à l'effectivité. Les rapports multiples et délicats qu'ils entretiennent ont donné lieu à la naissance de tout un corps de règles juridiques "secondaires", de collision, qui constituent le cœur du droit des litiges territoriaux. C'est par des normes juridiques (renforcées parfois d'un effet impératif), telles que l'*uti possidetis* ou la prescription acquisitive au sens large, que l'opérateur juridique approche ces problèmes. Le titre a pour soi la présomption du juriste ; mais dans certains cas, d'autres normes juridiques peuvent exiger sa conversion, sa modification ou son extinction. Ces normes juridiques sont des vecteurs de synthèse ponctuelle entre les deux pôles du titre et du fait. Elles permettent ainsi de donner des solutions à des cas soumis à l'attention de l'opérateur.

Comment la présente affaire se place-t-elle dans ce spectre ? L'affaire *Qatar c. Bahreïn* se caractérise par la mixité de son approche, titre et effectivités. Les dernières servent à chaque fois à consolider la décision basée sur le titre. C'est donc le volet harmoniste qui prévaut, le fait qui confirme le droit. Ce qui frappe est l'insistance avec laquelle la Cour combine à chaque fois les deux aspects. D'où un sentiment d'ubiquité ou d'interpénétration plus marqué que dans les arrêts précédents. Après des arrêts où la tension entre titre et faits prévalait (par exemple dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear*, 1962), où les rapports étaient complexes, allant de

l'opposition à la confirmation (par exemple *différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, 1992), voici une affaire où prévaut une coopération, les deux pôles tirant dans la même direction. Parfois, le titre pouvait sembler plus douteux que les "effectivités" (cf. *infra*, B.). Alors, une série de juges ont préféré aller directement à la consolidation historique des effectivités propres à former un titre prescriptif.⁴⁸

b) On remarquera ensuite que l'idée d'un exercice indirect de souveraineté à travers des tribus locales revient s'imposer à l'attention judiciaire. Comme dans l'affaire du *Sahara occidental* (1975),⁴⁹ la Cour peut se borner à relever le caractère inextricable de ces allégeances qui ne permettent pas d'attribuer un titre de souveraineté exclusif à l'un des deux États. Dès lors, elle n'eut pas à considérer la substance des actes accomplis comme en l'affaire de l'île *Kasikili / Sedudu* (1999).⁵⁰ Dans l'affaire *Kasikili*, la Namibie fonda sa revendication sur une île entre autres sur l'autorité exercée par la tribu des Masubia. Dans cette zone où prévalait l'*indirect rule*, cette tribu aurait exercé une autorité publique dérivée. La Cour écarta ce moyen sur le fond. Elle estima qu'il n'était pas établi que les Masubia occupaient l'île à titre de souverain, c'est-à-dire en y exerçant des prérogatives de puissance publique. Au contraire, les Masubia utilisaient l'île de manière intermittente pour des fins agricoles. L'occupation de Zubarah paraît autrement plus intense, si bien que le précédent de 1999 n'est pas analogue sur ce point. On peut mentionner que la jurisprudence a reconnu la pertinence d'actes d'institutions non-étatiques, comme l'Église,⁵¹ ou des actes privés,

⁴⁸ Le terme "prescription" est ici utilisé au sens large. Voir KOLB (*supra*, note 27), pp. 399ss. Il n'est pas utilisé par les juges.

⁴⁹ C.I.J., *Recueil* 1975, p. 67. De plus, selon la Cour, ces tribus africaines ne formaient pas en elles-mêmes un État, car il n'y avait pas d'institutions ou d'organes, même réduits au minimum, qui leur auraient été communs (*ibid.*, p. 63).

⁵⁰ Arrêt du 13 décembre 1999, §§ 98ss.

⁵¹ Affaire du *différend territorial frontalier, insulaire et maritime*, C.I.J., *Recueil* 1992, pp. 561-562. Il s'agissait de compétences civiles en matière de mariage, de décès, etc.

par exemple la pêche,⁵² comme susceptibles de fonder un titre, du moins quand un État laisse à ces institutions certaines tâches publiques ou semi-publiques, ou quand il contrôle et protège l'activité économique de ses ressortissants parce qu'elle tombe sous le coup de ses intérêts nationaux. On peut rappeler à cet effet aussi les pouvoirs des compagnies de commerce coloniales, dotées de puissance publique.⁵³

c) Un point d'intérêt théorique est enfin la "ratification interposée" de l'article 11 du Traité anglo-ottoman de 1913 par renvoi contenu dans le nouveau Traité de 1914, à son article 3. Même non ratifiée, la Convention de 1913 avait sa valeur probante. Elle se trouve renforcée par cette ratification indirecte. Un traité postérieur peut ainsi rendre parfait un traité antérieur ou certaines de ses dispositions.⁵⁴ C'est l'une des hypothèses dans lesquelles la validité d'une norme conventionnelle dépend d'une conjonction de deux actes conventionnels. Un autre cas, plus problématique, est celui où la même norme se trouve dans deux traités distincts, l'État A étant partie à l'un, l'État B partie à l'autre. Cette norme liera-t-elle alors les États A et B dans leurs rapports mutuels (à supposer évidemment qu'elle n'est pas coutumière) ?⁵⁵ La question soulève d'intéressants problèmes relatifs à la règle *pacta tertiis*, à l'accord collatéral, à l'intention réelle et hypothétique des parties, à la bonne foi, etc. Ce n'est pas le lieu ici de les discuter.

⁵² Affaire *Grisbadarna* (1909), *RSA*, vol. XI, pp. 161-162. Affaire des *pêcheries norvégiennes*, C.I.J., *Recueil* 1951, p. 142. Pour l'exploitation du guano, cf. l'affaire de l'île de *Clipperton* (1931), *RSA*, vol. II, p. 1108 (concession pour l'exploitation du guano).

⁵³ Affaire de l'île de *Palmas* (1928), *RSA*, vol. II, pp. 858-859. Sur ces Compagnies, cf. déjà J. KOHLER, "Handelsverträge der niederländisch-ostindischen Compagnie", *Zeitschrift für Völkerrecht* 4 (1910), pp. 140ss. Plus récemment, cf. C. H. ALEXANDROWICZ, *An Introduction to the History of the Law of Nations in the East Indies*, Oxford, 1967.

⁵⁴ Cela peut avoir de l'intérêt pour des États si le traité postérieur est soumis à une procédure de conclusion simplifiée, alors que le traité antérieur exige une ratification en bonne et due forme. Nous laissons de côté les problèmes de droit interne que cela peut susciter.

⁵⁵ Sur ce problème, cf. dans *RBDI* 12 (1976), pp. 166ss.

2. La question de la souveraineté sur les îles Hawar⁵⁶

A. La dispute sur la souveraineté à propos de ces îles est le véritable *punctum pruriens* de l'affaire. Il s'agit d'une série d'îles situées dans les eaux territoriales⁵⁷ de Qatar, vers le sud-ouest de la péninsule.

a) *Qatar* invoque des titres historiques et le principe de proximité. Comme titre, Qatar avance les Accords de 1868 susmentionnés⁵⁸ et divers documents britanniques⁵⁹ attestant l'appartenance de ces îles à Qatar. Qatar invoque aussi un grand nombre de cartes géographiques, émanant de divers pays, officielles ou non-officielles, et notamment la carte annexée à la Convention anglo-ottomane de 1913 non ratifiée. Pour contrer l'argument adverse fondé sur la décision britannique de 1939 attribuant les îles à Bahreïn, Qatar fait valoir qu'il n'a jamais consenti à cette décision, ni avant qu'elle soit prise, ni après, et qu'il a au contraire toujours protesté. Face à deux autres arguments bahreïnites, la réponse donnée est comme suit. *L'uti possidetis* n'est pas applicable, car les deux États en cause avaient gardé assez de compétences propres – n'étant précisément pas des colonies – pour que leurs frontières

⁵⁶ Arrêt, §§ 98ss.

⁵⁷ Une partie des îles Hawar se situe en deçà de la ligne des 3 milles marins, marquant traditionnellement la fin de la mer territoriale. Toutes les îles se situent en revanche dans les 12 milles marins admis par le droit de la mer moderne comme extension maximale de la mer territoriale: cf. l'article 3 de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer (1982). Sur l'origine de la règle des 3 milles, cf. P. T. FENN, "Origins of the Theory of Territorial Waters", *AJIL* 20 (1926), pp. 465ss. H. S. KENT, "Historical Origins of the Three-Mile Limit", *AJIL* 48 (1954), pp. 537ss. A. RAESTAD, "La portée du canon comme limite de la mer territoriale", *RGDIP* 19 (1912), pp. 598ss. Pour l'évolution jusqu'en 1960, cf. D. BARDONNET, "La largeur de la mer territoriale", *RGDIP* 66 (1962), pp. 34ss. Pour le droit actuel, cf. par exemple L. LUCCHINI/M. VOELCKEL, *Droit de la mer*, vol. I, Paris, 1990, pp. 169ss. Sur la nature juridique de la mer territoriale, voir notamment D. P. O'CONNELL, "The Juridical Nature of the Territorial Sea", *BYIL* 45 (1971), pp. 303ss.

⁵⁸ Voir *supra*, A.1.

⁵⁹ Un Rapport officiel de 1928, ne mentionnant pas Hawar comme dépendance de Bahreïn; un télégramme de 1933, disant que Hawar ne fait pas partie de Bahreïn; etc. Arrêt, §§ 108-109.

restassent internationales et pour qu'aucune décision territoriale par le Royaume-Uni ne les liât sans leur consentement. Enfin, l'effectivité ne peut pas s'imposer contre un titre régulier, sauf acquiescement ou silence. Le contraire équivaldrait à donner libre carrière à l'usurpation. En l'espèce, Qatar a toujours protesté.⁶⁰

b) Bahreïn repousse l'idée de proximité qui ne serait pas un titre reconnu en droit international.⁶¹ Bahreïn a toujours eu la possession des îles et y aurait exercé son autorité de manière continue et ininterrompue au cours de ces derniers deux siècles. Qatar n'a exercé aucune espèce d'autorité concurrente. Bahreïn invoque ensuite la décision britannique de 1939 reconnaissant que les îles lui appartiennent. Cette décision a force obligatoire en tant que décision arbitrale ou en tant que décision politique couverte par le consentement des parties. Alternativement, elle s'impose en tant que legs colonial en vertu du principe de l'*uti possidetis*.⁶²

B. La Cour commence par réduire la foule d'arguments présentés pour sélectionner celui qui lui permettra d'arriver à la solution en réalisant un maximum d'économie procédurale. Souci légitime, notamment d'une Cour surchargée. Les temps où la Cour saisisait l'occasion de développer le droit international à l'occasion d'une affaire en répondant aussi à des arguments surabondants paraissent désormais révolus.⁶³ La Cour avait le choix entre une gamme importante de moyens : (1) le titre originaire ; (2) la décision de 1939 ; (3) les effectivités ; (4) la proximité ; (5) l'*uti possidetis*. Elle ne retiendra que la décision de 1939 comme base suffisante pour conclure. Par cela, elle écarte notamment une prise en compte des titres historiques / effectivités, c'est-à-dire des titres en

⁶⁰ Arrêt, §§ 99, 105ss.

⁶¹ Il invoque à l'appui l'affaire de l'île de Palmas (1928), *RSA*, vol. II, p. 869.

⁶² Arrêt, §§ 100ss.

⁶³ Pour une telle démarche plus ample des juridictions internationales, n'ayant que peu d'occasions de dire le droit avec une certaine fréquence sur un sujet donné, cf. H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, Londres, 1958, pp. 61ss. Défavorable à un tel dépassement de la tâche de dire le droit pour l'espèce, R. JENNINGS, "The Role of the International Court of Justice", *BYIL* 68 (1997), p. 34.

mouvement. Ils auraient été plus délicats à établir et à apprécier qu'une décision formelle, documentée dans un instrument. Cette attitude de réduction n'aurait pas posé de problème si la décision de 1939 n'avait pas été autant contestée. C'est la raison pour laquelle certains juges auraient préféré voir la Cour consolider sa solution au moyen d'autres éléments,⁶⁴ voire directement fonder sa solution sur ces autres éléments tels que les effectivités.⁶⁵

Le raisonnement de la Cour est le suivant. La décision britannique de 1939 n'est pas une sentence arbitrale, car il n'existait aucun accord des parties pour se soumettre à un arbitrage rendu par des arbitres de leur choix selon une procédure déterminée. Les parties étaient seulement convenues que la question serait tranchée par le Gouvernement britannique, laissant à ce dernier le choix des moyens.⁶⁶ Il y a eu consentement des deux Principautés à ce que le Royaume-Uni tranche la question.⁶⁷ Dès lors, la décision doit être

⁶⁴ Cf. par exemple l'Opinion dissidente commune de Bedjaoui / Ranjeva / Koroma, §§ 48ss. Opinion individuelle de Al-Khasawneh, §§ 1ss.

⁶⁵ Cf. l'Opinion individuelle de Kooijmans, §§ 1ss, 54ss. Voir aussi la Déclaration de Mme R. Higgins.

⁶⁶ Arrêt, § 114 : "La Cour observe qu'au cas particulier il n'existait aucun accord entre les parties pour se soumettre à un arbitrage rendu par des juges de leur choix et statuant soit en droit soit *ex æquo et bono*. Les parties étaient seulement convenues que la question serait tranchée par 'le gouvernement de Sa Majesté', mais elles laissaient à l'appréciation de ce dernier le soin de déterminer comment et par lesquels de ses fonctionnaires cette décision serait prise. Dès lors, la décision par laquelle le Gouvernement britannique a estimé en 1939 que les îles Hawar appartenaient à Bahreïn ne constituait pas une sentence arbitrale internationale".

⁶⁷ Arrêt, § 137 : "La Cour relèvera... qu'à la suite de l'échange de lettres des 10 mai et 20 mai 1938 (...), le souverain de Qatar avait accepté le 27 mai 1938 de confier au Gouvernement britannique le soin de décider de la question des îles Hawar (...). Il avait le même jour présenté sa plainte à l'agent politique britannique. Il avait enfin accepté, comme le souverain de Bahreïn, de participer à la procédure qui devait mener à la décision de 1939 (...). La compétence du Gouvernement britannique pour prendre la décision concernant les îles Hawar découlait de ce double consentement; la Cour n'a donc pas à examiner si, en l'absence d'un tel consentement, le Gouvernement britannique aurait eu autorité pour ce faire en vertu des traités faisant de Bahreïn comme de Qatar des États protégés de la Grande-Bretagne, à savoir les traités de 1880 et 1892 avec Bahreïn et le traité de 1916 avec Qatar".
Pour la lettre de Qatar, voir le § 120.

considérée comme étant obligatoire.⁶⁸ En particulier, Qatar a accepté que les effectivités bahreïnes fussent considérées comme présomption en faveur de Bahreïn, ce qui lui laissait le fardeau de la preuve.⁶⁹ De plus, l'absence de motivation n'entache pas la régularité de la décision. Aucun devoir de motiver n'avait été imposé au Royaume-Uni.⁷⁰ Puisque la décision de 1939 est obligatoire et qu'elle attribue les îles Hawar à Bahreïn, celles-ci relèvent de la souveraineté de cet État.⁷¹

C. Ces qualifications ont été contestées avec force par une série de juges dans leurs opinions individuelles ou dissidentes.⁷² D'abord, il n'y a pas eu consentement à une décision obligatoire. La demande d'explications de Qatar ne pouvait pas être interprétée en ce sens.⁷³ De plus, si jamais consentement il y a eu, celui-ci n'a été ni informé ni libre.⁷⁴ Qatar n'avait pas été informé d'une décision provisoire

⁶⁸ Arrêt, § 139.

⁶⁹ Arrêt, §§ 141-142.

⁷⁰ Arrêt, § 143.

⁷¹ Arrêt, §§ 146-147.

⁷² Opinion dissidente commune de Bedjaoui / Ranjeva / Koroma, §§ 20ss. Opinion individuelle de Kooijmans, §§ 1 et suivants. Opinion individuelle de Al-Khasawneh, §§ 5ss. Opinion dissidente de Torres Bernárdez, §§ 305ss. Déclaration de Vereshchetin. Les opinions dissidentes sont évidemment les plus virulentes.

⁷³ Opinion dissidente commune, §§ 35 et 44. Opinion individuelle de Kooijmans, §§ 54ss. Opinion dissidente de Torres Bernárdez, §§ 305ss. Le Gouvernement britannique a lui-même reconnu plus tard, par l'un de ses agents, que la décision avait en fait été imposée. Cf. la prise de position de C. Long du 10 juillet 1964, Opinion dissidente commune, § 26.

⁷⁴ Opinion dissidente commune, §§ 39ss.,

§ 40 : "Que s'est-il exactement passé en effet ? Il faut restituer tout le contexte et non pas se contenter d'un raisonnement abstrait. Par le traité anglo-qatari de 1916, ainsi que par les assurances des années trente, liées à l'octroi de la concession pétrolière consentie par Qatar en 1935, le Gouvernement britannique avait garanti l'intégrité territoriale de Qatar. Il n'en a pas moins pris la décision faussement dénommée 'provisoire' de 1936 par laquelle il a contrevenu à ce respect de l'intégrité territoriale. Et de plus il a veillé à ce que Qatar n'en fût pas informé. Déjà, et par ce seul fait, on peut affirmer que le consentement de Qatar à la procédure ne fut pas un consentement éclairé. La décision britannique de 1936 a non seulement été cachée au souverain de Qatar, mais encore n'est pas restée à l'état de décision 'provisoire' comme on l'avait qualifiée, puisque à partir de 1937 Bahreïn avait commencé à occuper le nord de Jazirat Hawar avec le concours des agents britanniques. Cela rendait

que le Gouvernement britannique avait déjà prise en 1936 d'attribuer ces îles à Bahreïn, eu égard aussi à ses propres intérêts en matière pétrolière. La décision de 1939 était donc déjà prédéterminée, alors que Qatar était délibérément laissé dans l'ignorance. Cette attitude est constitutive de dol. Le consentement aurait donc été nul en droit. De surcroît, les effectivités bahreïnites ne datent que d'après 1936 (avant, elles sont très clairsemées). Se fonder sur ces effectivités pour décider en faveur de Bahreïn, alors qu'elles datent d'après la date critique⁷⁵ et qu'elles étaient encouragées par le Royaume-Uni

irréversible cette décision. Le dol est alors bien caractérisé. Comment le Royaume-Uni pouvait-il dans ces conditions entamer en mai 1938 une procédure par laquelle il faisait comme s'il n'avait jamais pris de décision auparavant ?” ;

§ 41 : “Ce fut une opération à quatre temps : d’abord taire l’existence de la décision de 1936; ensuite laisser accréditer l’idée que l’occupation bahreïnite qui en est réellement résulté est totalement indépendante de cette décision; après quoi saisir toutefois cette occupation comme une bonne occasion d’affirmer qu’elle justifie de penser qu’“à première vue” les Hawar appartiennent à Bahreïn; et enfin se garder de faire interrompre cette occupation sans avoir reçu au préalable l’argumentation contraire de Qatar.” ;

§ 44 : “C’est donc un semblant de ‘consentement’, chargé d’ombres et d’équivoques, que l’arrêt s’essaie à prendre en compte, tant pour la procédure que pour le fond, alors que ce consentement, limité en tout état de cause à la procédure, était vicié par le dol. Ce consentement qui n’était ni explicite, ni parfaitement éclairé, ni totalement libre, a été au surplus dépouillé de tout son contexte qui le viciait, et en particulier de toutes les séquences éclairantes antérieures à l’échange de correspondances de mai 1938.”

Opinion dissidente de Torres Bernárdez, §§ 311ss.,

§ 323 : “There was no informed and free consent by the Ruler of Qatar to the procedure. The procedure was imposed upon him through fraudulent conduct, political and diplomatic pressures by British political agents in the Gulf, and the fact that the British had allowed the clandestine occupation in 1937 of a part of his territory by Bahrain, namely Jazirat Hawar. Bad faith, fraud and coercion were very much present in this sad episode.”

Voir aussi § 324-325,

§ 326 : “If, as endorsed by the Judgment, there was consent, or implied consent, by the Ruler of Qatar, that ‘consent’ would be clearly vitiated consent by any standards of contemporary international law and, consequently, without permanent legally binding effects (see in this respect the Dubai/Sharjah Arbitration). But the Judgment affirms not only the existence of such ‘consent’ but also its legal validity”.

⁷⁵ Sur cette notion, cf. par exemple SANCHEZ RODRIGUEZ (*supra*, note 23), pp. 275ss. M. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris, 1997, pp. 169ss.

lui-même, n'est pas conforme à la bonne foi.⁷⁶ Il faut ajouter à cela que les défauts de procédure très graves et profondément iniques lors de la prise de décision suffisent pour conclure à sa nullité.⁷⁷ Enfin, Qatar a toujours protesté contre la décision de 1939. Il n'y a donc pas eu acquiescement postérieur par inaction.⁷⁸

Voilà la part faite à la décision de 1939. Pour ce qui est de la solution à élaborer à la place de celle de la Cour, les opinions dissidentes se séparent de celles individuelles. Pour les premières, les effectivités de Bahreïn sont faibles et ont toujours été confrontées aux protestations de Qatar. Elles ne peuvent donc valoir titre. En fait, Qatar possède un titre meilleur. Il s'agit d'un titre historique qui

⁷⁶ Opinion dissidente commune, § 41. Opinion dissidente de Torres Bernárdez, § 323, voir *supra*, note 74.

⁷⁷ Opinion dissidente de Torres Bernárdez,

§ 339 : "In the light of the documentary evidence submitted by the Parties relating to the 1938-1939 British procedure as applied, I consider that Qatar has proved the following assertions to my satisfaction: (1) bias on the part of certain British officials involved in the decision-making process; (2) the failure of the British authorities to give full effect to the principle *audi alteram partem* in that process, in particular the fact that the Ruler of Qatar was never shown (i) a copy of the (uninvited) 'preliminary statement' of Bahrain's case submitted by Belgrave on 29 May 1938 (see above), and (ii) other evidence relied upon by Weightman in his final report to Fowle of 22 April 1939; (3) the absence of notification to the Ruler of Qatar of the Bahraini claim of 28 April 1936 and of the British Government's 'preliminary decision' of July 1936 in favour of Bahrain (an instance of pre-judgment); (4) the disparity in the length of time accorded to the two Rulers to prepare their written materials in spite of the protests of the Ruler of Qatar; (5) the fact that none of the 'evidence' tendered by Belgrave to Weightman on behalf of Bahrain was apparently subjected to critical scrutiny (a second instance of pre-judgment). Belgrave himself subsequently rectified some of his initial assertions regarding the so-called effectivités of Bahrain at that time with respect to the Hawar Islands.";

la conclusion est que,

§ 341 : "The 1939 British 'decision' is therefore vitiated by formal invalidity because of the identified defects in the 1938-1939 British procedure as actually conceived and applied. The allocation of the Hawar Islands to Bahrain made by that 'decision' is consequently not opposable in law to Qatar in the present proceedings".

La décision est nulle en droit aussi parce qu'elle est contradictoire et arbitraire, deux motifs d'invalidité d'un acte juridique qu forment un principe général de droit : §§ 342ss (pour le principe général, § 344).

⁷⁸ Opinion dissidente commune, § 69. Opinion individuelle de Kooijmans, § 57. Opinion dissidente de Torres Bernárdez, §§ 321ss.

s'est consolidé progressivement à défaut de protestation de la partie adverse.⁷⁹ De plus, il y a la présomption que des îles situées dans la mer territoriale d'un État lui appartiennent.⁸⁰

Le juge Kooijmans écarte également la décision de 1939. Mais il estime que les îles Hawar relèvent de la souveraineté de Bahreïn sur la base de l'exercice effectif et continu de puissance publique. A cet égard, Bahreïn a un titre relativement meilleur. Il est vrai qu'avant 1936 (date critique), les effectivités invoquées sont éparses et ambiguës. Cependant, un degré d'effectivités très réduit peut suffire si l'État adverse n'a pas produit de meilleur titre, surtout quand il s'agit de zones inhospitalières et peu peuplées. Qatar n'a pu faire valoir aucune effectivité. Dès lors, celles de Bahreïn prévalent.⁸¹

Enfin, les juges Kooijmans et Torres Bernárdez saisissent l'occasion de discuter l'*uti possidetis*⁸² et de dire pourquoi ce principe ne s'applique pas en l'espèce. C'est que les deux États étaient restés indépendants. Leur frontière n'avait jamais été autre chose qu'une frontière internationale. La protection britannique n'avait pas eu pour conséquence de transformer leurs frontières en frontières internes à un ensemble colonial ou fédéral. Dès lors, à

⁷⁹ Opinion dissidente commune, §§ 69ss, 86ss. Opinion dissidente de Torres Bernárdez, §§ 284ss, 354ss.

⁸⁰ Opinion dissidente commune, §§ 60, 137ss,

§ 137: "Il existe pourtant en droit international une forte présomption juridique selon laquelle les îles situées dans les eaux territoriales d'un État appartiennent à cet État. 'There is a strong presumption that islands within twelve-miles coastal belt will belong to the coastal State, unless there is a fully established case of contrary (as for example, in the case of the Channel Islands). But there is no like presumption outside the coastal belt, where the ownership of the islands is plainly at issue.' Ainsi s'est exprimée la sentence du 9 octobre 1998 rendue par le tribunal arbitral dans l'affaire Érythrée / Yémen sous la présidence de sir Robert Jennings (par. 474). Cette sentence a appliqué le principe de droit international selon lequel une île située dans les eaux territoriales d'un État est réputée faire partie du territoire de cet État".

Opinion dissidente de Torres Bernárdez, §§ 240ss.

⁸¹ Opinion individuelle de Kooijmans, §§ 63ss.

⁸² Sur l'*uti possidetis* en droit international, cf. SANCHEZ RODRIGUEZ, (*supra*, note 23), pp. 199ss ; KOHEN (*supra*, note 75), p. 425ss ; SHARMA (*supra*, note 43), pp. 119ss ; G. NESI, *L'uti possidetis nel diritto internazionale*, Padoue, 1996 ; L. OPPENHEIM, *International Law*, 9^{ème} éd., Londres, 1992, pp. 669-670, tous avec de multiples renvois. Voir aussi F. WOOLDRIDGE, "Uti possidetis doctrine", *EPIL* 10 (1987), pp. 519-521.

défaut de succession d'États transformant des frontières internes en frontières internationales, l'*uti possidetis* n'est pas applicable.⁸³

D. Commentaire

La décision de la Cour sur les îles Hawar pose des questions de principe et des questions d'espèce.

⁸³ Opinion individuelle de Kooijmans, §§ 17ss,
 § 23 : "The crucial question in my view is: is there (a) a transfer of sovereignty from one State to another State as a result of which (b) administrative boundaries are invested 'with a significance and a purpose that they were never intended to have'. In the present case neither of these questions can be answered affirmatively";
 § 24: "As already mentioned (para. 16 above), there was no transfer of sovereignty in 1971 by the United Kingdom to either Bahrain or Qatar; these States kept the same identity as they had before relations with the Protecting Power were terminated. It is often said that the *uti possidetis* principle is only applicable when there is a succession of States. Bahrain has contended that this concept must be interpreted also to mean 'replacement of one State by another in the responsibility for the international relations of territory' and that this is what actually occurred in 1971";
 § 26: "Of equal importance is the question whether there was an administrative boundary which was transformed into an international boundary. From the files it is patently clear that the British Government never intended to draw an administrative boundary or to settle a dispute between administrative officials. From the very start it was clear that a decision with regard to the 'ownership' of the Hawar Islands was determinative for the international boundaries between two separate entities under international law";
 Opinion dissidente de Torres Bernárdez, §§ 425ss,
 § 431: "*Uti possidetis juris* as a principle or norm of international law has two aspects in that it concerns the delimitation of boundaries (which is not particularly relevant in the present case) and the question of title to territory. For both aspects, there should exist a situation of succession which in my view (some legal writers think otherwise) should be related to decolonization in general international law. In any case, without an event entailing succession, *uti possidetis juris* is inapplicable as a principle or norm of general international law. Even when *uti possidetis juris* is invoked or applied by virtue of a particular rule (e.g., a binding treaty or agreement, established rules of an international organization, or even domestic constitutional provisions) there must be succession in international law. I do not see any such succession in international law in the present case. Bahrain and Qatar were subjects of international law long before 1971, participating as such in international relations and agreements, as well as making laws of their own, formulating international claims and assuming international obligations".

a) Sur le *plan des principes*, l'arrêt est une contribution à la classification des moyens de solution des différends par intervention d'un tiers investi de pouvoir de rendre une décision contraignante. Un tel règlement peut d'abord intervenir par des moyens juridictionnels (arbitrage / juridiction) ou par des moyens politiques (Organisations internationales, Commissions, Gouvernements tiers).

Quant aux premiers, la Cour a eu l'occasion d'insister sur certaines caractéristiques indispensables à l'arbitrage. Des pouvoirs arbitraux pouvant parfaitement être conférés à un gouvernement étranger,⁸⁴ une distinction ne peut pas être faite *ratione personae*. Elle doit être faite *ratione materiae*. Cela oblige à se pencher sur l'essence propre de l'arbitrage face à des processus de décision politique. Ainsi a-t-on pu relever que l'arbitrage nécessite un accord des parties sur des juges de leur choix statuant en droit ou *ex æquo et bono* selon des règles de procédure (pré)établies. En l'espèce, les parties étaient seulement convenues⁸⁵ de laisser trancher leur litige par le Gouvernement de Sa Majesté. Le soin de choisir les fonctionnaires qui décideraient, le fondement exact de la décision ainsi que la procédure étaient laissées à la discrétion du Gouvernement britannique.⁸⁶ Un tel renvoi de pouvoirs quasiment

⁸⁴ Ainsi, par exemple, la sentence du 24 mars 1922 en l'affaire des *frontières colombo-vénézuéliennes* fut prononcée par le Conseil fédéral suisse (cf. *RSA*, vol. I, pp. 223ss). C'est la Reine-régente Marie-Christine d'Espagne qui prononça la sentence de l'affaire des *frontières entre la Colombie et le Venezuela* (16 mars 1891) (cf. *ibid.*, pp. 292ss). La sentence en l'affaire des *frontières entre la Colombie et le Costa Rica* (11 septembre 1900) fut rendue par le Président de la République française, E. Loubet (cf. *Current Treaty Series* 183, p. 434 ; et 189, pp. 54ss). La sentence dans l'affaire du *différend frontalier entre la Bolivie et le Pérou* (9 juillet 1909) fut rendue par le Président de la République Argentine, J. F. Alcorta (cf. *RSA*, vol. XI, pp. 133ss) ; etc.

⁸⁵ Selon la majorité de la Cour.

⁸⁶ Arrêt, § 114 : "La Cour observe qu'au cas particulier il n'existait aucun accord entre les parties pour se soumettre à un arbitrage rendu par des juges de leur choix et statuant soit en droit soit *ex æquo et bono*. Les parties étaient seulement convenues que la question serait tranchée par 'le gouvernement de Sa Majesté', mais elles laissaient à l'appréciation de ce dernier le soin de déterminer comment et par lesquels de ses fonctionnaires cette décision serait prise. Dès lors, la décision par laquelle le Gouvernement britannique a estimé en 1939 que les îles Hawar appartenaient à Bahreïn ne constituait pas une sentence arbitrale internationale".

par blanc seing est incompatible avec la notion d'arbitrage. Cette dernière, au-delà du point commun d'une acceptation de l'obligatorité de la décision, doit reposer de surcroît sur les trois éléments mentionnés : (1) accord sur les juges ; (2) précision des normes à appliquer (juridiques *stricto sensu* ou équitables) ; (3) déroulement selon une procédure (pré)établie,⁸⁷ égale et contradictoire.⁸⁸

Quant aux décisions issues de procédés politiques, elles sont de trois ordres.

En premier lieu, il peut s'agir de la décision d'un organe institutionnel auquel une charte constitutive confère des pouvoirs propres ou que les parties revêtent de certains pouvoirs par accord.

⁸⁷ Les parties ne doivent pas nécessairement fixer elles-mêmes la procédure. Elles peuvent laisser cette tâche à l'arbitre. Celui-ci devra alors adopter des règles de procédure appropriées préalablement à tout débat sur le différend. A défaut d'accord spécial entre les parties, les arbitres choisissent soit une procédure de droit interne au lieu de l'arbitrage (surtout dans l'arbitrage commercial, par exemple l'affaire *Sapphire International Petroleum Ltd. c. National Iranian Oil Cy.*, 1963, cf. *ASDI* 19 (1962), pp. 273ss) ou alors l'une des sources suivantes : (1) la Convention IV de La Haye (1907) sur le règlement pacifique des différends, Chapitre III, articles 51ss, règles sur la procédure arbitrale ; (2) les Règles sur l'arbitrage proposées par la CDI (cf. *YbILC* 1958-II, pp. 12ss) ; (3) les "Rules on Arbitration" de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (cf. *ILM* 15 (1976), pp. 701ss). Voir aussi, désormais, les "Optional Rules for Arbitrating Disputes Between Two States" du 20 octobre 1992, adoptées par la Cour permanente d'arbitrage (cf. *ILM* 32 (1993), pp. 572ss).

⁸⁸ Voir aussi l'Opinion dissidente de Torres Bernárdez, § 299 : "Both Bahrain and Qatar were States under international law in 1936-1939 and in 1971 (and recognized by Britain as such on both dates). Therefore, Bahrain and Qatar could have been parties in the 1930s to an international arbitration. But, none of them was party to the alleged arbitration because there was no such an arbitration in 1938-1939, the reason being that other essential elements of the definition of 'international arbitration' were not present in the 1939 British 'decision' and related procedure. The missing elements are broadly speaking: (1) the consent of the States parties to the dispute to submit to arbitration; (2) the choice of arbitrator or arbitrators by the States parties; (3) the definition by the States parties of the subject of the arbitration; (4) the application of procedural arbitral rules based upon the principle of equality of arms; and (5) the respect for international law as the basis of the arbitral decision, except to the extent that a non-existent compromis would have provided otherwise. Furthermore, the procedure was concluded without an award (sentence). Thus, neither the opening nor the closing, nor the intervening procedure, was arbitral in character under international law".

C'est ainsi que dans l'affaire de l'interprétation de l'article 3, paragraphe 2, du Traité de Lausanne (1925), appelée aussi affaire de Mossoul, à propos d'un litige sur l'appartenance du vilayet de Mossoul situé près de la frontière entre la Turquie et l'Irak, l'article précité du Traité de paix de Lausanne prévoyait qu'en cas de désaccord entre les parties la question devait être soumise au Conseil de la Société des Nations. Le Conseil pouvait-il trancher ou devait-il se borner à une médiation ? Par une interprétation téléologique, la Cour permanente opta pour la première option. Elle attribuait ainsi à la décision du Conseil un effet contraignant.⁸⁹ De manière similaire, par le Traité de paix conclu le 10 février 1947 entre l'Italie et les Puissances alliées, l'Italie renonçait à toutes ses possessions en Afrique.⁹⁰ Ce même Traité, dans son Annexe XI, prévoit que si les Puissances alliées n'arrivent pas à se mettre d'accord sur le sort d'un de ces territoires, l'Assemblée générale des Nations Unies déciderait avec force obligatoire de sa résolution. C'est de cette manière que l'Assemblée décida le 2 décembre 1950 que le territoire de l'Érythrée serait rattaché à l'Éthiopie.⁹¹

En deuxième lieu, il peut s'agir de la décision d'un organe (inter)étatique, que ce soit un organe collectif comme une Commission de conciliation ou que ce soit un organe individuel comme un médiateur. Cette décision peut avoir force obligatoire soit par un accord de ces parties *ex ante*, soit par une acceptation *ex post*. Un tel accord *ex post* eut lieu dans l'affaire du Canal de Beagle (1977 – 1984) suite à la médiation du Saint-Siège.⁹²

En troisième lieu, la décision peut émaner d'un organe gouvernemental d'un État tiers. Lorsqu'il s'agit d'un État exerçant son autorité dans la région concernée – par exemple en tant qu'État protecteur – le consentement à son activité décisionnelle, qui demeure déterminante, peut poser des problèmes. Un précédent à la présente affaire nous est offert par le *différend de délimitation entre*

⁸⁹ CPJI, sér. B, no. 12, pp. 19-22.

⁹⁰ Article 3 du Traité.

⁹¹ Voir les explications de la Commission arbitrale constituée en 1952 à ce propos : V. COUSSIRAT-COUSTÈRE / P. M. EISEMANN (dir.), *Répertoire de la jurisprudence arbitrale*, Dordrecht / Boston / Londres, 1991, p. 199.

⁹² RSA, vol. XXI, pp. 240ss.

Dubai / Sharjah (1981).⁹³ Entre 1956 et 1957, un fonctionnaire britannique, M. Tripp, avait émis une série de décisions établissant une frontière entre les deux Émirats. Ces décisions étaient couvertes par le consentement préalable des deux États. Il n'empêcha pas Dubai d'en contester la validité après coup. Selon le Tribunal arbitral saisi de l'affaire, le Royaume-Uni avait exercé certaines pressions sur Dubai pour obtenir son consentement. Mais cette influence n'avait pas atteint l'intensité requise par les articles 51 et 52 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) justifiant de le tenir pour juridiquement non avenu. De surcroît, les décisions Tripp ne s'analysent pas comme réelles sentences arbitrales. Aucune procédure "judiciaire" n'avait été fixée et les parties ne purent pas présenter leurs arguments. Les décisions n'étaient pas motivées.⁹⁴ Cela n'empêche pas qu'on puisse voir dans ces décisions des actes administratifs contraignants. Toutefois, lorsqu'ils recouvrèrent leur indépendance complète, les Émirats cessèrent de considérer ces décisions britanniques comme étant contraignantes. Dès lors, elles perdirent leur caractère obligatoire.⁹⁵ L'affaire *Qatar c. Bahreïn* s'enchaîne à cette place en fournissant un précédent supplémentaire pour des décisions contraignantes issues d'un organe gouvernemental. Quant à la question de la validité du consentement, les parallélismes avec *Dubai / Sharjah* sont frappants, même si contrairement à la sentence de 1981 la Cour ne se prononce pas sur ce point.⁹⁶

b) Sur le *plan de l'espèce*, la décision de la Cour ne pose pas tant des problèmes de droit ; elle pose surtout des problèmes de fait.

⁹³ *ILR* 91 (1993), pp. 568ss.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 576-577. Le Tribunal souligne que des décisions arbitrales sans motifs ont été rendues dans le passé, mais que cette absence de motivation ne correspond plus au droit moderne : *ibid.*, p. 577. En fait, c'est les parties qui peuvent par accord renoncer à ce que la sentence soit motivée, car le devoir de motivation ne relève pas du *jus cogens*. En cas d'incertitude sur le statut juridique d'une décision, l'absence de motivation peut être un élément qui milite contre la qualification comme décision arbitrale.

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 579-580. Il n'y eut jamais de *contrarius actus* formel, mais des protestations d'un côté et la non-application des décisions de l'autre. Il s'agit d'une espèce de désuétude par voie d'acquiescement.

⁹⁶ Voir cependant les opinions individuelles et dissidentes, *supra*, 3.

C'est l'interprétation que la Cour donne au donné factuel qui est le point délicat de l'argumentation. La réduction du complexe des faits soumis à son attention à la catégorie juridique cardinale du consentement pouvait prêter à des doutes. Mais même en admettant qu'il y ait eu consentement à la décision de 1939, la Cour évite de rentrer dans le domaine de la validité de ce consentement. Cette distance prise par rapport aux vices du consentement ("consentement libre et informé") étonne eu égard au nombre et au poids des arguments avancés pour montrer les faiblesses de l'"accord" de Qatar. Il semblerait que la Cour aurait dû faire plus pour ne pas laisser planer des doutes aussi sérieux sur un point essentiel de l'arrêt.

D'un autre côté, les conclusions de la Cour nous confortent dans l'opinion que le consentement – sanctifié par la doctrine volontariste trop contente de transformer toute question de droit international en une simple question de fait⁹⁷ en oubliant que le droit est un mécanisme d'ajustement social et non simplement un grand acte juridique, projection plus ou moins illimitée du moi – est une notion tout aussi fluide et incertaine que d'autres préceptes normatifs. Le consensualisme n'assure ni une bonne administration du droit, ni ne garantit la sécurité juridique et la déférence pointilleuse aux désirs des gouvernements. Sous les mains du juge, il devient un précepte juridique, enrichi d'une nébuleuse complexe de consentements implicites, tacites ou présumés. De surcroît, il est reconstruit à partir d'une appréciation de ce que requiert un rapport juridique du double point de vue d'une solution raisonnable des relations entre les parties en cause et de celui des incidences sur l'environnement social. L'équation : c'est volontaire, donc c'est clair, c'est extra-volontaire, donc c'est arbitraire,⁹⁸ n'est qu'une illusion ressortissant à la théorie juridique du XIX^{ème} siècle.⁹⁹

⁹⁷ Y a-t-il ou n'y a-t-il pas eu consentement ?

⁹⁸ Le volontaire étant posé par les États, l'extra-volontaire menant à un gouvernement des juges.

⁹⁹ Cf. W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, vol. 3, Tübingen, 1976. Pour une critique du positivisme légaliste en droit interne, cf. parmi tant d'autres L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padoue, 1981, pp. 25ss, 55ss. J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Francfort-sur-le-Main, 1972.

Parmi toutes les autres questions posées, nous ne ferons ici état que des deux suivantes. En premier lieu, il se posait la question de savoir s'il fallait attribuer les îles Hawar en bloc à l'un des deux États. Rien dans les Accords de 1987 ou du procès-verbal de 1990, ayant permis la saisine de la Cour, n'allait en ce sens. D'autres solutions allant de la co-souveraineté (*condominium*)¹⁰⁰ jusqu'au partage pour souveraineté exclusive restaient ouvertes. En particulier, les effectivités de Bahreïn sur les îles Hawar semblaient porter surtout sur la grande île. C'est pourquoi certains juges estimèrent qu'on aurait pu attribuer cette île principale à Bahreïn, tout en laissant les autres à Qatar.¹⁰¹ La Cour traite les îles comme unité, ce qu'elle pouvait sans doute faire. Mais elle ne motive pas ce choix de manière suffisante.

En second lieu, la remarque que Qatar a toujours protesté contre la présence de Bahreïn aux îles Hawar et contre la décision de 1939¹⁰² a suscité en nous la réflexion présente. Y aurait-il en droit international une catégorie intermédiaire entre des effectivités en usurpation combattues par des protestations et des effectivités couvertes par un acquiescement de la partie adverse (et donc validées)? Pourrait-il y avoir une effectivité objectivement mal fondée en droit, mais entreprise de bonne foi, sur la base d'un titre réputé comme étant bon?¹⁰³ Dans le droit de la responsabilité internationale, des expéditions punitives faites en territoire étranger sous l'effet de l'ignorance d'avoir dépassé la frontière, ont mené à

¹⁰⁰ Il est des différends où les parties excluent dans leur Compromis tout *condominium*. Ce fut le cas, par exemple, dans l'affaire des *Minquiers et Ecréhous* où la Cour interprète l'article 1 du Compromis comme excluant pour les îles en litige tout statut de *res nullius* ou de *condominium*; cf. C.I.J., *Recueil* 1953, pp. 49, 52. Sur le *condominium* en droit international, voir L. OPPENHEIM, *International Law*, 9^{ème} éd., Londres, 1992, pp. 565-566, avec de nombreux renvois, et A. CORET, *Le condominium*, Paris, 1960. Pour le choix du droit applicable devant la Cour et la modification de celui-ci par des accords spéciaux, cf. C. W. JENKS, *The Prospects of International Adjudication*, Londres / New York, 1964, pp. 604ss. R. KOLB, *Théorie du ius cogens international*, Paris, 2001, pp. 276ss.

¹⁰¹ Opinion dissidente commune de Bedjaoui / Ranjeva / Koroma, §§ 58-60.

¹⁰² *Ibid.*, § 69.

¹⁰³ Nous ne nous prononçons pas sur le point de savoir si Bahreïn pouvait faire valoir une telle bonne foi en l'espèce.

une réduction de l'indemnité.¹⁰⁴ Dans le droit des différends territoriaux, le Tribunal en l'affaire de la *frontière entre le Honduras et le Guatemala* (1933), appelé à tenir compte des intérêts et équités que les parties pouvaient avoir acquis en modifiant la ligne résultant de l'*uti possidetis*, décidait de ne tenir compte que des avancées effectuées de bonne foi.¹⁰⁵ Il y a donc une certaine base pour moduler les conséquences juridiques de la possession territoriale selon la bonne ou mauvaise foi de son détenteur.

On relèvera enfin que l'arrêt de la Cour propose sur les îles Hawar aussi une mixité entre le titre et l'effectivité : l'arrêt suit le titre issu de la décision britannique de 1939 ; cette décision se prétend cependant fondée sur les effectivités. Le titre est ici le reflet des effectivités.

3. La question de la souveraineté sur l'île de Janan¹⁰⁶

A. L'île de Janan est une île d'environ 700 mètres de long et 175 mètres de large située à approximativement 3 km au sud de l'île principale de Hawar. Elle est accompagnée d'une étendue de fonds sablonneux appelée "Hadd Janan" qui demeure immergée à marée basse.

Pour *Bahreïn*, la décision britannique de 1939 couvre implicitement aussi l'île de Janan. Pour *Qatar*, l'absence de mention de l'île dans la décision de 1939 montre qu'elle ne rentre pas dans les prévisions de cette décision. Le principe de proximité fonde l'appartenance de ces îles à Qatar.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Affaire *Romano* (1898), RSA, vol. XV, p. 13. La bonne foi subjective des forces armées croyant agir sur leur propre territoire amena l'arbitre à ne pas accorder d'indemnité pour le gain manqué (*lucrum cessans*). Sur la notion de bonne foi subjective et objective, cf. KOLB (*supra*, note 27), pp. 111-114.

¹⁰⁵ RSA, vol. II, p. 1311, 1359. Cf. KOLB (*supra*, note 27), p. 419. KOHEN (*supra*, note 75), p. 385. Voir aussi E. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, Paris, 1977, pp. 99-101 qui a une autre lecture de la sentence.

¹⁰⁶ Arrêt, §§ 149ss.

¹⁰⁷ Arrêt §§ 151ss.

B. Selon la Cour, la décision britannique de 1939 ne mentionne que les îles Hawar sans faire mention de Janan. Cependant, dans une lettre de 1947 visant à partager les fonds marins, l'agent du Gouvernement britannique précisait que Janan n'est pas considérée faire partie du groupe des îles Hawar. Selon cette lettre, Janan relève de Qatar. Le Gouvernement britannique a ainsi fourni une interprétation faisant foi de la décision de 1939. Dès lors, la souveraineté sur Janan appartient à Qatar.¹⁰⁸

C. Quatre juges se sont individuellement dissociés de cette manière de voir. Les juges Oda et Higgins renvoient à cet égard aux explications de leurs collègues, MM. Kooijmans et Fortier. Selon le juge Kooijmans l'histoire des concessions pétrolières des années 30' montre que l'île de Janan avait toujours été considérée comme faisant partie du groupe des Hawar. Dès lors, Bahreïn pouvait légitimement s'attendre à ce que la décision de 1939 lui attribuant la souveraineté sur les Hawar incluât Janan, alors que Qatar ne le pouvait pas. Les raisons de la lettre de 1947 sont d'ordre uniquement politique, cherchant à éviter que Bahreïn puisse bloquer l'accès d'une compagnie pétrolière à Janan, ce qu'il pourrait faire s'il jouissait de la souveraineté sur l'ensemble de ces espaces.¹⁰⁹ Suivant

¹⁰⁸ Arrêt, §§ 157ss,

§ 164 : "La Cour se penchera maintenant sur les lettres adressées le 23 décembre 1947 aux souverains de Qatar et de Bahreïn par l'agent politique britannique à Bahreïn. Par ces lettres, l'agent politique, agissant au nom du Gouvernement britannique, informait les deux États du partage de leurs fonds marins effectué par le Gouvernement britannique. Or, ledit gouvernement, qui avait adopté la décision de 1939 relative aux îles Hawar, a entendu préciser, dans la dernière phrase du paragraphe 4 ii) de ces lettres, que "l'île de Janan n'est pas considérée comme faisant partie du groupe des Hawar" (voir paragraphe 61 ci-dessus). Le Gouvernement britannique, par voie de conséquence, n'a pas "reconnu" au cheikh de Bahreïn "des droits souverains" sur cette île et, pour la détermination des points fixés au paragraphe 5 de ces lettres (voir paragraphe 61 ci-dessus), comme pour l'établissement de la carte jointe auxdites lettres, a regardé Janan comme appartenant à Qatar. La Cour considère qu'en procédant de la sorte, le Gouvernement britannique a fourni une interprétation faisant foi de la décision de 1939 et de la situation en résultant".

¹⁰⁹ Opinion individuelle de Kooijmans, §§ 80ss. Pour les renvois des juges Oda et Higgins, cf. Opinion individuelle de Oda, § 4 ; Déclaration de Higgins, au début.

le juge *ad hoc* Fortier, la lettre de 1947 exprimait une prise de position politique du Gouvernement britannique, suscitée par des négociations avec des compagnies pétrolières. Elle n'avait pas de portée juridique et ne pouvait pas modifier la situation préexistante, fondée sur la conception que les îles Hawar et Janan forment une unité.¹¹⁰

D. Commentaire

a) La Cour fonde sa décision sur une lettre diplomatique de 1947, adressée aux deux États. Elle considère que cette lettre fournit en quelque sorte une interprétation authentique¹¹¹ de la décision britannique de 1939. La lettre de 1947 serait un acte juridico-politique reposant sur le cadre "constitutionnel" de 1939 ; pour le moins, il peut être reconduit à lui. D'où son intégration (indirecte) dans cette décision de 1939. L'acte postérieur jette de la lumière sur l'acte antérieur en confirmant son interprétation dans un sens (exclusion de Janan) plutôt que dans l'autre (inclusion de Janan). L'interprétation "authentique" est donc implicite, non explicite.

Il faut toutefois s'interroger si la lettre de 1947 était un objet propre pour une telle interprétation interposée. Son lien avec la décision de 1939 semble assez ténu. La question qui se pose est celle de savoir si toute prise de position unilatérale britannique, faite selon ses intérêts politiques momentanés, et postérieure à 1939, était susceptible sinon de modifier la décision de 1939, du moins de la compléter ou de l'intégrer. A cet égard, il faut rappeler que le

¹¹⁰ Opinion individuelle de Fortier, §§ 55-56.

¹¹¹ La Cour évite ce terme et utilise celui d'interprétation "faisant foi". On appréciera cette prudence terminologique, indiquée ne fût-ce que par la faiblesse du lien entre la lettre de 1947 et la décision de 1939. En fait, toutefois, il s'agit bien d'une espèce d'interprétation authentique. Sur l'interprétation authentique en droit international, cf. notamment I. VOICU, *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, Paris, 1968 ; OPPENHEIM (*supra*, note 100), pp. 1268-1269 ; et la littérature générale sur l'interprétation, indiquée par exemple dans OPPENHEIM, *ibid.*, pp. 1266-1267 ou dans KOLB (*supra*, note 27), pp. 699-700. Il s'agit ici d'une interprétation authentique *unilatérale*, puisque l'acte initial était un acte unilatéral. Il y a toujours parallélisme des formes : *ejus est interpretari, cujus est condere*.

Gouvernement britannique ne pouvait pas disposer du territoire des parties sans leur consentement. Selon la Cour, ce consentement existait pour la décision de 1939.¹¹² Plus des actes unilatéraux postérieurs sont intégrés à cette décision de 1939 (et donc couverts juridiquement par ce consentement initial), et plus on confère de fait un pouvoir législatif unilatéral à l'État tiers en refoulant l'autonomie des États en litige. Le consentement initial est amplifié et projeté presque indéfiniment dans le temps, ce qui bien entendu pose de graves problèmes juridiques.¹¹³ A ce propos, la lettre de 1947 ne semble pas un point de rattachement suffisamment proche de la décision de 1939. Pour le moins, il n'est pas au-dessus de tout soupçon. La Cour aurait gagné à choisir une motivation plus serrée – pour autant que cela était possible avec un tel point de départ.

Le résultat du raisonnement de la Cour est le suivant. La lettre de 1947 l'emporte sur la présomption d'unité des îles Hawar / Janan nourrie par une éparse pratique antérieure.¹¹⁴ Les effectivités ne jouent aucun rôle direct, car elles n'ont pas pu être établies. La proximité est passée sous silence.

Ce n'est donc pas qu'au regard des effectivités que vaut la règle de la relativité du titre, savoir que les revendications relativement meilleures dans le rapport *inter se* suffisent à décider du sort d'un territoire, même si dans l'absolu la qualité des éléments avancés reste faible.¹¹⁵ C'est un principe qui apparemment vaut pour la comparaison de tout titre, comme le montre très bien l'attribution de Janan à Qatar.

¹¹² Voir *supra*, B.

¹¹³ Il en va de même des autorisations en blanc données par le Conseil de Sécurité à des États membres de prendre les "mesures nécessaires" pour maintenir ou rétablir la paix, autorisations non limitées dans le temps. Le Conseil peut ici virtuellement déléguer ses tâches propres à des États, ce qui franchirait le seuil du juridiquement admissible. Voir à ce propos D. SAROOSHI, *The United Nations and the Development of Collective Security, The Delegation by the UN Security Council of its Chapter VII Powers*, Oxford, 1999.

¹¹⁴ C'est le point de désaccord avec les juges de la minorité, *supra*, 3.

¹¹⁵ C'est une règle constamment rappelée dans la jurisprudence en relation aux effectivités. Voir par exemple l'affaire du *Groënland oriental* (1933), CPJI, *ser. A/B*, no. 53, p. 46 ; l'affaire de l'*île de Palmas* (1928), RSA, vol. II, p. 869-870 ; l'affaire *Clipperton* (1931), RSA, vol. II, p. 1110. Cf. SANCHEZ RODRIGUEZ (*supra*, note 23), pp. 259-261.

Somme toute, l'attribution de Janan s'est donc faite sur une base faible, aucun titre avancé n'étant très solide.¹¹⁶

b) On notera ensuite la place faite à l'argument de *contiguïté* (ou de proximité)¹¹⁷ dans l'argumentation de Qatar. La Cour ne l'a pas relevé, préférant axer son argumentation sur les décisions et autres actes britanniques pertinents. La contiguïté se décompose en une série d'arguments ou de "principes" plus concrets, tels que l'accessorité (*accessorium sequitur principale*, surtout pour des îles), l'unité territoriale (ou géographique, par exemple des archipels), la théorie des secteurs pour les régions polaires,¹¹⁸ la proximité ou la distance comme critère de délimitation maritime,¹¹⁹ etc. Face à la sentence de l'île de Palmas (1928) qui rejette la contiguïté comme titre de souveraineté, du moins pour ce qui est des îles en dehors de la mer territoriale,¹²⁰ une série d'autres sentences admettent la notion, mais de manière toujours très nuancée et contextuelle.¹²¹ La contiguïté est plutôt un aspect topique

¹¹⁶ Sur la proximité, *infra*, b.

¹¹⁷ Sur la contiguïté, cf. KOHEN (*supra*, note 75), pp. 242ss. SHARMA (*supra*, note 43), pp. 51ss, 262ss. D. SCHENK, *Kontiguität als Erwerbstitel im Völkerrecht*, Ebelsbach, 1978. Pour les espaces sous-marins, H. LAUTERPACHT, "Sovereignty over Sub-Marine Areas", *BYIL* 27 (1950), pp. 423ss.

¹¹⁸ Cf. KOHEN (*supra*, note 75), pp. 248ss. OPPENHEIM (*supra*, note 100), p. 693.

¹¹⁹ Après le rejet dans les affaires du plateau continental de la mer du Nord (C.I.J., *Recueil* 1969, pp. 28ss), le critère de la distance / proximité est revenu en force avec l'affaire du plateau continental Libye / Malte (C.I.J., *Recueil* 1985, pp. 30ss) sous l'impulsion de la zone économique exclusive définie à partir d'une distance de la côte. Cf. P. WEIL, *Perspectives du droit de la délimitation maritime*, Paris, 1988, pp. 61-62, 216ss.

¹²⁰ *RSA*, vol. II, pp. 854-855.

¹²¹ Cf. l'affaire de l'île de Bulama (1870), A. DE LA PRADELLE / N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. II, Paris, 1923, p. 613 [île très proche d'une côte continentale]. Affaire de l'île d'Aves (1864), *ibid.*, p. 413 [contiguïté comme *inchoate title*]. Affaire du Canal de Beagle (1977), *RSA*, vol. XII, p. 145, § 108. Affaire du différend territorial frontalier, insulaire et maritime (El Salvador / Honduras), C.I.J., *Recueil* 1992, p. 570, § 356. Affaire du différend territorial (Érythrée / Yémen) (1998), *ILR* 114 (1999), pp. 119-121, §§ 458ss. La contiguïté n'est cependant pas un titre autonome qui pallie l'absence d'une cause de possession en bonne et due forme sur une étendue de territoire : cf. l'affaire du Sahara occidental, C.I.J., *Recueil* 1975, p. 43, § 92.

d'argumentation et de décision en matière de différends territoriaux qu'un principe général ayant une sphère d'application bien déterminée. C'est un principe ayant encore une normativité réduite, fortement lié aux factualités de l'espèce. Cette flexibilité convient au droit des différends territoriaux et/ou maritimes qui sont hautement individualisés. Dans l'ensemble, on notera un retour de la contiguïté dans les arrêts récents, notamment *Érythrée / Yémen* (1998), où le Tribunal l'a retenu, et dans *Qatar c. Bahreïn*, au niveau des pièces écrites et des plaidoiries des parties. Le silence de la Cour à son égard n'enlèvera guère à sa carrière future qu'on peut prédire fournie.

III. LE DIFFÉREND RELATIF A LA DELIMITATION MARITIME¹²²

1. L'aire à délimiter et la tâche de la Cour

A. L'aire à délimiter se situe dans le Golfe persique, entre l'Arabie Saoudite et les Émirats Arabes Unis. Qatar forme une péninsule s'excroissant du continent de l'Arabie. Elle est orientée en direction sud / nord. Bahreïn est formé d'une île principale et d'une pléiade de formations maritimes mineures. Trois secteurs de la zone à délimiter peuvent être distingués.¹²³ Au sud, le rapport entre Qatar et l'île principale de Bahreïn est compliqué par les îles Hawar, attribuées à Bahreïn, très proches des côtes qataries. La distance, aux points les plus rapprochés ne dépasse pas 2 km. Dans le secteur central, les côtes principales se font face à une distance entre 30 et 40 km. Une série d'îlots et de haut-fonds découvrants compliquent la situation. Enfin, dans un secteur nord, les espaces maritimes se prolongent vers le large alors que les territoires des deux États s'arrêtent. Les rapports entre les côtes pertinentes se transforment alors en relation d'adjacence à l'instar de la situation dans l'affaire

¹²² Arrêt, §§ 166ss. On pourra consulter à ce propos aussi mon ouvrage *Répertoire commenté de la jurisprudence sur les délimitations maritimes*, à paraître chez Kluwer en 2002.

¹²³ La Cour se borne à en distinguer deux : Arrêt, §§ 169-170.

de la *délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France* (1977).¹²⁴

Dans la partie méridionale, les côtes pertinentes Hawar / Qatar se font face à moins de 24 milles. Dans ce secteur, la délimitation à opérer touche donc à la mer territoriale.¹²⁵ Une délimitation maritime concernant uniquement la mer territoriale est une nouveauté jurisprudentielle, du moins pour ce qui est du droit moderne.¹²⁶ Dans les secteurs plus au nord, la délimitation concerne la division par ligne unique des plateaux continentaux et des zones économiques exclusives.

B. La tâche de la Cour selon la formule bahreïnite acceptée par les procès-verbaux de 1990 est

“de tracer une limite maritime unique entre leurs zones maritimes respectives, comprenant les fonds marins, le sous-sol et les eaux surjacentes”.¹²⁷

La tâche de la Cour n'est donc pas déclarative, comme dans les affaires du *plateau continental de la mer du Nord* (1969),¹²⁸ où la Cour devait se borner à indiquer les principes et règles du droit international applicables aux fins d'une négociation directe entre les parties. Il ne s'agit pas non plus d'une tâche mixte déclarative / dispositive, comme dans *Tunisie / Libye* (1982)¹²⁹ ou

¹²⁴ RSA, vol. XVIII, pp. 189ss, 232ss.

¹²⁵ Arrêt, § 169. *Contra*, Opinion individuelle de Oda, §§ 15ss.

¹²⁶ Pour la jurisprudence plus ancienne, cf. surtout l'affaire des *Grisbadarna* (1909), RSA, vol. XI, pp. 147ss. Sur cette affaire, voir K. STRUPP, “Der Streitfall zwischen Schweden und Norwegen”, dans : W. SCHÜCKING, *Das Werk vom Haag, Die gerichtlichen Entscheidungen*, IIème série, vol. I, partie 2, Munich / Leipzig, 1917, pp. 47ss. R. WAULTRIN, “Un conflit de limites maritimes entre la Norvège et la Suède : l'affaire des *Grisbadarna*”, *RGDIP* 17 (1910), pp. 177ss. Certes, en cas de limite latérale entre États adjacents, la délimitation passait à travers la mer territoriale avant de se prolonger vers le large : affaire du *plateau continental (Tunisie / Libye)*, C.I.J., *Recueil* 1982, pp. 83ss. Mais il ne s'agit pas alors d'une délimitation relative uniquement aux eaux territoriales.

¹²⁷ Arrêt, § 67.

¹²⁸ C.I.J., *Recueil* 1969, pp. 6ss.

¹²⁹ C.I.J., *Recueil* 1982, pp. 21, 37ss.

dans *Libye / Malte* (1985),¹³⁰ où la Cour devait d'un côté indiquer ces principes, et puis se prononcer sur la manière pratique de les appliquer en l'espèce. *Qatar c. Bahreïn* s'inscrit dans la lignée des arrêts purement dispositifs, où il est demandé à la juridiction saisie d'indiquer le tracé concret de la ligne de délimitation entre les espaces relevant des parties à l'instance. Ainsi, il fait suite aux affaires *Royaume-Uni c. France* (1977),¹³¹ *Dubaï / Sharjah* (1981)¹³² et *Érythrée / Yémen* (1999).¹³³

On remarquera que la Cour est priée de tracer une limite maritime unique pour les diverses zones de compétences maritimes, selon un usage désormais bien établi, inauguré dans l'affaire de la *délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine* (1984).¹³⁴ Dans le secteur sud, la ligne est automatiquement unique, car la délimitation ne concerne que des eaux territoriales ; dans les secteurs plus au nord, la ligne devient unique à cause de l'accord des parties de ne tracer qu'une ligne de séparation entre leurs plateaux continentaux et zones économiques exclusives respectifs.¹³⁵ Il faut ajouter que dans le secteur sud aussi la ligne sera

¹³⁰ C.I.J., *Recueil* 1985, pp. 16, 22-24.

¹³¹ RSA, vol. XVIII, pp. 132ss, 145.

¹³² ILR 91, p. 550.

¹³³ Sentence, "Arbitration Agreement". Cf. (<http://www.pca-cpa.org/>).

¹³⁴ C.I.J., *Recueil* 1984, pp. 246ss, 266-267. Sur la délimitation par ligne unique, cf. par exemple M. D. EVANS, "Delimitation and the Common Maritime Boundary", *BYIL* 64 (1993), pp. 283ss. Certains juges expriment des doutes sur la compatibilité d'une ligne unique avec le droit de la délimitation maritime judiciairement applicable : parfois, ils limitent leur scepticisme aux cas où la ligne unique n'est demandée qu'unilatéralement, par l'une des parties (cf. l'Opinion individuelle de Oda, affaire de la *délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, C.I.J., *Recueil* 1993, pp. 102ss [non-justiciabilité de la délimitation en général quand la Cour n'est pas saisie par Compromis] ; l'Opinion individuelle Shahabuddeen, *ibid.*, pp. 197ss [absence de compétence pour tracer une ligne unique à défaut d'accord]), parfois ils vont plus loin, étendant leur scepticisme même aux cas où il y a accord entre les parties (cf. l'Opinion dissidente de Gros, affaire du *Golfe du Maine*, C.I.J., *Recueil* 1984, pp. 360ss, 367-374).

¹³⁵ Voici la description que la Cour donne de sa tâche : Arrêt, §§ 169-170 : "[169]. Il ne faut pas oublier que le concept de "limite maritime unique" peut revêtir plusieurs fonctions. Dans la présente affaire, la limite maritime unique procédera de la délimitation de diverses juridictions. Dans la partie méridionale de l'aire à délimiter, qui est située là où les côtes des Parties se font face, la distance entre ces côtes n'est nulle part supérieure à 24 milles

multi-fonctionnelle : les eaux territoriales recouvrent en effet le sous-sol, le sol, les eaux et l'espace aérien surjacent. Le droit applicable est le droit international coutumier.¹³⁶

2. Conclusions des parties

Les lignes proposées par les parties reposent sur des constructions compliquées qu'il n'est pas le lieu d'analyser ici en détail.¹³⁷ Il suffira de dire que tant Qatar que Bahreïn se sont commis à l'équidistance, mais qu'ils diffèrent sur les points de base à choisir pour tracer cette ligne. Qatar tente de s'en tenir aux côtes des territoires principaux, Bahreïn avance des revendications à partir d'îles, îlots, rochers ou haut-fonds découvrants plus éloignés des côtes un peu comme pourrait le faire un État archipelagique¹³⁸ (que

marins. La limite que la Cour aura à tracer délimitera donc exclusivement leur mer territoriale et, de ce fait, un espace sur lequel les Parties exercent une souveraineté territoriale.

[170]. Cependant, plus au nord, là où les côtes des deux États ne se font plus face, mais sont plutôt comparables à des côtes adjacentes, la délimitation à opérer sera une délimitation entre le plateau continental et la zone économique exclusive relevant de chacune des Parties, c'est-à-dire entre des espaces dans lesquels ces États exercent seulement des droits souverains et des compétences fonctionnelles. Aussi les deux Parties ont-elles entendu distinguer un secteur sud et un secteur nord”.

¹³⁶ Arrêt, § 167. Bahreïn et Qatar ne sont pas parties aux Conventions de Genève de 1958 sur le droit de la mer. La Convention de Montego Bay de 1982 n'est pas applicable parce que Qatar l'a seulement signée mais ne l'a pas ratifiée. En particulier, Qatar n'a pas accepté de se voir opposer la Convention de 1982 dans l'instance comme l'avait fait l'Érythrée dans *Érythrée / Yémen* (1999) : cf. Sentence de 1999, § 145.

¹³⁷ Arrêt, § 33.

¹³⁸ Convention de Montego Bay sur le droit de la mer (1982), articles 46ss. Sur les archipels en droit de la mer, cf. P. E. ROGERS, *Mid-Ocean Archipelagos and International Law*, New York, 1981. R. LATTION, *L'archipel en droit international*, Lausanne, 1984. H. W. JAYEWARDENE, *The Regime of Islands in International Law*, Dordrecht / Boston / Londres, 1990, pp. 103ss. Voir aussi R. R. CHURCHILL / A. V. LOWE, *The Law of the Sea*, 3^{ème} éd., Manchester, 1999, pp. 118ss. E. D. BROWN, *The International Law of the Sea*, vol. I, Aldershot e.a., 1994, pp. 101ss. L. LUCCHINI / M. VOELCKEL, *Droit de la mer*, vol. I, Paris, 1990, pp. 356ss. D. P. O'CONNELL, *The International Law of the Sea*, vol. I, Oxford, 1982, pp. 236ss. Pour une bibliographie plus complète, cf. le “Bureau des affaires maritimes et du droit de la mer des Nations Unies” avec ses bibliographies annuelles (consolidées

Bahreïn paraît être de fait). De surcroît, des éléments non-géographiques entrent en ligne de compte. Ainsi, Qatar fait valoir une décision des autorités britanniques de 1947 visant au partage des fonds marins. Cette décision, non-opposable aux parties, devrait selon Qatar être retenue comme indiquant une partie de la frontière sur la base de considérations équitables.

3. La délimitation dans le secteur sud : la délimitation des eaux territoriales¹³⁹

A. La règle applicable : équidistance / circonstances spéciales

a) Selon la Cour, le droit coutumier prévoit que la délimitation des eaux territoriales s'effectue selon la règle équidistance / circonstances spéciales. Les articles 12 de la Convention de Genève de 1958 sur la mer territoriale et 15 de la Convention de Montego Bay de 1982 sur le droit de la mer reflètent ce droit coutumier. Dès lors, il convient de tracer d'abord une ligne médiane provisoire et d'examiner ensuite si cette ligne doit être ajustée eu égard à des circonstances spéciales.¹⁴⁰

approx. tous les dix ans), par exemple la *Bibliographie du droit de la mer* (1968-1988), pp. 199ss ; la *Select Bibliography* 1991, pp. 16-17 ; etc., jusqu'à la *Select Bibliography* 1999, pp. 8-9. Pour les États archipels, voir en particulier du même Bureau, *Le droit de la mer, États archipels, Genèse de la Partie IV de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, New York, 1990, et *Le droit de la mer, Pratique des États archipels*, New York, 1992.

¹³⁹ Arrêt, §§ 176ss.

¹⁴⁰ Arrêt, §§ 175-176,

176 : "L'article 15 de la convention de 1982 est pratiquement identique au paragraphe 1 de l'article 12 de la convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë, et doit être regardé comme possédant un caractère coutumier. Il y est souvent fait référence comme à la règle 'équidistance/circonstances spéciales'. La méthode la plus logique et la plus largement pratiquée consiste à tracer d'abord à titre provisoire une ligne d'équidistance et à examiner ensuite si cette ligne doit être ajustée pour tenir compte de l'existence de circonstances spéciales".

b) Commentaire

Dès les travaux préparatoires de la Convention de 1958 sur la mer territoriale, il était admis que la norme équidistance / circonstances spéciales s'imposait avec plus de force dans le cadre des eaux territoriales que dans des zones davantage projetées vers le large.¹⁴¹ La raison a été soulignée par la Cour dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord* (1969) : quand il faut tracer une frontière latérale entre États adjacents pour leur mer territoriale, les effets de distorsion que peuvent produire des irrégularités de la côte ou la présence d'îles sont généralement beaucoup plus réduits à cause des distances modestes en jeu ; alors qu'en allant vers le large, la déviation subie par la ligne produit un résultat toujours plus déséquilibré.¹⁴² Ces déviations sont aussi beaucoup moins probables en cas de côtes opposées.¹⁴³

On peut s'interroger si le concept de circonstance spéciale appelant à une correction de la ligne d'équidistance peut être juridiquement légèrement différent quand il s'agit de la mer territoriale et quand il s'agit du plateau continental / zone économique exclusive. En particulier, les circonstances spéciales relatives à la mer territoriale pourraient exiger une interprétation plus restrictive. Il ne semble toutefois pas nécessaire d'opérer une telle distinction sur un plan général. La flexibilité du concept de circonstance spéciale, augmentée encore par sa finalité équitable, rend suspecte une telle construction. Tout se réduit à une question de

¹⁴¹ *Ann. CDI* 1956-II, p. 300, *ad* article 72, no. 1. Sur les îles comme circonstances spéciales, cf. N. ELY, "Seabed Boundaries between Coastal States: The Effect to be given Islets as 'Special Circumstances'", *International Lawyer* 6 (1972), pp. 219ss. Sur l'influence des îles sur la délimitation, voir M. C. CICIRIELLO, *Le formazioni insulari e la delimitazione degli spazi marini*, Naples, 1990. H. JAYEWARDENE, *The Regime of Islands in International Law*, Dordrecht / Boston / Londres, 1990, pp. 259ss.

¹⁴² C.I.J., *Recueil* 1969, p. 37, § 59.

¹⁴³ Cet effet "d'empiètement" n'est dans ce cas qu'une vérité pratique, non apodictique. Une déviation peut être forte aussi dans le cas de côtes opposées : cf. les remarques pertinentes de N. S. MARQUES ANTUNES, "The 1999 Eritrea-Yemen Maritime Delimitation Award and the Development of International Law", *ICLQ* 50 (2001), pp. 334-226.

fait : les circonstances qui exigeront une correction de la ligne d'équidistance seront probablement moins fréquentes dans le cadre réduit de la mer territoriale que pour des zones davantage projetées vers le large (à cause précisément de l'effet amplifié de la déviation vers le large). La circonstance la plus manifestement créatrice d'inéquité dans le cadre des eaux territoriales est la présence d'îles et d'îlots entre les côtes principales, quand ils sont utilisables comme points de base. C'est le cas en l'espèce.¹⁴⁴

B. La construction de la ligne de base : îlots et haut-fonds découvrants¹⁴⁵

a) Le raisonnement de la Cour

i) Les points de base¹⁴⁶ pour le tracé de la ligne d'équidistance n'ont pas encore été fixés. Qatar plaide pour ne tenir compte que des territoires terrestres avec comme référence la laisse de haute mer. Bahreïn plaide en faveur d'une ligne reliant une série d'îles et d'îlots sur la base de la laisse de basse mer. Il ajoute qu'au regard de son caractère archipélagique, des lignes droites peuvent se justifier. Selon la Cour, la ligne de base normale est la laisse de basse mer le long de la côte. Les îles possèdent le même statut que les territoires de terre ferme. Elles possèdent un titre égal à la projection vers le

¹⁴⁴ Sur le triomphe du principe équidistance / circonstance spéciale, voir *infra* Section 4. A.

¹⁴⁵ Arrêt, §§ 177ss.

¹⁴⁶ Sur les lignes de base, cf. R. R. CHURCHILL / A. V. LOWE, *The Law of the Sea*, 3^{ème} éd., Manchester, 1999, pp. 31ss. Pour les articles 4 et suivants de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer, cf. M. H. NORDQUIST (éd), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary*, vol. II, Dordrecht / Boston / Londres, 1993, pp. 83ss. En général, voir aussi T. SCOVAZZI (éd), *La linea di base del mare territoriale*, Milan, 1986. BROWN (*supra*, note 138), pp. 22ss. O'CONNELL (*supra*, note 138), pp. 171ss. LUCCHINI / VOELCKEL (*supra*, note 138), pp. 175ss. L. B. SOHN, dans : J. I. CHARNEY / L. M. ALEXANDER, *International Maritime Boundaries*, vol. I, Dordrecht / Boston / Londres, 1993, pp. 153ss. Voir aussi les bibliographies et études du Bureau des Nations Unies, *supra*, note 138.

large : article 121 (2) de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer (1982).¹⁴⁷

ii) L'élévation de Qit'at Jaradah, située dans la limite des 12 milles des deux États, constitue une île et non un haut-fond découvrant.¹⁴⁸ Elle doit être prise en compte pour le tracé de la ligne d'équidistance. Elle appartient à Bahreïn, qui y a exercé certaines activités, surtout la construction d'aides à la navigation. Sur une île aussi petite, l'exercice de la souveraineté n'a pas besoin d'être intense pour suffire aux fins de l'acquisition territoriale.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Arrêt, § 185 : "Conformément au paragraphe 2 de l'article 121 de la convention de 1982 sur le droit de la mer, qui reflète le droit international coutumier, les îles, quelles que soient leurs dimensions, jouissent à cet égard du même statut, et par conséquent engendrent les mêmes droits en mer que les autres territoires possédant la qualité de terre ferme".

Sur l'article 121 de la Convention, cf. NORDQUIST (*supra*, note 145), vol. III (1995), pp. 321ss. Pour les rochers visés au § 3, voir notamment R. KOLB, "L'interprétation de l'article 121, §3 de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer : les 'rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre'", *AFDI* 40 (1994), pp. 876ss. S. KARAGIANNIS, "Les rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre et le droit de la mer", *RBDI* 32 (1996), pp. 559ss. Plus récemment, voir encore les quelques remarques de J. I. CHARNEY, "Rocks that Cannot Sustain Human Habitation", *AJIL* 93 (1999), pp. 863ss. D'autres renvois chez MARQUES ANTUNES (*supra*, note 143), p. 329, note 85. Sur les îles en général, voir surtout D. W. BOWETT, *The Legal Regime of Islands in International Law*, New York, 1979. H. DIPLA ; *Le régime juridique des îles dans le droit international de la mer*, Paris, 1984 ; H. JAYEWARDENE, *The Regime of Islands in International Law*, Dordrecht / Boston / Londres, 1990. Voir aussi les bibliographies et études du Bureau des Nations Unies, *supra*, note 138.

¹⁴⁸ Sur cette notion, cf. l'article 13 de la Convention de Montego Bay et NORDQUIST (*supra*, note 145), vol. II (1993), pp. 126ss. Cf. aussi G. MARSTON, "Low-Tide Elevations and Straight Baselines", *BYIL* 46 (1972) 3, pp. 405ss. D. W. BOWETT, "Islands, Rocks, Reefs and Low-Tide Elevations in Maritime Boundary Delimitation", dans : CHARNEY / ALEXANDER (*supra*, note 145), pp. 131ss.

¹⁴⁹ Arrêt, §§ 195ss, 197 : "Certaines catégories d'activités invoquées par Bahreïn, telles que le forage de puits artésiens, pourraient en soi être considérées comme discutables en tant qu'actes accomplis à titre de souverain. La construction d'aides à la navigation, en revanche, peut être juridiquement pertinente dans le cas de très petites îles. En l'espèce, compte tenu de la taille de Qit'at Jaradah, les activités exercées par Bahreïn sur cette île peuvent être

iii) L'élévation de Fasht ad Dibal est un haut-fond découvrant. Elle se trouve dans la zone de chevauchement de la mer territoriale des deux États, si bien que chacun aurait en principe le droit de l'utiliser comme point de base. Dès lors, ces droits concurrents paraissent se neutraliser mutuellement. Il se pose cependant la question de savoir si l'acquisition de la souveraineté sur un haut-fond permet de l'attribuer exclusivement à un État qui seul pourra l'utiliser comme point de base. En l'absence de pratique concluante sur la capacité d'un haut-fond d'être acquis par les voies ordinaires d'établissement de la souveraineté et au regard du statut diminué d'une telle formation par rapport à une île en droit de la mer, la Cour refuse d'aller aussi loin. Dès lors, l'élévation en cause ne peut pas être utilisée comme point de base.¹⁵⁰

iv) L'utilisation de lignes de base droites revendiquée par Bahreïn en tant qu'État pluri-insulaire ne saurait être admise, car les conditions n'en sont pas réunies. Il n'y a ni une déclaration de

considérées comme suffisantes pour étayer sa revendication selon laquelle celle-ci se trouve sous sa souveraineté”.

¹⁵⁰ Arrêt, §§ 200ss, §§ 202-204 ; §§ 205-206 :

“205. Le droit international conventionnel est muet sur la question de savoir si les hauts-fonds découvrants peuvent être considérés comme des ‘territoires’. A la connaissance de la Cour, il n'existe pas non plus de pratique étatique uniforme et largement répandue qui aurait pu donner naissance à une règle coutumière autorisant ou excluant catégoriquement l'appropriation des hauts-fonds découvrants. C'est seulement dans le domaine du droit de la mer qu'un certain nombre de règles ouvrant des droits aux États ont été établies en ce qui concerne les hauts-fonds découvrants situés à une distance relativement faible d'une côte.

206. Les quelques règles existantes ne justifient pas que l'on présume de façon générale que les hauts-fonds découvrants constituent des territoires au même titre que les îles. Il n'a jamais été contesté que les îles constituent de la terre ferme et qu'elles sont soumises aux règles et principes de l'acquisition territoriale; il existe en revanche une importante différence entre les effets que le droit de la mer attribue aux îles et ceux qu'il attribue aux hauts-fonds découvrants. Il n'est donc pas établi qu'en l'absence d'autres règles et principes juridiques, les hauts-fonds découvrants puissent, du point de vue de l'acquisition de la souveraineté, être pleinement assimilés aux îles et autres territoires terrestres”.

Bahreïn se qualifiant formellement comme État archipel, ni des côtes échancrées, ni un chapelet d'îles qui les devance.¹⁵¹

b) *Commentaire*

Le présent arrêt enchaîne sur l'affaire *Érythrée / Yémen* (1999) où la question de l'influence de petites formations insulaires sur la ligne de base s'était aussi posée.¹⁵² *Qatar c. Bahreïn* apporte surtout des précisions nouvelles sur l'utilisation de haut-fonds découvrants comme points de base.¹⁵³ On soulignera en particulier l'apport législatif de la Cour quant à l'acquisition de la souveraineté sur une telle élévation. Si aucune pratique concluante n'établissait sa capacité d'être ainsi acquise, aucune ne l'excluait non plus.¹⁵⁴ Pourtant, la Cour ne conclut pas en faveur de l'extension de la souveraineté suivant le modèle du *Lotus* d'après lequel les limitations à la souveraineté ne se présument pas.¹⁵⁵ La conclusion

¹⁵¹ Arrêt, §§ 210ss, § 212 : "La Cour constate que la méthode des lignes de base droites, qui déroge aux règles normales de détermination des lignes de base, ne peut être appliquée que si plusieurs conditions sont remplies. Cette méthode doit être appliquée de façon restrictive. Pour l'essentiel, ces conditions sont les suivantes : la côte doit être profondément échancrée et découpée ou bien il doit exister un chapelet d'îles le long de la côte, à proximité immédiate de celle-ci". Selon la Cour ces conditions ne sont pas réunies en l'espèce (§§ 213-215).

¹⁵² Dans la sentence de 1999, des lignes droites furent acceptées dans certains secteurs, par exemple dans la région des Dahlaks ou des Kamaran, cf. les §§ 138ss de la sentence (<http://www.pca-cpa.org/>).

¹⁵³ Sur la question, voir les articles 7(4) et 13 de la Convention de Montego Bay ; sur ces dispositions, voir NORDQUIST (*supra*, note 145), vol. II (1993), pp. 102-103, 126ss et la littérature sur les lignes de base, *supra*, note 145.

¹⁵⁴ Voir le § 205 de l'arrêt.

¹⁵⁵ Affaire du *Lotus* (1927), CPJI, sér. A, no. 10, p. 18. Voir aussi l'affaire des *Zones franches* (1932), CPJI, sér. A/B, no. 46, p. 167. Affaires des *pêcheries de l'Atlantique* (1910), RGDIP 19 (1912), p. 461. Affaire des *forêts du Rhodope central* (1931), RSA, vol. III, p. 1400. Affaire des *navires Kronprinz Gustav Adolf et Pacific* (1932), RSA, vol. II, pp. 1254, 1287 ; etc. Le raisonnement du *Lotus* continue à avoir une certaine actualité, que ce soit dans les compétences générales des États (cf. l'opinion de l'avocat général Darmon auprès de la CJCE, 25 mai 1988, affaire *Ahlström*, ILR 96, p. 179 ; affaire de la *licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J., *Recueil* 1996, p. 238, § 21 et p. 247, § 52) ou que ce soit dans les compétences pénales, par exemple la compétence universelle (cf. la jurisprudence allemande, par exemple l'affaire du BVerfGer du 12 décembre 2000, *EuGRZ* 28 (2001),

en sens contraire est nourrie par les règles du droit de la mer. Celles-ci consacrent un statut mineur des haut-fonds par rapport aux îles dans le contexte du tracé des lignes de base.¹⁵⁶ Dès lors, la lacune dans la pratique effective est comblée en conformité avec l'esprit et la teneur des règles du droit de la mer. C'est un exemple du comblement d'une lacune "de pratique" par l'esprit général d'une réglementation juridique, le droit de l'acquisition territoriale étant d'ailleurs ainsi complété par le droit de la mer.

Il faut ensuite souligner que la Cour pose avec une ampleur nouvelle le principe de l'égalité juridique des îles et des territoires terrestres aux fins de la délimitation. Par cela, elle poursuit certes la jurisprudence de *St. Pierre et Miquelon* (1992)¹⁵⁷ et de *Jan Mayen* (1993).¹⁵⁸ Cependant, dans les affaires précitées, les îles étaient l'une des parties principales à l'instance, tout comme dans *Libye / Malte* (1985) où l'île était même un État indépendant. Ici, les îles et îlots sont accessoires à une côte principale. Or il n'est pas prouvé que de telles îles doivent avoir un titre formellement égal aux territoires principaux. En effet, l'article 121 (2) de la Convention de Montego Bay ne concerne que la faculté de générer des zones vers le large en dehors du contexte de la délimitation. Dans le processus de délimitation, où l'équité joue un rôle prépondérant, un effet réduit accordé aux îles est fréquent.¹⁵⁹ En l'espèce, la Cour préfère s'en tenir à la règle formelle d'égalité pour la construction de la ligne de

pp. 76ss, notamment II et III.3.b., puis 3.b.bb.). La Cour permanente avait déjà apporté un tempérament à cette règle ; cf. l'affaire relative à la *juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder* (1929), sér. A, no. 23, p. 26. En matière pénale, voir aussi les remarques de R. KOLB, dans : *RHDI* 50 (1997), pp. 82ss.

¹⁵⁶ Ni la pratique, ni les textes conventionnels ne distinguent selon qu'un haut-fond ait fait l'objet d'une appropriation. La seule exception concerne la construction d'installations permanentes, en particulier des phares, sur l'élévation : article 7(4) de la Convention de Montego Bay (1982).

¹⁵⁷ *RSA*, vol. XXI, pp. 284-285, particulièrement §§ 45, 49.

¹⁵⁸ C.I.J., *Recueil* 1993, pp. 59ss. Voir déjà l'affaire *Libye / Malte*, C.I.J., *Recueil* 1985, pp. 46ss.

¹⁵⁹ Cf. par exemple l'affaire *Royaume-Uni c. France* (1977), *RSA*, vol. XVIII, pp. 209ss, 251ss ; l'affaire du *plateau continental (Tunisie / Libye)*, C.I.J., *Recueil* 1982, p. 89 ; l'affaire du *Golfe du Maine*, C.I.J., *Recueil* 1984, pp. 331ss, etc.

base, quitte à revenir sur la diminution de l'effet des îles au stade des circonstances spéciales.¹⁶⁰

C. Les circonstances spéciales¹⁶¹

a) *Le raisonnement de la Cour*

La présence de certaines îles fait exagérément dévier la ligne d'équidistance en attribuant un effet disproportionné à de minuscules formations. Il faut dès lors corriger la ligne d'équidistance. La Cour procède à comparer des lignes d'équidistance obtenues en tenant ou en ne tenant pas compte de certaines îles.¹⁶²

¹⁶⁰ Pour des critiques dans les opinions dissidentes, voir *infra* Section C.

¹⁶¹ Arrêt, §§ 217ss.

¹⁶² Arrêt, §§ 220-222 :

"220. La Cour a observé plus haut (voir le paragraphe 216 ci-dessus) que, ne s'étant pas prononcée sur la question de savoir si Fasht al Azm fait partie de l'île de Sitrah ou s'il s'agit d'un haut-fond découvrant distinct, il convient de tracer à titre provisoire deux lignes d'équidistance. Si aucun effet n'est donné à Qit'at Jaradah, et dans l'hypothèse où l'on considère que Fasht al Azm fait partie de l'île de Sitrah, la ligne d'équidistance ainsi ajustée coupe Fasht ad Dibal, laissant la majeure partie de ce haut-fond du côté qatari. Si, en revanche, Fasht al Azm est regardé comme un haut-fond découvrant, la ligne d'équidistance ajustée passe à l'ouest de Fasht ad Dibal. Compte tenu du fait que, dans ces deux hypothèses, Fasht ad Dibal se trouve, dans une large mesure ou en totalité, du côté qatari de la ligne d'équidistance ajustée, la Cour considère qu'il convient de tracer la ligne de délimitation entre Qit'at Jaradah et Fasht ad Dibal. Comme Fasht ad Dibal est ainsi situé dans la mer territoriale de Qatar, il relève pour ce motif de la souveraineté de cet État.

221. La Cour est désormais en mesure de déterminer le tracé de ce tronçon de la frontière maritime unique qui délimitera les mers territoriales des Parties. Elle relève toutefois auparavant qu'elle ne peut fixer le point situé le plus au sud de cette frontière, car l'emplacement définitif de ce point est tributaire des limites des zones maritimes respectives de l'Arabie saoudite et des Parties. La Cour estime aussi qu'il y a lieu de simplifier, comme il est de pratique courante, ce qui serait autrement une ligne de délimitation très complexe dans la région des îles Hawar.

222. Compte tenu de tout ce qui précède, la Cour décide qu'à partir du point d'intersection des limites maritimes respectives de l'Arabie saoudite d'une part et de Bahreïn et de Qatar de l'autre, qui ne peut être fixé, la frontière se dirigera dans une direction nord-est, puis obliquera immédiatement en direction de l'est et passera ensuite entre Jazirat Hawar et Janan; elle

b) Commentaire

i) On soulignera tout d'abord que le facteur de correction retenu est celui qui tombe classiquement sous le coup des circonstances spéciales : la déviation excessive de la ligne d'équidistance à raison de saillants, d'îles ou de concavités / convexités. Quant à la démarche de la Cour pour arrêter la ligne finale, elle n'est ni simple, ni bien expliquée. Il y a apparemment un jeu de qualifications de Qit'at Jaradah et Fasht al Azm qui aboutit à postuler une ligne de délimitation passant entre ces deux formations. Ce procédé repose sur la discrétion équitable de la Cour. On relèvera enfin la mention de la simplicité nécessaire d'une ligne de délimitation. La Cour reprend ainsi un souci déjà formulé dans les affaires du *Golfe du Maine* (1984)¹⁶³ et *Érythrée / Yémen* (1999).¹⁶⁴

ii) Dans l'opinion dissidente commune des juges Bedjaoui / Ranjeva / Koroma, il a été reproché à la Cour de ne pas avoir vérifié l'effet de sa ligne sur le plan du statut des eaux et sur le plan pratique. Il y a surtout la non-navigabilité des eaux accordées à Qatar pour absence de profondeur. Cela empêcherait cet État de joindre les parties septentrionale et méridionale de son territoire du côté de sa façade maritime occidentale. La garantie du passage inoffensif¹⁶⁵ à travers les eaux bahreïnitiques n'est pas suffisante. On

s'infléchira plus loin vers le nord pour passer entre les îles Hawar et la péninsule de Qatar et continuera en direction du nord, en laissant le haut-fond découvrant de Fasht Bu Thur et Fasht al Azm du côté de Bahreïn et les hauts-fonds découvrants de Qita'a el Erge et de Qit'at ash Shajarah du côté de Qatar; enfin elle passera entre Qit'at Jaradah et Fasht ad Dibal, en laissant Qit'at Jaradah du côté de Bahreïn et Fasht ad Dibal du côté de Qatar."

¹⁶³ C.I.J., *Recueil* 1984, p. 330, § 202.

¹⁶⁴ Sentence de 1999, §§ 160ss.

¹⁶⁵ Sur la notion de passage inoffensif, cf. les articles 17ss de la Convention de Montego Bay (1982) : NORDQUIST (*supra*, note 145), vol. II (1993), pp. 151ss. En général, cf. R. J. DUPUY / D. VIGNES (dir.), *Traité du nouveau droit de la mer*, Bruxelles / Paris, 1985, pp. 228-231, 750ss. W. RIPHAGEN, "Le droit de passage inoffensif", SFDI, *Colloque de Rouen*, 1984, pp. 190ss. Voir aussi S. SLONIM, "The Right of Innocent Passage and the 1958 Geneva Conference on the Law of the Sea", *Columbia Journal of Transnational Law* 5 (1966), pp. 96ss. CHURCHILL / LOWE (*supra*, note 138), pp. 81ss.

aurait pu retenir une enclave autour des îles Hawar ou alors une vraie servitude internationale. La délimitation n'est pas qu'un exercice abstrait, fondé sur des géométries. Elle doit tenir compte des activités au quotidien des populations concernées.¹⁶⁶ Il y a ici une critique qui porte sur l'utilisation par la Cour de ces pouvoirs d'appréciation équitable.

4. La délimitation dans le secteur nord : la délimitation du plateau continental et de la zone économique exclusive¹⁶⁷

A. La règle applicable : équidistance / circonstances spéciales

a) Le raisonnement de la Cour

Dans le droit de la mer moderne, le lien entre le plateau continental et la zone économique exclusive a amené la Cour à privilégier des éléments communs à l'une et à l'autre des notions pour effectuer la délimitation, surtout dans les cas fréquents où une ligne unique devait être tracée. S'attacher à des caractéristiques du sol ou du sous-sol, ou au contraire à celles de la masse d'eau,¹⁶⁸ aurait eu pour résultat d'introduire un déséquilibre en faveur d'une zone et au détriment de l'autre. Cela aurait été d'autant moins compréhensible que la zone économique exclusive, une fois proclamée, recouvre la masse d'eau mais aussi le sol et le sous-sol. Ce qui précède explique pourquoi la distance des côtes s'est imposée comme critère décisif. Le titre de l'État côtier sur la zone économique exclusive est selon la Convention de Montego Bay et la pratique la distance à partir des côtes (200 milles).¹⁶⁹ La distance est

O'CONNELL (*supra*, note 138), p. 260ss. BROWN (*supra*, note 138), pp. 52ss. Voir aussi les bibliographies du Bureau des Nations Unies, *supra*, note 138.

¹⁶⁶ Opinion dissidente commune, §§ 168ss. Voir aussi l'Opinion dissidente de Torres Bernárdez, §§ 534ss.

¹⁶⁷ Arrêt, §§ 224ss.

¹⁶⁸ Par exemple les ressources halieutiques.

¹⁶⁹ Voir les explications dans l'affaire du *plateau continental (Libye / Malte)*, C.I.J., *Recueil* 1985, pp. 30ss. Cf. aussi WEIL (*supra*, note 119), pp. 61ss et CHURCHILL / LOWE (*supra*, note 138), pp. 184ss. M. EVANS, *Relevant Circumstances and Maritime Delimitation*, Oxford, 1989, p. 50ss.

un critère idéalement neutre, pouvant s'appliquer également à toutes les zones. De l'idée de distance, il n'est qu'un pas vers celle d'équidistance.¹⁷⁰ La Cour estime donc utile de suivre sa jurisprudence récente, notamment dans *Libye / Malte* (1985)¹⁷¹ et *Jan Mayen* (1993),¹⁷² en adoptant une ligne d'équidistance provisoire, quitte à l'ajuster ultérieurement au regard de l'existence de circonstances spéciales. Par ailleurs, selon la Cour, cette règle équidistance / circonstances spéciales est étroitement liée à la règle générale des principes équitables / circonstances pertinentes retenue dans la jurisprudence antérieure, notamment dans *Tunisie / Libye* (1982).¹⁷³ La Cour en arrive donc à appliquer le principe équidistance / circonstances spéciales comme expression particulière du droit international général.¹⁷⁴ Il est remarquable qu'aucune

¹⁷⁰ Ce pas que la Cour avait refusé de franchir en 1969, affaires du *plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J., *Recueil* 1969, pp. 28ss.

¹⁷¹ C.I.J., *Recueil* 1985, pp. 46ss.

¹⁷² C.I.J., *Recueil* 1993, pp. 59ss.

¹⁷³ C.I.J., *Recueil* 1982, pp. 58ss.

¹⁷⁴ Arrêt, §§ 225ss, §§ 226-227 :

"226. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire du Plateau continental (Libye/Malte), la Cour elle-même a constaté le lien étroit qui existe entre le plateau continental et la zone économique exclusive aux fins de la délimitation. Elle a observé que 'bien que la présente affaire n'ait trait qu'à la délimitation du plateau continental et non à celle de la zone économique exclusive, il n'est pas possible de faire abstraction des principes et règles sur lesquels cette dernière repose. Ainsi que la convention de 1982 le démontre, les deux institutions du plateau continental et de la zone économique exclusive sont liées dans le droit moderne.' (C.I.J. *Recueil* 1985, p. 33, § 33.) Et la Cour a ajouté qu'en matière de délimitation 'il conv[enait] d'attribuer plus d'importance aux éléments, tels que la distance de la côte, qui sont communs à l'une et à l'autre notion' (*ibid.*).

227. La Cour a adopté une démarche semblable dans l'affaire Jan Mayen, où elle était également priée de tracer une limite maritime unique. Au sujet de la délimitation du plateau continental, elle a dit : 'même s'il convenait d'appliquer... le droit coutumier du plateau continental tel qu'il s'est développé dans la jurisprudence [la Cour avait fait allusion aux affaires du Golfe du Maine et Libye/Malte], ce serait se conformer aux précédents que de commencer par la ligne médiane à titre de ligne provisoire, puis de rechercher si des 'circonstances spéciales' [formule qui figure à l'article 6 de la convention de 1958 sur le plateau continental, le droit applicable en l'espèce] obligent à ajuster ou déplacer cette ligne' (C.I.J. *Recueil* 1993, p. 61, § 51)." ; §§ 230-231 :

opinion individuelle ou dissidente n'ait mis en cause cette conclusion. Les divergences portent surtout sur la fixation de la ligne de base. Elles ne portent pas sur les principes et règles applicables.

b) Commentaire

i) L'arrêt *Qatar c. Bahreïn* consacre un triomphe tardif de la règle équidistance / circonstances spéciales. De 1969 à 1984, la jurisprudence a fui la règle. A cet égard, les affaires du *plateau continental de la mer du Nord* (1969) ont eu une portée constitutionnelle que le bref interlude harmoniste de *Royaume-Uni c. France* (1977) n'a pas pu interrompre.¹⁷⁵

Avec les affaires *Tunisie / Libye* (1982) et *Golfe du Maine* (1984), l'apogée d'une approche affranchie de cette normativité qui permet de relier entre eux des précédents par une trame objective est atteinte. La seule "norme" du droit de la délimitation maritime c'est d'aboutir à un résultat individuellement équitable. L'équité autonome, le factualisme, l'individualisation radicale du raisonnement, la doctrine de l'*unicum* (factuel et normatif) prévalent : le droit ouvre la porte à l'équité autonome et se retire.¹⁷⁶

"230. La Cour adoptera la même démarche dans la présente espèce. Pour la délimitation des zones maritimes au-delà de la zone des 12 milles, elle tracera d'abord, à titre provisoire, une ligne d'équidistance et examinera ensuite s'il existe des circonstances devant conduire à ajuster cette ligne.

231. La Cour note en outre que la règle de l'équidistance/circonstances spéciales, qui est applicable en particulier à la délimitation de la mer territoriale, et la règle des principes équitables/circonstances pertinentes, telle qu'elle s'est développée depuis 1958 dans la jurisprudence et la pratique des États quand il s'agit de délimiter le plateau continental et la zone économique exclusive, sont étroitement liées l'une à l'autre".

¹⁷⁵ Le Tribunal de 1977 avait tenté d'harmoniser les deux corps "équidistance / circonstances spéciales" et "principes équitables / circonstances pertinentes" en estimant que le premier constitue l'expression particulière du deuxième : *RSA*, vol. XVIII, p. 175, § 70. La Cour ne se rangera à une telle conception que dans *Jan Mayen*, C.I.J., *Recueil* 1993, p. 58.

¹⁷⁶ L'image est de WEIL (*supra*, note 119), p. 181. Sans un minimum de critères objectifs (*i.e.* transcendant l'espèce), un phénomène juridique n'est pas concevable. Même à travers l'équité d'espèce, la tentative d'un minimum de typisation (par analogie, par généralisation, etc.) est indispensable au droit. Si tout est *ex post* et rien *ex ante*, il n'y a plus de norme et sans norme il n'y a plus que décision, non jugement contrôlable.

Depuis la moitié des années 80', avec *Libye / Malte* (1985), le processus commence lentement à s'inverser. Le balancier revient vers une certaine "prévisibilité",¹⁷⁷ vers des principes équitables au-delà des particularités de l'espèce, vers l'équidistance. En 1985, l'équidistance est retenue pour produire une ligne provisoire, corrigée ensuite à l'aune des "circonstances pertinentes".¹⁷⁸ Dans *Jan Mayen* (1993), la jonction avec le droit international coutumier est opérée : l'équidistance / circonstances spéciales est l'un des moyens privilégiés pour atteindre un résultat équitable. La tension avec les principes équitables / circonstances pertinentes s'est ainsi relâchée.¹⁷⁹ *Érythrée / Yémen* (1999) amène une percée supplémentaire de l'équidistance. Le Tribunal reconnaît qu'en cas de côtes opposées, l'équidistance produit normalement un résultat équitable.¹⁸⁰ La discrétion relative au choix de la méthode, toujours maintenue par la Cour,¹⁸¹ est évacuée par le Tribunal. L'équidistance atteint ainsi une sédentarisation normative. Au moins dans un cas spécifique, celui de

¹⁷⁷ C.I.J., Recueil 1985, p. 39, §§ 45-46.

¹⁷⁸ *Supra*, note 169. Les "circonstances pertinentes" sont plus larges que les "circonstances spéciales". Ces dernières se greffent sur l'équidistance pour porter remède lorsqu'il y a certains facteurs qui rendent la ligne d'équidistance inéquitable. Les circonstances pertinentes descendent en revanche de l'idée d'une mise en balance de tous les facteurs susceptibles d'influer dans la délimitation selon le modèle des principes équitables consacré par la jurisprudence des années 1969-1984. Les arrêts *Libye / Malte* (1985) et *Jan Mayen* (1993) s'inspirent à cet égard davantage d'une norme équidistance / circonstances pertinentes que de celle de l'équidistance / circonstances spéciales. *Qatar / Bahreïn* revient plus ostensiblement vers la règle équidistance / circonstances spéciales.

¹⁷⁹ *Supra*, note 170. Sur cette évolution, cf. H. DIPLA, "L'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen", *RGDIP* 98 (1994), pp. 909ss. E. DECAUX, "L'affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège), Arrêt de la C.I.J. du 14 juin 1993", *AFDI* 39 (1993), pp. 501ss. G. POLITAKIS, "The 1993 Jan Mayen Judgment : The End of the Illusions ?", *NILR* 1 (1994), p. 17.

¹⁸⁰ Sentence (1999), § 131 (cf. <http://www.pca-cpa.org/>).

¹⁸¹ Cf. *Libye / Malte*, C.I.J., Recueil 1985, pp. 37-38. *Jan Mayen*, C.I.J., Recueil 1993, p. 61, § 51 (plateau continental), p. 62, § 53 (zone de pêche exclusive). Dans l'affaire de 1993, l'article 6 de la Convention de Genève sur le plateau continental (1958) était formellement applicable ; même cela n'a pas induit la Cour à tenir l'équidistance pour obligatoire, vu que la délimitation ne concernait pas que le plateau continental.

côtes opposées raisonnablement rectilignes, son application est commandée par le droit. L'arrêt *Qatar c. Bahreïn* poursuit ce processus en amplifiant la portée normative de la règle. L'équidistance devient la règle générale. Elle est appliquée pour la première fois¹⁸² dans un secteur où les côtes sont adjacentes (secteur nord) comme dans un secteur où les côtes se font face (secteur sud), sans distinction dans les motivations. De plus, la Cour accepte désormais que la distance appelle l'équidistance plus qu'elle ne l'avait fait auparavant, notamment dans *Libye / Malte* (1985). Les mentions relatives à la discrétion de la Cour d'écarter l'équidistance ainsi que les mentions des principes équitables et des circonstances pertinentes disparaissent complètement. La ligne d'équidistance provisoire est appréhendée sous l'angle strict des circonstances spéciales pouvant commander son ajustement. La propension à considérer son éventuelle correction sous l'angle plus large des circonstances pertinentes paraît abandonnée. Ainsi, dans le secteur nord, n'est retenue comme circonstance spéciale qu'une formation insulaire opérant comme un saillant. C'est là une circonstance spéciale classique, telle qu'envisagée dans les années cinquante par la Commission du droit international.

Dès lors, de 1969 à 2001 la boucle a été bouclée et l'on revient vers 1958, vers l'équidistance / circonstances spéciales de la Convention de Genève. L'équité correctrice l'emporte désormais sur la seule équité autonome du résultat (discrétion équitable). Avec cette approche, le droit de la délimitation maritime revient vers plus de normativité. Il regagne un peu de cette généralité qui permet de tisser des liens objectifs d'analogie entre les affaires et par conséquent de dégager une jurisprudence en la matière. Les deux pôles de la *fact-orientedness* et de la *rule-orientedness* – éternel problème juridique – ont subi un grand réajustement. Après le solstice de *Qatar c. Bahreïn*, la Cour va-t-elle maintenir le cap ou

¹⁸² Au niveau de la C.I.J. Dans des arbitrages, cela a déjà été le cas, cf. par exemple *Royaume-Uni c. France* (1977), *RSA*, vol. XVIII, pp. 232ss ; *Dubai / Sharjah* (1981), *ILR* 91, pp. 553ss. Cette orientation signifie que la distinction entre côtes opposées et adjacentes aux fins de la détermination de la méthode est largement abandonnée : l'une et l'autre de ces situations sont couvertes par la même règle, équidistance / circonstances spéciales.

va-t-elle instiller à nouveau quelques éléments plus factualistes, susceptibles d'accroître les flexibilités ?

ii) La question du lien exact de la présente affaire avec les précédents pose quelques problèmes. Au § 230, la Cour se borne à renvoyer à l'acquis jurisprudentiel pour justifier sa démarche en l'espèce. Intègre-t-elle, dès lors, les *dicta* de 1985 et 1993 relatifs à la discrétion qu'elle posséderait dans l'arrêt présent, par voie d'un renvoi ?¹⁸³ On peut le soutenir, mais le silence de la Cour sur cette discrétion n'est pas sans signification. Jusqu'ici elle n'avait jamais manqué de la mettre en exergue. Le choix de l'équidistance était à chaque fois soigneusement limité à l'espèce.¹⁸⁴ Ici, la règle équidistance / circonstances spéciales est adoptée sans aucune réserve. Il est difficile de ne pas voir en cela une évolution de la jurisprudence vers l'octroi d'un statut normatif à l'équidistance.

Il faut enfin remarquer qu'au § 231 la Cour dit que les règles "équidistance / circonstances spéciales" et "principes

¹⁸³ Voici ces *dicta*: "La Cour ne saurait admettre que, même comme étape préliminaire et provisoire du tracé d'une ligne de délimitation, la méthode de l'équidistance *doive* forcément être utilisée, ni qu'il incombait à la Cour 'd'examiner en premier lieu les effets que pourrait avoir une délimitation selon la méthode de l'équidistance' (...). Qu'un État côtier puisse avoir des droits sur le plateau continental en vertu de la distance de la côte et indépendamment des caractéristiques physiques du fond et du sous-sol de la mer en deçà de cette distance ne signifie pas que l'équidistance soit la seule méthode de délimitation appropriée, ni même le seul point de départ possible, fût-ce entre des côtes se trouvant dans une relation d'opposition ou de quasi-opposition. L'application des principes équitables dans les circonstances pertinentes de l'espèce peut encore imposer de recourir à une autre méthode ou combinaison de méthodes de délimitation, même dès le début de l'opération" (*Libye/Malte*, C.I.J., *Recueil* 1985, pp. 37-38, § 43, italique dans l'original); "[D]e l'avis de la Cour, le tracé à titre provisoire d'une ligne d'équidistance ne constituait pas une étape nécessaire ou obligatoire dans chaque cas" (*Jan Mayen*, C.I.J., *Recueil* 1993, p. 61, § 51) ; "Il apparaît donc que, tant pour le plateau continental que pour les zones de pêche, il est approprié *en l'espèce* d'entamer le processus de délimitation par une ligne médiane tracée à titre provisoire". (*ibid.*, p. 62, § 53, italique ajoutée).

¹⁸⁴ Et ce malgré le non-sens jurisprudentiel de cette affirmation : peut-on imaginer que la Cour, confrontée à des situations analogues – par exemple des côtes simplement opposées –, change d'attitude sans justification objective ? Cela signifierait que la Cour peut traiter inégalement des circonstances égales, c'est-à-dire s'ouvrir à l'incohérence selon sa guise discrétionnaire.

équitables / circonstances pertinentes” sont “étroitement” liées. C’est une expression moins précise que celle utilisée dans *Jan Mayen* (1993) où la Cour avait dit que la règle équidistance / circonstances spéciales doit être considérée comme une expression particulière de la règle plus générale des principes équitables / circonstances pertinentes.¹⁸⁵ C’est une *lex specialis*, mais une *lex* non dérogoire, une *lex* ayant la même teneur et finalité que la règle générale. Il semblerait qu’il faille interpréter les mots “étroitement liés” dans le même sens.

B. Les circonstances spéciales¹⁸⁶

a) Le raisonnement de la Cour

La Cour écarte trois circonstances avancées par les parties (i-iii) et ne retient qu’une seule (iv).

i) Bahreïn invoque les bancs à huîtres perlières qui lui appartiendraient depuis longtemps (droits historiques). Cependant, l’exploitation de ces bancs a cessé depuis plus d’un demi-siècle. De surcroît, cette exploitation avait été exercée en commun par les populations riveraines. Il ne s’agissait pas d’un droit exclusif. Un déplacement de la ligne d’équidistance ne se justifie donc pas.¹⁸⁷

ii) Qatar invoque la décision britannique de 1947 contenant une ligne de partage des fonds marins. Cependant, aucune des parties n’a accepté cette décision comme étant obligatoire. La ligne ne touche qu’aux fonds marins et néglige les eaux surjacentes. Elle n’est donc pas pertinente pour une délimitation polyvalente.¹⁸⁸

iii) Qatar invoque aussi la différence sensible de la longueur des côtes (1 : 1,59). Cependant, ayant accordé les îles Hawar à Bahreïn, la Cour estime que la différence de longueur des côtes s’amenuise

¹⁸⁵ *Supra*, note 170.

¹⁸⁶ Arrêt, §§ 232ss.

¹⁸⁷ Arrêt, §§ 235-236.

¹⁸⁸ Arrêt, §§ 237-240.

encore. Elle n'impose pas une correction de la ligne d'équidistance.¹⁸⁹

iv) Selon la Cour, l'îlot de Fasht al Jarim, qui est comme un saillant de la côte de Bahreïn, ferait dévier considérablement la ligne d'équidistance s'il lui était reconnu plein effet. Il y aurait alors inéquité. Dès lors, il ne faut pas accorder d'effet à cet îlot aux fins de la construction de la ligne d'équidistance.¹⁹⁰

b) Commentaire

i) Dans les affaires *Libye / Malte* (1985)¹⁹¹ et *Jan Mayen* (1993),¹⁹² la Cour s'en était de fait tenue à une logique équidistance / circonstances pertinentes. Dans l'affaire *Qatar c. Bahreïn*, la Cour adopte pour la première fois la construction classique équidistance / circonstances spéciales. Qu'est-ce à dire? Dans toutes les trois affaires citées, la Cour opère en deux phases : une ligne d'équidistance provisoire, une correction de la ligne. Mais

¹⁸⁹ Arrêt, §§ 241-243.

¹⁹⁰ Arrêt, §§ 245-248, §§ 247-248 :

"247. La Cour rappelle en outre que, dans le secteur nord, les côtes des Parties sont comparables à des côtes adjacentes bordant les mêmes zones maritimes qui s'étendent vers le large dans le Golfe. Les côtes septentrionales des territoires appartenant aux Parties ne sont pas très différentes quant à leur caractère ou à leur étendue; tant du côté de Qatar que de Bahreïn, le relief est plat, marqué par une très légère déclivité. Le seul élément remarquable est Fasht al Jarim, qui est comme un saillant de la côte de Bahreïn s'avancant loin dans le Golfe, et qui, s'il lui était reconnu un plein effet, "[ferait] dévier la limite et produire[ait] des effets disproportionnés" (affaire du Plateau continental (France/Royaume-Uni), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XVIII, p. 252, par. 244).

248. De l'avis de la Cour, une telle déviation, due à une formation maritime située très au large et dont, au plus, une partie infime serait découverte à marée haute, n'aboutirait pas à une solution équitable qui tienne compte de tous les autres facteurs pertinents indiqués ci-dessus. Dans les circonstances de l'espèce, des considérations d'équité exigent de ne pas donner d'effet à Fasht al Jarim aux fins de la détermination de la ligne de délimitation dans le secteur nord".

¹⁹¹ C.I.J., *Recueil* 1985, pp. 40-42, 46ss.

¹⁹² C.I.J., *Recueil* 1993, pp. 60, 64ss. Sur ce point, cf. E. DECAUX (*supra*, note 177), pp. 503, 512-513.

la phase de correction est appréhendée différemment. Jusqu'en 2001, la Cour maintient une liste ouverte de circonstances susceptibles d'influer sur l'emplacement de la ligne. Elle s'assure ainsi une marge de discrétion appréciable. C'est l'ancienne idée de la mise en balance directe des circonstances les plus diverses, héritée de *Tunisie / Libye* (1982)¹⁹³ et transférée vers la phase d'ajustement de lignes d'équidistance. Ainsi, l'équidistance est flanquée d'un concept de circonstances relativement discrétionnaires qui correspond davantage au modèle des circonstances pertinentes qu'à celui des circonstances spéciales. Dans l'arrêt *Qatar c. Bahreïn*, la Cour abandonne cette approche discrétionnaire. L'équidistance n'est corrigée que par des circonstances strictement appréhendées, surtout celles géographiques, ayant un effet d'inéquité. Dès lors, la circonstance spéciale par excellence est celle d'une configuration côtière ou d'une formation maritime faisant excessivement dévier la ligne d'équidistance et aboutissant ainsi à un partage très inégal des espaces en jeu, soit dans un certain secteur, soit globalement. D'où un recul conjoint des circonstances socio-économiques, montés en grade dans *Jan Mayen* (1993),¹⁹⁴ et de la proportionnalité, la Cour ne mentionnant même plus le test d'équité-proportionnalité *ex post*. D'un autre côté, la Cour retient comme circonstance spéciale un saillant faisant excessivement dévier la ligne d'équidistance. On voit le glissement.

ii) Le recul très net de la proportionnalité est l'un des aspects les plus saillants.¹⁹⁵ En allant à l'essentiel, on peut dire que la

¹⁹³ C.I.J., *Recueil* 1982, pp. 60ss. Sur ce procédé, cf. la description dans l'Opinion individuelle de Jiménez de Aréchaga, *ibid.*, p. 105.

¹⁹⁴ Cf. par exemple le facteur équitable de "l'accès raisonnable aux ressources", C.I.J., *Recueil* 1993, pp. 70-72, 77-81, et Opinion individuelle de Schwebel, *ibid.*, pp. 118-120 ; voir aussi l'Opinion dissidente de Fischer, *ibid.*, pp. 309-311. Jusque là, les juridictions s'en étaient tenues au test *ex post* des répercussions catastrophiques d'une délimitation sur la subsistance des populations locales : affaire du *Golfe du Maine*, C.I.J., *Recueil* 1984, p. 342 et affaire *St. Pierre et Miquelon* (1992), RSA, vol. XXI, pp. 293-295 (voir aussi l'Opinion dissidente de Weil, *ibid.*, pp. 314ss).

¹⁹⁵ Sur la proportionnalité en droit de la mer, cf. M. EVANS, *Relevant Circumstances and Maritime Delimitation*, Oxford, 1989, p. 224ss. G. JAENICKE, "The Role of Proportionality in the Delimitation of Maritime

proportionnalité a joué dans le fil de la jurisprudence trois rôles divers :

- Dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (1969),¹⁹⁶ auxquelles *Royaume-Uni c. France* (1977)¹⁹⁷ fait écho, la proportionnalité trouve sa collocation dans le contexte de la norme du non-empiétement, savoir l'effort d'éviter des déviations d'une ligne construite selon des méthodes géométriques à cause de la configuration des côtes (effet d'amputation). D'où la règle : s'il y a des côtes approximativement égales, les espaces maritimes obtenus doivent correspondre à cette longueur des côtes, c'est-à-dire opérer un partage à peu près égal, et non différer fortement à cause de la forme des côtes, concave ou convexe. C'est là une proportionnalité minimale.

- Un glissement important commence à percer dans *Tunisie / Libye* (1982)¹⁹⁸ où la Cour décide de conférer une valeur normative plus autonome à la proportionnalité en l'insérant dans un test *ex post* généralisé d'équité. Selon ce test, les espaces maritimes relevant de chaque partie doivent correspondre à peu près la longueur des côtes respectives. Le test est désormais chiffré. C'est postuler qu'en cas de disproportion il faille intervenir pour corriger la ligne. D'où l'ouverture sur cette règle nouvelle par rapport à l'arrêt de la *Mer du Nord* que les espaces "attribués" doivent être proportionnels à la longueur des côtes. Toute différence de longueur des côtes devient potentiellement pertinente.

- Dès l'affaire *Libye / Malte* (1985),¹⁹⁹ puis dans les affaires *St. Pierre et Miquelon* (1992)²⁰⁰ et *Jan Mayen* (1993),²⁰¹ les

Zones", *Mélanges W. Riphagen*, Dordrecht e.a., 1986, pp. 51ss.
 L. LEGAULT / B. HANKEY, "Method, Oppositeness and Adjacency, and Proportionality in Maritime Boundary Delimitation", dans : CHARNEY / ALEXANDER (*supra*, note 145), pp. 203ss.
 LUCCHINI / VOELCKEL (*supra*, note 138), vol. II (1996), pp. 134-136, pp. 246ss, 304ss.

¹⁹⁶ C.I.J., *Recueil* 1969, pp. 49-50, § 91 ; p. 52, § 98.

¹⁹⁷ RSA, vol. XVIII, pp. 188-189.

¹⁹⁸ C.I.J., *Recueil* 1982, p. 91.

¹⁹⁹ C.I.J., *Recueil* 1985, pp. 43ss, 48-49, 53ss.

²⁰⁰ RSA, vol. XXI, pp. 288, 289ss, 296-297. Cf. aussi l'Opinion dissidente de Weil, *ibid.*, pp. 308ss et l'Opinion dissidente de Gotlieb, *ibid.*, pp. 325ss.

²⁰¹ C.I.J., *Recueil* 1993, pp. 64ss.

conséquences de cette conception ont été tirées. La proportionnalité se scinde en deux parties. D'un côté, elle reste le test *ex post* connu. De l'autre, elle devient une circonstance pertinente intervenant directement dans le processus de délimitation. Cette circonstance pertinente est la "différence notable de la longueur des côtes".²⁰² Elle opère pour assurer la translation de lignes provisoires en relation avec la disproportion de la longueur des côtes. Il y a dès lors réallocation du plateau continental selon une proportionnalité générale de longueur des côtes, simplement avec un seuil d'entrée relevé : il faut au départ une "disproportion notable" des côtes. La proportionnalité était ainsi arrivée à son apogée. Elle imprimait à la délimitation maritime un lourd fardeau. Car au-delà de son objectivité apparente, peu de facteurs créent plus de problèmes dans l'établissement des côtes et zones pertinentes, et peu sont en définitive plus arbitraires.²⁰³ De plus, la justification d'un surcroît de zones "attribuées" à l'État ayant une côte plus étendue (par rapport à la zone plus grande qu'il obtient automatiquement)²⁰⁴ n'a jamais pu être établie à satisfaction.

L'arrêt *Qatar c. Bahreïn* amorce un déclin bienvenu de la proportionnalité qui n'a plus réellement de place dans un schéma équidistance / circonstances spéciales (contrairement à celui équidistance / circonstances pertinentes). Il faut dire que le caractère archipélagique des espaces en cause rendait les calculs de proportionnalité très délicats.

Cependant, ce recul présente quelques incertitudes. La Cour écarte la circonstance pertinente de la "proportionnalité-différence" parce qu'en ayant décidé que les îles Hawar relèvent de Bahreïn, la différence entre la longueur des côtes tombe sous la barre

²⁰² Dans les affaires mentionnées, il s'agissait à chaque fois d'îles faisant face à des côtes continentales beaucoup plus longues.

²⁰³ Sur les problèmes dans *Libye / Malte* (1985), cf. l'arrêt, C.I.J., *Recueil* 1985, pp. 53ss et l'Opinion dissidente de Schwebel, C.I.J., *Recueil* 1985, pp. 178ss [zone tronquée par les revendications d'États tiers]. Voir aussi, par exemple, l'affaire *St. Pierre et Miquelon* (1992), RSA, vol. XXI, pp. 296-297 et Opinion dissidente de Weil, *ibid.*, pp. 308ss, Opinion dissidente de Gotlieb, *ibid.*, pp. 325ss [divergences sur les côtes pertinentes et les espaces pertinents dans une aire à délimiter très complexe].

²⁰⁴ On peut visualiser cet aspect des choses en imaginant une ligne médiane entre les lignes droites d'un trapèze.

des 1 : 1,59. Le seuil de la “différence notable...” ne serait donc pas atteint. Est-ce à dire qu’*a contrario*, si les îles Hawar n’avaient pas été attribuées à Bahreïn, la différence de 1 : 1,59 aurait été considérée comme différence notable entraînant l’application de la proportionnalité-différence ? Il reste l’incertitude : l’argument des îles Hawar peut être configuré comme argument *a fortiori* et alors le déclin de la proportionnalité est plus important. Mais il peut aussi être déclaré argument opératoire, et alors la proportionnalité n’a subi qu’une éclipse très relative. Ce qu’on peut dire, c’est qu’une correction à l’aide d’une telle “proportionnalité-différence” serait une brèche ouverte par l’ancienne approche des circonstances pertinentes dans la forteresse de l’équidistance / circonstances spéciales au sein de laquelle elle n’a rien à chercher. Alors, une correction de la ligne d’équidistance serait le plus souvent nécessaire; ce n’est pas la logique des circonstances spéciales axées sur l’effet d’amputation. Pour le moins, il conviendra de dire qu’une différence de 1 : 1,59 ne peut pas être considérée comme suffisamment significative.

iii) Enfin, il faut souligner que la Cour résiste à toute tentation de reconvertir la ligne britannique de 1947 en ligne, sinon obligatoire, du moins équitable.²⁰⁵ Cette attitude plus prudente que par le passé vis-à-vis des lignes *de facto* se recommande sous l’angle de la politique judiciaire – le but étant de ne pas inhiber l’adoption provisoire de telles lignes entre les parties – ; elle ne signifie pas qu’une telle ligne ne puisse jamais entrer en jeu comme facteur équitable.²⁰⁶

²⁰⁵ Cf. par exemple l’affaire *Tunisie / Libye*, C.I.J., *Recueil* 1982, p. 84, § 118 où une ligne relative à des concessions pétrolières, non-obligatoire, a été retenue par la Cour comme ligne équitable sur la base de son pouvoir discrétionnaire en la matière. Voir la mise en garde dans l’Opinion dissidente de M. Evensen, *ibid.*, p. 318. A comparer avec l’attitude plus prudente de la Cour dans *Jan Mayen*, C.I.J., *Recueil* 1993, pp. 48ss.

²⁰⁶ Dans l’affaire du *différend territorial frontalier, insulaire et maritime (El Salvador / Honduras)*, C.I.J., *Recueil* 1992, pp. 514-515, §§ 262-263, la Cour a admis comme frontière terrestre, dans un secteur où la ligne d’*uti possidetis* ne pouvait plus être déterminée, une ligne issue d’un traité non ratifié de 1869. Elle le fit sur la base de l’équité *intra legem* (en fait il s’agissait d’une équité *praeter legem*). Sur le rôle de l’équité dans les litiges territoriaux, voir les

5. La critique quant à la fixation des lignes de base

La critique essentielle des juges dissidents face à l'arrêt de la Cour dans son volet maritime touche à la construction des lignes de base, i.e. au choix des points de base.²⁰⁷ Il a été dit que le jugement accorde trop de place à des formations maritimes mineures voire minuscules. La Cour aurait dû exercer son pouvoir pour déterminer les points de base selon des exigences d'équité et de résultat équitable. En s'en abstenant, elle pervertit l'ensemble du processus de délimitation. L'équidistance n'est pas construite à partir des territoires principaux, mais à partir d'un espace abstrait de points de base avancés (îlots, hauts-fonds découvrants, etc.). Cela aboutit à postuler que la mer domine la terre en lieu et place de la règle consacrée que la terre domine la mer.²⁰⁸

passages classiques dans l'affaire du *différend frontalier (Burkina Faso c. Mali)*, C.I.J., *Recueil* 1986, pp. 567-568. Voir en doctrine : Ch. De VISSCHER, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, Paris, 1972, pp. 101ss. M. MIYOSHI, *Considerations of Equity in the Settlement of Territorial Boundary Disputes*, Dordrecht / Boston / Londres, 1993. SHARMA (*supra*, note 43), pp. 129ss.

²⁰⁷ Opinion dissidente commune de Bedjaoui / Ranjeva / Koroma, §§ 181ss.

Opinion dissidente de Torres Bernárdez, §§ 474-475, 479, 487, 505, 509.

²⁰⁸ Cf. l'Opinion dissidente commune de Bedjaoui / Ranjeva / Koroma, § 193 : "Le test d'équité utilisé pour ajuster la ligne unique a été effectué à partir de points de base dont on ne s'est pas assuré au préalable du caractère équitable du choix. En l'espèce, le choix définitif de points de base a eu pour résultat un emplacement situé excessivement vers l'est de la ligne d'équidistance en raison des effets reconnus de manière exagérée à des points minuscules et sans intérêt. La construction de la ligne provisoire d'équidistance sur la base des points ici retenus, en l'occurrence ce qui est appelé 'les formations maritimes' ou 'maritime features', a pour portée la dénaturation de la direction générale de la ligne de côte. Il est en effet étrange que ce ne soit pas la terre ferme qui domine la mer mais les petites formations maritimes dont les assises manquent précisément de fermeté. Le respect de la prééminence de la terre ferme sur la mer aurait eu pour conséquence directe la fidélité de la ligne de base à la ligne de côte et une ligne d'équidistance respectueuse de la géographie des terres et des côtes" ;

et § 192 : "L'équité, en effet, doit également présider au choix des points de base utilisés pour la délimitation maritime. La recherche d'une solution équitable implique que les considérations liées aux exigences de l'équité soient prises en compte d'une manière constante à tous les stades de l'acte et de l'opération de délimitation. Il était nécessaire de rappeler que le choix des

Comme dans *Érythrée / Yémen* (1999), le retour à l'équidistance implique une attention particulière dévolue à la définition de la ligne de base à partir de laquelle se mesure l'équidistance. Dans le passé, la Cour avait pu s'en tenir largement aux lignes définies par la législation des parties (par exemple, *Libye / Malte*, *Jan Mayen*). Dans les deux jugements récents *Érythrée / Yémen* et *Qatar c. Bahreïn*, de telles lignes n'existaient pas ou devaient être redéfinies en fonction des exigences de délimitation et d'attribution de souveraineté sur une série de formations insulaires, ou autres, par la juridiction elle-même. Dans les deux cas, la présence d'une multitude d'îles, îlots, rochers, récifs ou hauts-fonds découvrants a rendu la tâche de la définition des points de base pertinents ardue. Dans l'affaire *Qatar c. Bahreïn*, le caractère pluri-insulaire (et de fait archipélagique) de Bahreïn ajoutait à la difficulté. Il eut pour conséquence que les lignes de base n'étaient pas comme à l'accoutumée des lignes suivant de près une côte principale, en quelque sorte des lignes suivant le cours des masses terrestres respectives. Du côté de Bahreïn, les lignes de base constituaient une construction purement juridique, reliant une série de formations que

points de base devait aussi être équitable, comme le doivent être la méthode utilisée et le résultat recherché. "L'effet équitable d'une ligne d'équidistance dépend de la précaution que l'on aura prise d'éliminer l'effet exagéré de certains îlots, rochers ou légers saillants des côtes."

Voir aussi l'Opinion dissidente de Torres Bernárdez, §505 : "In effect, certain paragraphs in the Judgment explain how the Court constructed "Bahrain's relevant coasts" for the purpose of the present maritime delimitation. It is an artificial construction in which all manner of minor maritime features play a paramount role. Bahrain's relevant coasts in the Judgment are not a continuous body of land at all and is not naturally connected with or a natural appendage of the Bahraini mainland coast. It is formed: (1) by some of the tiniest islands, islets, rocks or sand-banks, etc., quite separated from each other and in most cases distant from Bahrain's mainland coasts; and (2) by water. In other words, "Bahrain's relevant coasts" of the Judgment are not a coast or a coastal front at all. In such circumstances, I do not consider it necessary to elaborate any further on "Bahrain's relevant coasts" in the Judgment or on my total rejection of the said construction as a true "coast". Geography has been refashioned. The minor Bahraini maritime features concerned have nothing to do with the "skjærgaard" along the Norwegian coast. In the present case, there is "clear dividing line between land and sea" (I.C.J. Reports 1951, p. 127). I will only add that the practical result of the above in the present case is that *la mer domine la terre*, in spite of the general statement to the contrary contained by the Judgment".

le droit permet d'utiliser comme point de base. Ces lignes de base ne sont donc pas "territoriales", mais "artificielles"; elles ne suivent pas une côte principale, mais relient une série de points éparpillés dans l'espace à délimiter selon les hasards de la nature. Dès lors, il se posait la question du choix des points de base pour la délimitation : doit-il nécessairement s'agir des mêmes points de base que pour la définition des zones maritimes vers le large ? En d'autres termes : faut-il définir ces points de base uniquement en fonction de critères juridiques – et alors ce sera normalement ceux prévus pour mesurer la largeur des zones vers le large, du moins aussi longtemps que le droit de la délimitation maritime n'en aura pas développé d'autres qui lui sont propres – ou peut-on revoir ces points en fonction de critères équitables, savoir qu'ils sont aptes à assurer un résultat équitable ? Si la finalité de la règle équidistance / circonstances spéciales est d'assurer un résultat équitable, alors l'éparpillement des points de base dans le cas d'un État archipélagique ou quasi-archipélagique peut constituer une circonstance spéciale exigeant une nouvelle définition de ces points. La jurisprudence a d'ailleurs depuis longtemps admis que l'équidistance suppose parfois un lissage (en cas de saillants / concavités) ou une retouche (en cas de pluralité d'îles) des lignes de base. Ainsi, dans *Libye / Malte* (1985), la Cour refusa de tenir compte du rocher de Filfa.²⁰⁹ Désormais, la question se pose sur un plan beaucoup plus général. La réponse donnée dans *Érythrée / Yémen* et *Qatar c. Bahreïn* est au diapason avec l'approche générale : le droit strict (capacité juridique de servir comme point de base) l'emporte sur l'équité (redéfinition des lignes selon les exigences d'un résultat équitable). Dans certains cas, la Cour refusera cependant de donner plein effet à un point de base à cause des effets de distorsion qu'il produit sur la ligne d'équidistance. C'est dans la phase postérieure des circonstances spéciales, aptes à corriger la ligne médiane retenue provisoirement, que ces facteurs vont intervenir. Cela veut dire que dans la construction provisoire de la ligne d'équidistance les points de base

²⁰⁹ C.I.J., *Recueil* 1985, p. 48.

sont définis sur la seule base des critères du droit strict.²¹⁰ C'est cette approche qui a été l'objet d'une critique de la part des juges dissidents. Il faut dire à ce propos que le droit de la délimitation maritime permet mais n'oblige pas à un tel procédé. En le choisissant, la Cour développe le droit de la mer.

IV. CONCLUSION

L'arrêt de la Cour dans l'affaire *Qatar c. Bahreïn* apporte une série de précisions ou de développements dans le droit international. Ils sont plus importants dans la partie maritime que dans celle territoriale. Pour ce qui est du différend territorial, on mentionnera surtout une contribution au statut de décisions politiques ou administratives tranchant l'appartenance de certaines terres. Pour ce qui est du différend maritime, l'arrêt marque un retour vers le principe équidistance / circonstances spéciales, après un reflux de 1969-1985, et un renforcement progressif après 1985. De plus, l'arrêt saisit l'occasion de développer le droit des points de base dans la délimitation, matière jusqu'ici négligée et passablement lacunaire.

Du point de vue des résultats, l'arrêt s'efforce d'être équilibré et sans doute réussit-il à l'être. Qatar l'emporte sur la partie territoriale, mais de justesse. Bahreïn l'emporte sur la partie maritime, mais Qatar se voit attribuer des espaces riches en ressources au nord. C'est l'interprétation des faits qui posait plus de problèmes que l'application du droit : y a-t-il eu consentement à la décision de 1939 (partie territoriale ?) Une formation est-elle une île ou un haut-fond découvrant (partie maritime) ? Du point de vue de l'équilibre des résultats, l'arrêt s'offre à l'analyse comme œuvre globalement bien balancée. Du point de vue de l'adéquation du droit aux faits, des points d'interrogation demeurent.

²¹⁰ Cf. la Convention de Montego Bay de 1982, articles 5 et suivants. Sur ces dispositions, NORDQUIST (*supra*, note 145), vol. II (1993), pp. 87ss.