

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/228183997>

# The ICJ's Judgement (16th March 2001) in the Delimitation (Territorial, Insular and Maritime) Case between Qatar and Bahrain

Article in SSRN Electronic Journal · October 2001

DOI: 10.2139/ssrn.1692000

CITATIONS

0

READS

31

1 author:



Giovanni Distefano

Université de Neuchâtel

64 PUBLICATIONS 20 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Current Problems of the International Law on the Use of Force [View project](#)



Yemen / Eritrea Territorial Dispute [View project](#)

# L'ARRÊT DE LA C.I.J. DU 16 MARS 2001 DANS L'AFFAIRE DE LA DÉLIMITATION ENTRE QATAR ET BAHRÉÏN

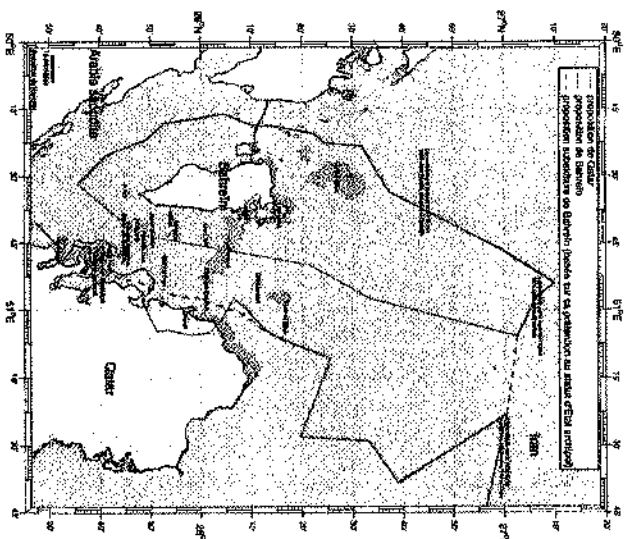
PAR

Giovanni DISTEFANO

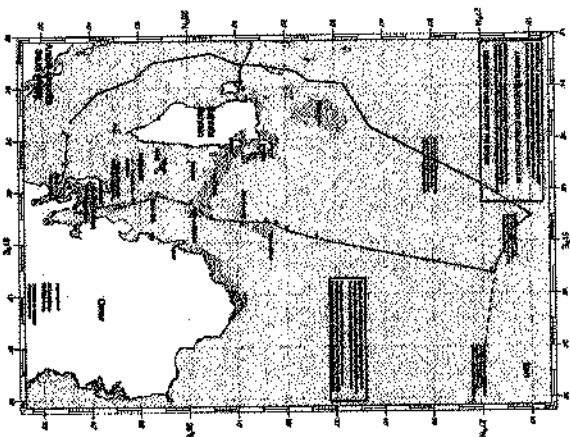
CHARGÉ DE COURS À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE ET MAÎTRE-ASSISTANT AUPRÈS DE LA FACULTÉ  
DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE  
(INSTITUT D'ÉTUDES DE DROIT INTERNATIONAL)

CROQUIS N° 2

Lignes proposées par Qatar et Bahreïn

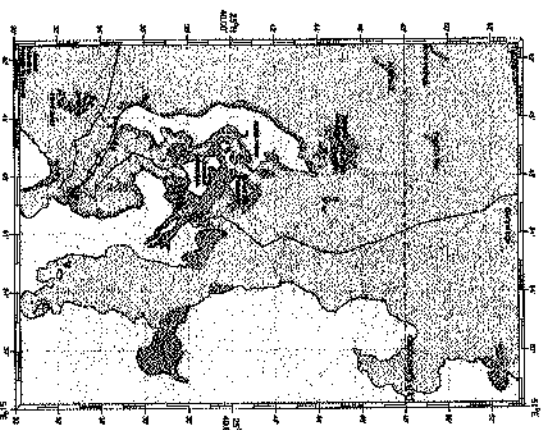


Ce croquis, sur lequel les formations maritimes sont figurées sous une forme simplifiée, a été établi à seules fins d'illustration.  
Il ne préjuge pas de la nature de certaines de ces formations.  
Sources : conclusions des Parties, mémoire de Qatar, tome 17, carte 24, mémoire de Bahreïn, tome 7, cartes 10, 11, 13 et 15.



CROQUIS N° 4

### Agrandissement du CROQUIS N° 3 (Région des îles Hawar)



Ce croquis, sur lequel les formations maritimes sont figurées sous une forme simplifiée, a été établi à seules fins d'illustration. Il ne préjuge pas de la nature de certaines de ces formations.

Cette longue affaire — à ce jour la procédure la plus longue (1) que la C.I.J. et sa devancière ait jamais connue — a trouvé son épilogue dans l'arrêt du 16 mars 2001 qui a mis fin à une controverse territoriale, insulaire et maritime qui depuis quelques dizaines d'années empoisonnait les relations entre deux Etats frères du Golfe persique.

L'arrêt présente un intérêt certain non seulement pour le juriste passionné du droit du contentieux territorial et maritime, mais encore pour tout juriste de droit international général attentif à certains aspects tels que la validité du consentement, la validité d'actes juridiques unilatéraux ainsi que les relations juridiques entre Etats (protectorat, Etats protégés et protecteurs). Bref, le délibéré de la Cour représente une juteuse occasion pour l'internationaliste et, à bien des égards, il remplace assurément — au regard du droit du contentieux territorial — la sentence dans l'affaire de l'île de Palmas par la moisson des thèses et arguments juridiques invoqués par les Parties et traités par la C.I.J., à vrai dire notamment par les juges dans leurs opinions individuelles et dissidentes. Tout le droit relatif à la polémique territoriale se retrouve comme par enchantement dans cette affaire : un manuel du *droit en action* et ô combien vivant en matière de différend territorial (notamment terrestre).

Une autre des spécificités de ce différend réside dans la qualité des Etats parties devant la C.I.J. Il s'agit de deux Etats arabes et musulmans. Cette double caractérisation représente une véritable nouveauté pour la Cour. Pour la première fois deux Etats arabes se retrouvent devant l'organe judiciaire principal des Nations Unies pour lui soumettre un différend, par surcroît territorial, touchant ainsi aux fondements mêmes de leur souveraineté, à leur genèse en tant qu'Etats souverains sujets de l'ordre juridique international. Qatar et Bahreïn ont choisi — et il faut ajouter — courageusement la C.I.J. la préférant non seulement à un tribunal arbitral — parfois mieux à même de soir aux attentes des Etats dans le différend territorial — mais encore à une Chambre de cette même Cour (2). En revanche, ils ont privilégié la Cour dans sa composition plénière, tout en lui ajoutant — il est vrai — chacun un juge *ad hoc*. C'est clairement une brigue, et quelle brigue,

(\*) BERGAVE, Sir Charles, *The Pirate Coast*, New York, 1966, p. 189.

(1) Qu'il suffise de penser que la procédure devant la Cour a connu deux arrêts successifs en matière de compétence et de recevabilité de la demande gérée, respectivement en 1994 et 1995.

(2) Ils auraient pu également déférer leur différend à la Cour islamique internationale.

qui permet de consolider ultérieurement le caractère véritablement *universel* de la C.I.J.

La présente contribution essaiera dans un premier de temps de mettre en exergue les nervures essentielles de la *ratio decidendi* de l'arrêt en matière territoriale (I) et maritime (II) pour enchaîner successivement sur les aspects de cet arrêt qui peuvent prêter à discussion et, partant, offrir une contribution tant au droit international général qu'au droit du contentieux territorial et maritime (III).

Sans attarder sur l'histoire judiciaire de cet arrêt ainsi que sur les deux décisions précédentes de la Cour relativement à sa compétence et à la recevabilité de la demande qatarienne (3), nous allons disséquer la charpente du raisonnement de la Cour en analysant question territoriale par question territoriale.

Or, les deux Parties ont soumis à la Cour une masse pondéreuse (mémoires et plaidoiries) de documents hétéroclites égayant leurs thèses juridiques respectives. La C.I.J. a opté — et en cela elle tranche avec la majorité de sa pratique tout en renouant avec la meilleure tradition de sa devancière — pour une ligne argumentative unique (4). S'affranchissant d'une méthode qui rappellerait de trop près la conduite d'un tribunal arbitral qui, en tant qu'organe commun, fait la part belle aux arguments de parties pour finir trop souvent lors des controverses territoriales par entériner une solution transactionnelle (5), la C.I.J. a *décidé* et exposé sa conviction de manière linéaire sans alourdir outre mesure son échafaudage de références aux thèses juridiques des Parties. Ce cheminement a assurément des atouts et ne peut être que salué avec joie, mais il ne saurait cacher excessivement une réalité factuelle et juridique fort polychrome révélée tant par l'histoire que par les revendications des Parties. En d'autres termes, et certaines des opinions individuelles et dissidentes jointes à l'arrêt corroborent cette vue, il est à craindre que la C.I.J. n'ait péché par excès d'élargissement ne rendant ainsi pas justice au multicolore contexte juridique et factuel du contentieux.

## I. — L'ARRÊT DE LA COUR EN MATIÈRE DE DIFFÉREND TERRITORIAL

Commentons ainsi par le volet territorial du différend et son règlement par la Cour. Celui-ci s'articule autour de trois questions territoriales dis-

(3) Cf. COSNARD, M., « L'affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (compétence et recevabilité). Les arrêts du 1<sup>er</sup> juillet 1994 et du 15 juin 1995 », *A.F.D.I.*, Vol. 41 (1995), pp. 311-327.

(4) Le juge Al-Khasawneh parle précisément, dans son opinion individuelle de « only one line of argumentation » (§ 3). Dans la même veine, les trois juges (Bedjoui, Koroma, Ramjeva) dans leur *op. diss. commune* (§ 48) [à-après *op. diss. commune*].

(5) Cf. l'auteur, *L'ordre international entre légitimité et efficacité. La tige juridique dans le contentieux territorial*, Paris, Pedone, 2002, Ch. 3-1-2.

tinctes, à savoir la souveraineté territoriale sur Zubarah (A), les îles Hawar (B) et l'île de Janan (C) (6). Suivant le schéma de l'arrêt, il convient de s'attaquer à la première des trois questions territoriales, à savoir la controverse relative à la souveraineté sur Zubarah.

### I.A. — Zubarah

La région de Zubarah est située à l'extrémité nord occidentale de la presqu'île qatarie; elle forme ainsi partie intégrante de celle-ci. Les titres juridiques avancés par Bahreïn se résument à l'occupation effective de ce territoire soit directement (jusqu'au moins en 1878) et indirectement (à travers la tribu nomade des Naim) jusqu'en 1937 (7), c'est-à-dire jusqu'à quand cette tribu ne fut chassée par les qataris (8). S'agissant d'une agression, Bahreïn prétendit qu'une telle « occupation de fait n'a pas donné naissance à un titre valable de souveraineté sur Zubarah » (9).

De l'autre côté, Qatar élaya sa revendication juridique sur le fait que depuis au moins 1878, date de la destruction de la ville homonyme de Zubarah, Bahreïn ne fut plus en mesure d'y exercer les prérogatives relatives à la Puissance publique. Pour ce qui concerne, en revanche, la prééminence du titre bahreïnite à travers la tribu des Naim, Qatar affirma que cette dernière fut soumise, grâce à l'accord 6 septembre 1868 passé entre Bahreïn et la Grande Bretagne (10) — puissance tutélaire dans le Golfe persique — au paiement des tributs au bénéfice du Cheikh Mohammed Al-Thani (Qatar).

(6) La Cour ayant préféré traiter séparément du sort de cette île par rapport à celui de l'archipel des Hawar (§§ 98; 149).

(7) Dans son opinion individuelle, le juge Fortier observe que les preuves fournies par Bahreïn sont suffisantes pour démontrer un contrôle effectif de la part de ce dernier Etat jusqu'en 1937 (§ 23).

(8) Bahreïn présente tout au long de la procédure une liste toujours croissante énumérant les éléments égayant les liens privilégiés (de subordination) avec la tribu des Naim, ce qui suscita le commentaire mi-facétieux, mi-sérieux de M. David (Qatar) : « Bahreïn emploie la technique de la répétition et "point-bouté". Bahreïn reprend une liste de faits déjà développés dans ses écritures antérieures, et il les additionne afin d'impressionner le lecteur par le nombre (la quantité primant la qualité) et si leur donne une apparence de vérité scientifique en répétant, sans aucun d'eux [6.161]. Or, si les humoristes pratiquent ce qu'on appelle le comique de répétition, les juristes savent que répéter, énumérer et additionner, ce n'est pas augmenter » (21 juin 2000, CR 2000/18, § 27).

(9) C.I.J., 2001, § 76. Il est assez regrettable que la C.I.J. n'ait pas estimé opportun approfondir la question de la licéité de l'emploi de la force par Qatar à cette époque alors que celle-ci a été évoquée et discutée lors des débats et dans les mémoires des Parties. Le juge Fortier affirme dans son opinion individuelle que « In 1937... the law [concernant l'emploi *selon* la menace de la force] was in a process of evolution and the situation was not so clear » (§ 37).

(10) Cet accord fut conclu après que le cheikh de Bahreïn — Ali Bin Khalifah — et le cheikh d'Abou Dhabi eurent lancé des attaques successives contre le cheikh Mohammed Al Thani, réussissant à détruire presque complètement les villes de Doha (chef lieu de la famille de Al Thani) et de Wakrah. La Grande-Bretagne, soucieuse de ramener le calme — proprio an commercium et à la sécurité de la navigation dans la région — et voulant protéger la *route des Indes*, imposa les termes mêmes de ce règlement (cf. §§ 40-42 de l'arrêt).

En 1913, un autre traité international est conclu entre l'Empire ottoman — qui avait installé au début des années 1870 une garnison à Bida man (près de Doha) — et la Grande Bretagne. Aux termes de cette convention (qui ne fut cependant jamais ratifiée (article 11), la Sublime Porte s'engagea à reconnaître l'autonomie de la dynastie Al Thani dans la péninsule de Al Katr (avalar de Qatar) ainsi qu'à renoncer à toutes ses réclamations la concernant (11).

La Cour constata que les deux parties ne contestent pas le fait que les Al Khalifah s'étaient établis dès 1760 dans l'île de Bahrein après qu'ils en eurent chassé les persans,

« mais qu'elles sont en désaccord sur la situation juridique qui a prévalu par la suite et qui débouche sur les événements de 1937 » (12).

Quant à l'accord de 1868, tout d'abord, la Cour estime qu'il est loin de prouver l'occupation effective alléguée par Bahrein, ou tout du moins son contrôle indirect par le truchement des Naim. En ce qui concerne précisément les liens d'allégeances tribaux, la C.I.J. affirme cependant que « certains membres des Naim prêtaient leurs services tant aux Al Khalifah qu'aux Al Thani » (13). Toutefois, la Cour ne réfute pas l'aptitude des liens d'allégeance personnels à prouver (créer ?) (14) des titres territoriaux (15) et ce d'autant plus que l'on se trouve dans un contexte juridico-culturel, celui arabo-musulman, profondément a-territorial.

En ce qui concerne la convention non ratifiée de 1913, la Cour fait remarquer, dans la meilleure tradition doctrinale et jurisprudentielle que

« les accords signés mais non ratifiés peuvent constituer l'expression fidèle des vues communes des parties à l'époque de la signature » (16).

(11) C.I.J., 2001, § 57.

(12) C.I.J., 2001, § 82.

(13) C.I.J., 2001, § 86. Le juge Torres Bernardez remarque, en s'appuyant sur les écrits de Lorimer, que cette tribu « fluctuated not only in the territorial sense, but also in their loyalties to the rulers or sheikhs of other tribes » (§ 203).

(14) Le juge Torres Bernardez observe que les liens personnels d'allégeance peuvent compléter parmi les différents indices d'un occupation effective de la part d'un État, mais ne seraient nullement constituer une source autonome de titre territorial (§ 175). C'est là toute la différence entre ce qu'on qualifie de titre-source et de titre-preuve. Au regard de ces deux dernières notions, cf. Parteur, *L'ordre juridique entre légalité et efficacité...* op. cit., Ch. 3.1.

(15) Toutefois, la C.I.J. ne dit pas mot sur l'obligation incombant aux chefs locaux sis à Zubarah et au cheikh Al Thani de verser des tributs au cheikh de Bahrein (§§ 40 et 92). Dans ce contexte il apparaît le rôle prépondérant de l'attitude des États tiers et notamment d'une puissance hautement intéressée et jouissant d'une autorité et influence effectives dans la région, c'est-à-dire la Grande-Bretagne. La Cour d'ailleurs fait état de cette attitude plus loin lorsque, à un moment décisif (notamment argumentatif clef) elle s'appuie *expressis* sur la reconnaissance (par la vérité, au simple « avis ») par la Grande-Bretagne de la souveraineté qatari sur Zubarah pour la faire automatiquement sienna (§ 94).

(16) C.I.J., 2001, 89. Voir l'affaire *Temen-Erythrae* et les « pourparlers de Rome de 1927 » auxquels Qatar s'est d'ailleurs abondamment référé (M. Bandy, 20 juin 2000, CR 2000/17, §§ 42 et s.); DISTERFANO, G., « La sentence arbitrale du 9 octobre 1996 dans l'affaire du différend instauré entre le Yémen et l'Érythrée », *RGDIP*, Vol. 103 (1999-4), §§ 41-44.

Et ce d'autant plus qu'un autre traité international toujours entre la Grande-Bretagne et l'Empire ottoman, cette fois-ci ratifié, du 9 mars 1914 fait référence expresse, à son article III, à la disposition précitée de la Convention de 1913. Ceci révèle, aux yeux de la C.I.J., « l'étendue factuelle de l'autorité du souverain Al Thani à Qatar jusqu'en 1913 », c'est-à-dire comme englobant la région de Zubarah.

Cette situation juridique est étayée, nous renseigne la Cour, par l'attitude constante et prétendument univoque d'un État tiers bien informé et, osions-nous dire, bien imposé dans la région, à savoir la Grande-Bretagne. La Cour se contente en effet d'évoquer un échange de lettres entre certains fonctionnaires (17) de l'Empire des Indes et après avoir observé que « le Gouvernement britannique était d'avis que Zubarah appartenait au cheikh de Qatar » et *inversement* que ce même gouvernement n'aurait jamais « considéré que Zubarah appartenait à Bahrein », conclut *pari passu* que les intendants britanniques n'avaient finalement pas tort...

Il n'en demeure pas moins intéressant de souligner la façon très élégante de la C.I.J. de décrire ce phénomène — sur lequel nous reviendrons plus loin — qui tout en n'étant pas nommé expressément s'apparente à celui qu'on a accoutumé de qualifier, d'après CHARLES DE VISSCHER, de « consolidation historique de titre ». L'affermissement du titre qatari dans la région — révélé par les différents accords internationaux ainsi que par la reconnaissance des tiers et le comportement effectif des Parties — s'est effectué *parallèlement* à l'affaiblissement du titre concurrent bahreinite (18).

#### I.B. — *Les îles Hazan*

La controverse relative à la souveraineté territoriale sur ce chapelet d'îles au large des côtes qatariennes représente assurément la pomme de la discorde entre les deux parties aussi bien que l'origine de leur différend territorial. En regard de ce dernier, le litige autour de Zubarah ne semble être que la contrepartie. Cette vision est par ailleurs corroborée par la lecture et la genèse de la « formule bahreinite », à savoir la proposition de Bahrein qui fut à la base des négociations qui se déroulèrent à Doha (Qatar) et qui fut finalement adoptée par les Parties, sous l'égide et le parrainage du Roi

(17) Il est curieux — mais pas tout à fait inraisemblable — que la correspondance interne entre deux fonctionnaires d'un État tiers puisse être aussi décisive dans la constatation d'un titre territorial (ou comme preuve d'une situation territoriale (ou de titres juridiques) sur une certaine situation territoriale.

(18) Cf. C.I.J., 2001, § 96. Voir aussi l'opinion dissidente du juge Torres Bernardez (§§ 83-88, 191); op. diss. commune (§ 117). « It is safe to say that while the Al Khalifah *ansinus possidendi* was strong, the actual *corpus possessionis* was weak, resulting in a situation where their hold on the peninsula could be interpreted, at best, as having been one of *in precario possessionis* » (Al-Khasawneh, § 13). Cf. dessous note 136.

d'Arabie Saoudite dans le fameux procès verbal de 1991 (19). Cette trouvaille, fruit d'exténuantes tractations diplomatiques qui s'établirent pendant des décennies, entérine un certain équilibre quant aux revendications entre les deux Parties. En effet, si Qatar apparaît comme demandeur au regard des îles Hawar (et de l'île de Janan), Bahrein figure en tant que demandeur au regard de Zubarah. Bahrein, qui se considérait déjà souverain territorial des îles Hawar n'aurait pu jamais accepter que la Cour fût compétente pour ne trancher que le différend y relatif, car dans ce cas il n'aurait que tout à perdre et rien à gagner. Ainsi, et afin d'obtenir son consentement (qu'il contesta néanmoins par la suite), il fallut lui rendre le règlement judiciaire appétissant. Cela ne se rendit possible que par l'inclusion de la question (en vaineuse) relative à Zubarah dans le panier soumis à la Cour (20).

En ce qui concerne la délimitation maritime entre les deux Etats, il semble évident que celle-ci est non seulement — conformément à l'adage « la Terre domine la Mer » — tributaire du différend territorial (notamment insulaire), mais que, compte tenu de la situation géographique, ce dernier devenait la clef de voûte de toute l'affaire. La controverse relativement aux îles Hawar demeure, partant, tant historiquement que juridiquement au centre de l'affaire. Son règlement aura ainsi des répercussions décisives pour les autres aspects du différend.

Qatar allègue un titre original fondé sur le principe de proximité et d'unité territoriale afin de prouver sa souveraineté territoriale, tout en s'étayant par une abondante et disparate cartographie (21). De son côté, Bahrein, s'appuie sur l'occupation effective « de façon continue et ininterrompue au cours des deux derniers siècles » (22) comme source de son titre. Parmi les différentes manifestations (titres-preuve) de cette occupation

(19) « La formule ainsi agréée fixait les limites du différend dont la Cour aurait à connaître. Elle avait pour but de circoncrire ce différend, mais, quel que soit le mode de saisine, elle laissait à chaque des Parties la possibilité de présenter à la Cour ses propres prétentions dans le cadre ainsi fixé. Par exemple, elle permettait à Qatar de présenter ses prétentions concernant les îles ainsi fixées. Bahrein, comme elle permettait à Bahrein de présenter les siennes concernant Zubarah. Mais si la formule bahreïnne permettait la présentation par chacune des Parties de prétentions distinctes, elle n'en supposait pas moins que l'ensemble du différend soit soumis à la Cour » (Délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahrein (*Qatar c. Bahrein*), arrêté du 1<sup>er</sup> juillet 1994 (compétence et recevabilité) : *C.I.J. Recueil* 1994, § 38).

(20) Voir l'opinion dissidente du juge Torres Bernardez (§§ 197-200).  
(21) « ... si ce n'est pas possible de lui [la cartographie] réserver un poids substantiel dans la configuration de l'instance d'un titre de Qatar sur les îles Hawar (ainsi du reste que sur Zubarah). Il est en tout état de cause impossible de l'ignorer totalement comme l'a fait l'arrêt de la Cour sans aucune explication », op. diss. commune, § 148. Comme l'ont à dire M. Bandy (Qatar) dans sa plaidoirie orale : « ... in situations where the territory in question lacks a permanent population, as was the case with the Hawar Islands, it is to be expected that the Parties will be able to show little, if any, credible evidence of actual administration and control on the ground. And in such cases, a consistent pattern of map evidence, such as we have here, can be especially useful in demonstrating how the territorial situation was viewed by third parties as a matter of informed opinion » (31 mai 2000, CIR 2000/7, § 76).

(22) *C.I.J.*, 2001, § 101.

effective, Bahrein invoque : a) « la permission accordée par les Al Khalifa à la tribu des Dowasir de s'installer sur les îles Hawar » ; b) certaines « décisions de tribunaux bahreïnites » dans des litiges civils ; c) « l'arrestation et la comparution forcée de résidents des îles Hawar devant les tribunaux de Bahrein » ; d) la reconnaissance des Etats tiers, notamment par l'Empire ottoman, suzerain à l'époque de la presqu'île qatarie, et par la Grande-Bretagne. Mais la pièce maîtresse de l'argumentation bahreïnite repose sur la décision « de la Grande-Bretagne du 11 juillet 1939 selon laquelle les îles Hawar appartenaient à Bahrein et non à Qatar » (23). Ainsi, fut-il prétendu par Bahrein, en vertu du principe de l'*uti possidetis*, cette décision, faisant « partie intégrante du legs colonial », viendrait à s'opposer juridiquement aux deux Etats suite à leur accession à l'indépendance (24).

Qatar contesta l'applicabilité du principe de l'*uti possidetis* en l'espèce et ce pour plusieurs motifs, parmi lesquels, celui décisif que ce principe ne peut s'appliquer que lorsqu'il y a des phénomènes de succession d'Etats. Il faut d'ailleurs préciser que cette problématique ne fut guère abordée par la Cour et, partant, elle demeure en dehors de la charpente de son raisonnement (25). Il s'avère, en l'espèce, que tant Bahrein que Qatar n'étaient point de colonies de la Grande-Bretagne, mais plus simplement des « Etats protégés » (26). Au moment du recouvrement de l'indépendance, ou plutôt du droit à l'exercice de celle-ci, les deux Etats ne succédèrent pas à la Grande-Bretagne. Par conséquent, le principe de l'*uti possidetis* n'avait pas à s'appliquer (27).

Qatar contesta également la validité de la décision britannique de 1939 et réitéra, en même temps, en se basant sur l'affaire entre le Burkina Faso et le Mali de 1986, la « primauté de son titre [original] sur les effectivités dont se prévaut Bahrein » (28). Qatar s'empressa également, dans la même veine, de maintenir que son titre étant *original*, par rapport à celui, *dérivé* de Bahrein, seul son *acquisitivement* par rapport aux prétentions de ce der-

(23) *C.I.J.*, 2001, § 103.

(24) *C.I.J.*, 2001, § 103.

(25) Il est à regretter que la Cour, dans son effort exaspéré d'amoindrir son échafaudage argumentatif, n'ait pas daigné offrir, tout au moins, un *obiter dictum* au sujet notamment de l'applicabilité de ce principe dans la région. S'agissant justement de deux pays de culture arabe et musulmane l'occasion aurait été juteuse et fructueuse à la fois. Décision partagée par les trois juges dans leur opinion dissidente commune : « ... en tant que représentants des différents systèmes juridiques du continent africain, nous sommes attachés au principe en question, dont l'importance ne nous a jamais échappé pour la phase post-coloniale du développement de l'Etat en Afrique, dans la stabilité et la paix » (§ 213). Une déclaration autorisée de la Cour avec la valeur qui lui est attachée aurait assurément contribué à affirmer le rayonnement universel de ce principe.

(26) La relation juridique créée par les accords conclus entre la Grande-Bretagne et, respectivement, Bahrein et Qatar comportait, à l'instar des autres traités passés avec les autres emirats de la « Côte des pirates (ou de la Tréve) », une clause de non-aliénation. Par cette disposition, il était stipulé clairement que la Grande-Bretagne n'acquiescerait pas le *ius cogens*, à savoir le droit primordial, de disposition de ces territoires, qui demeurerait en chef à ces Etats.

(27) Cf. Al-Khasawneh (§ 9) ; Torres Bernardez (§§ 425-457).

(28) *C.I.J.*, 2001, § 107.

nier aurait permis le transfert de souveraineté territoriale (29). Or, alléguant-il, un tel acquiescement n'a pas été prouvé. En renfort de l'effectivité de son titre original, Qatar évoqua également certains comportements des États tiers, à savoir toujours les mêmes États.

La Cour observe « l'abondante argumentation développée par les Parties » et en conclut que celle-ci « soulève plusieurs questions juridiques » : a) la nature et la validité de la décision de 1939; b) « l'existence d'un titre original [qatari] »; c) les effectivités [i.e. notamment pouvant donner lieu au titre dérivé bahreïnite]; d) « l'applicabilité en l'espèce du principe de l'*uti possidetis iuris* » (30). Mais, en regard de ce banquet pantagruélique — qu'elle fait miroiter le bref espace d'un instant —, la Cour nous laisse sur notre faim, puisque, de tous ces plats, notre palais juridique doit se contenter, en fin de compte de l'hors-d'œuvre, c'est-à-dire, de la décision britannique de 1939. C'est à cela que l'on faisait référence lorsque, au tout début nous faisons allusion à la ligne unique argumentative adoptée par la Cour. Cette dernière, en dépit d'autres titres et allégations avancées par les Parties, préfère jeter son dévolu sur une partie de ceux-ci et y construire finalement sa *ratio decidendi*. Cette impression affleure de manière péremptoire surtout si l'on parcourt les mémoires et plaidoiries des Parties avant de s'atteler à la lecture de l'arrêt et de ses, nombreuses, opinions individuelles et dissidentes. En fin de compte, la décision de la Cour apparaît un peu mince par rapport à la richesse, osérons-nous dire, la débauche des argumentations développées et articulées par les Parties. La décision de 1939 représente ainsi le plus petit dénominateur commun, mais ne parvient pas tout à fait à dissiper les doutes quant à son caractère exhaustif. En d'autres termes, peut-on, sans ombre de doutes, considérer la situation juridique telle qu'elle a été dépeinte par les Parties, comme se satisfaisant ou trouvant son dénouement *uniquement* dans la décision de 1939 ? Qu'il nous soit permis d'en douter plus loin.

Pour l'instant, il convient de décrire brièvement l'analyse de la Cour relativement à cette décision. D'entrée de jeu, elle se pose la question de savoir s'il s'agit d'une décision arbitrale :

« Elle observe... qu'en droit international public, le mot d'arbitrage vise communément le règlement des litiges entre les États par des juges de leur choix et sur la base du respect du droit » (31).

La Cour, dans le sillage des considérations du Tribunal arbitral dans l'affaire entre Doubaï et Sharjah, constate qu'il n'y avait pas eu d'accord entre

les deux parties susceptible d'instituer une procédure arbitrale, bref qu'il n'y a pas eu de compromis de règlement arbitral. En effet,

« 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 » (32).

Nous ne pouvons pas, néanmoins, nous empêcher d'observer qu'il y eut un consentement — dont la présence est révélée par le verbe au participe passé « *convenues* » et, partant, la Cour était astreinte à se poser la question de la validité des expressions de ce consentement. La Cour, en revanche, inhère de cette constatation que, ne s'agissant pas d'une sentence arbitrale, elle n'avait pas à examiner « la thèse de Bahrein concernant sa compétence pour connaître la validité de sentences arbitrales » (33). Toutefois, cette décision n'est pas dépourvue d'effets juridiques et, la Cour le rappelle, telle avait été également l'interprétation du Tribunal arbitral dans l'affaire précitée entre Doubaï et Sharjah.

Qatar allègue un large éventail de motifs pouvant étayer la nullité de cette décision : a) absence de consentement; b) biais pro-Bahrein des fonctionnaires bahreïniques impliqués dans le processus décisionnel (bref, impartialité douteuse); c) absence de motivation; d) protestations qataries pendant et après la procédure.

Forcé est de les passer en revue, dans l'ordre dans lesquels ils ont été invoqués par Qatar et discutés par la Cour :

a) La Cour déclare que le consentement, notamment qatari, avait été exprimé à plusieurs reprises : *primo*, par un échange de lettres des 10 et 20 mai 1938 et, *secundo* dans la représentation que fit le cheikh Al Thani à l'agent politique britannique après le 27 mai de la même année. Ce « double consentement » est, en conséquence, suffisant.

b) Ne s'agissant pas d'une sentence arbitrale, la validité de cette décision « n'était certes pas subordonnée aux principes de procédure qui gouvernent la validité des sentences arbitrales » (34). De surcroît, le fardeau de la preuve de la prétendue partialité des organes britanniques incombe, suivant la règle consolidée en la matière (35), à Qatar. Ce dernier, cependant, n'a pas réussi à convaincre la Cour.

c) Le défaut de motivation « est sans influence sur la régularité de la décision intervenue des lors qu'aucune obligation de motivation n'avait été imposée au Gouvernement britannique lorsque celui-ci s'était vu chargé de régler l'affaire » (36).

(32) C.I.J., 2001, § 114 [les italiques sont de nous].

(33) C.I.J., 2001, § 114.

(34) C.I.J., 2001, § 140.

(35) « *Et incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* », D.2.2.2.3 (Paulus, De Probatione).

(36) C.I.J., 2001, § 143.

(29) C.I.J., 2001, § 107.

(30) C.I.J., 2001, § 110.

(31) C.I.J., 2001, § 113. Cette formulation est empruntée, la Cour nous le rappelle, à l'article 15 de la Convention de La Haye de 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux.

d) La protestation durant et après la procédure « n'a pu rendre cette décision inopposable au cheikh contrairement à ce que prétend Qatar » (37).

Par conséquent, puisque la décision de 1939 rendue par le Gouvernement britannique n'est pas invalide au regard du droit international, comme l'a prétendu Qatar, elle régit la situation juridique en ce qui concerne les îles Hawar, c'est-à-dire que Bahreïn possède la souveraineté territoriale sur cet archipel.

Il importe de mettre en exergue, en passant, que des 4 arguments avancés par les deux Parties, un seul finira pas être examiné par la Cour, celui relatif à la décision de 1939, les autres n'ayant pas été considérés par la C.I.J. comme étant susceptibles de prouver l'existence d'*autres* (meilleurs ?) titres juridiques.

#### I.C. — *L'île de Janan*

Pour cette île se pose d'emblée un problème relatif à l'identification de l'objet de la controverse et de son étendue territoriale. C'est là une difficulté propre au règlement juridictionnel des conflits territoriaux. En effet, pour Qatar, « il s'agit d'une île d'environ 700 mètres de long et 175 mètres de large... », alors que Bahreïn fait référence, par cette expression à « deux îles qui se trouvent à une distance de 1 à 2 milles... et qui, à marée basse, ne forment plus qu'une île [elles] sont appelées Janan et Hadd Janan. Cela dit, en général, on les appelle ensemble simplement 'Janan' » (38).

Le titre qatari se fonde sur les mêmes faits allégués pour les îles Hawar [voir ci-dessus], le Qatar rétorque, par surcroît, que la décision de 1939 comprend également cette île. Bahreïn contestant tout d'abord le titre qatari fondé sur la proximité (i.e. la position de l'île en deçà des eaux territoriales qataries, ensuite, que la décision de 1939 englobait également Janan (ou Janan et Hadd Janan)), avance son titre fondé sur l'occupation effective. Celle-ci se serait effectuée et se serait maintenue dans le temps grâce à « l'utilisation régulière de Janan par des pêcheurs bahreïnites » (39). En d'autres termes, les manifestations d'effectivité avancées par Bahreïn se réduisent aux faits de simples particuliers comme preuve justement ou comme source de son titre original (40).

La Cour, conformément à sa démarche originale, s'interroge sur la question de savoir si la décision de 1939 couvre-t-elle l'île de Janan. Ce qui revient à se demander si l'archipel des Hawar englobe-t-il cette dernière. Pour résoudre cette question il faut regarder la manière dont les fonctionnaires britanniques chargés de la procédure avaient envisagé l'*étendue terri-*

itoriale de la controverse. Or, il s'avère que, dans le cadre de cette procédure, quelque peu touffue et embrouillée, pas moins de quatre listes — indiquant les points de la controverse territoriale — furent soumises par Bahreïn au Gouvernement britannique!

La Cour note qu'il n'y a « pas identité entre les trois listes » (41) que Bahreïn avait présentées avant la décision de 1939 et que, en ce qui concerne la quatrième, la seule, en fait, qui mentionne expressis verbis l'île de Janan, elle n'a été « soumise au Gouvernement britannique qu'en 1946, soit plusieurs années après l'adoption de la décision de 1939 » (42). La quatrième liste ne peut donc pas jeter une lumière décisive — tant s'en faut — sur la manière dont les fonctionnaires britanniques appréhendaient la situation factuelle. Toutefois, cette décision se révèle capitale, mais pour une autre raison : la mention expresse de l'île de Janan qui y figure constitue la preuve que, lors de la procédure ayant abouti à la décision de 1939, elle n'avait pas été prise en compte. De fait, en 1947, le Gouvernement britannique, à la demande des deux Etats, procéda « au partage de leurs fonds marins ». Sa décision fut communiquée à Bahreïn et Qatar par deux lettres du 23 décembre 1947. Dans ces lettres, est dit clairement « que l'île de Janan n'est pas considérée comme faisant partie du groupe des Hawar » (43). Ces lettres constituent l'interprétation (authentique) de la décision de 1939; elles contiennent également la « décision » adoptée par le Gouvernement britannique relativement à la délimitation maritime. Il s'ensuit, par tant, que le sort de cette île ne fut pas scellé par cette décision et qu'il ne doit pas forcément suivre celui des îles Hawar (44).

Le destin de cette île sera donc décidé dans son cadre naturel, c'est-à-dire dans le contexte de la délimitation maritime.

Ainsi s'achève la partie territoriale de l'affaire, d'ailleurs la plus substantielle.

#### II. — L'ARRÊT DE LA COUR EN MATIÈRE DE DÉLIMITATION MARITIME

Dans la partie la plus ramassée et condensée de son arrêt, la Cour affronte la question de la délimitation maritime. Suivant une pratique laquelle peu discutable, puisqu'elle introduit un ingrédient de subjectivité dans le droit et puisqu'elle fait la part belle aux Etats (arbitralisation de la pro-

(41) C.I.J., 2001, § 183.

(42) C.I.J., 2001, § 183.

(43) C.I.J., 2001, § 164. *Contra* : Kojoianans (§§ 84, 88).

(44) En raison de la pénurie d'explications de la part de la Cour à cet égard, on serait amenés à croire que, *tertium non datur*, l'île de Janan ne pourrait échoir qu'à l'une ou à l'autre des Parties. Par conséquent, puisqu'elle n'était pas concernée par la décision de 1939 (titre dérivé bahreïne), l'île de Janan devait nécessairement être soumise à la souveraineté territoriale qatarienne.

(37) C.I.J., 2001, § 145.

(38) C.I.J., 2001, § 140.

(39) C.I.J., 2001, § 155.

(40) Cf. ci-dessous note 214.

cédule judiciaire), la Cour commence par affirmer que, en ce qui concerne le droit applicable :

« les deux Parties reconnaissent que la plupart des dispositions de la convention de 1982 [c'est-à-dire la Convention] qui sont pertinentes en l'espèce, relatent le droit coutumier » (45).

Et la C.I.J. ? Qu'en est-il de la règle « *Iura novit curia* » ? La C.I.J., peut-elle se contenter de la reconnaissance par les Etats (donc auto-interprétation, acte subjectif par excellence) de l'existence et du contenu des règles de droit international ? Peut-elle abdiquer ainsi à sa fonction *fondamentale* qui est celle de la *constatation* du droit international, notamment du droit coutumier, en se satisfaisant exclusivement de l'acceptation par les Parties ? Or, la C.I.J. n'est pas — à la différence d'un tribunal arbitral — un organe (commun) des Etats. La Cour est l'organe judiciaire principal de l'O.N.U. (art. 92 de la Charte), les anglo-saxons ne l'appellant pas, un peu pompeusement il est vrai, « World Court » ?

Bien que les Parties aient demandé à la Cour de tracer une « ligne maritime unique » (46), en l'espèce, cette dernière « procédera de la délimitation de diverses juridictions » (47). En effet, dans le secteur méridional, puisque la distance entre les côtes des deux Parties « n'est nulle part supérieure à 24 milles marins », il s'agira de délimiter la mer territoriale entre les deux Etats, « c'est-à-dire un espace sur lequel les Parties exercent un souveraineté territoriale ». Dans le secteur septentrional, en revanche, en raison de l'écart entre les deux rivages ainsi que de la conformation des littoraux respectifs, la Cour devra tracer une ligne — toujours unique — mais délimitant le plateau continental et la zone économique exclusive entre les deux Parties.

La C.I.J. décrit plus loin la méthode prévue par le droit international aux fins de la détermination de cette ligne maritime unique. La démarche s'articule en trois mouvements : a) établir, à titre provisoire, une ligne d'équidistance pour la mer territoriale, tout en vérifiant aussitôt les événements « ajustements » en fonction de circonstances spéciales; b) identification des règles et principes du droit coutumier « à appliquer pour la délimitation de leurs plateaux continentaux et de leurs zones économiques exclusives ou de leurs zones de pêche » (48); c) enfin, il conviendra de comparer cette dernière délimitation avec celle relative à la mer territoriale afin de déceler les éventuelles discordances.

La fixation des lignes de base représentée, comme chacun le sait, la phase incontournable à toute détermination de ligne maritime, qu'elle soit unique

(45) C.I.J., 2001, § 167.

(46) La C.I.J. observe, au passage, que ce concept « n'est pas issu du droit conventionnel multilatéral mais de la pratique étatique » (§ 172).

(47) C.I.J., 2001, § 169.

(48) C.I.J., 2001, § 176.

ou non. A cet égard Qatar avait invoqué le « calcul de masse terrestre à masse terrestre » en excluant l'effet des îles ainsi qu'en prenant compte la laisse de haute mer, cependant que Bahreïn avait construit sa thèse juridique en revendiquant le statut d'Etat archipel de facto ou, tout au moins, d'un Etat pluri-insulaire. Cette qualification juridique soutenue par Bahreïn est tout naturellement contestée par Qatar, non seulement en fait mais aussi en droit, qui considère la partie IV de la Convention [qui régle-mente précisément le statut d'Etat archipel] comme ne reflétant pas le droit coutumier, et partant, à ce titre, lui étant inopposable.

La Cour évacue assez rapidement cette revendication bahreïnite, alors que cet Etat avait, lors des plaidoiries et dans ses pièces écrites disséqué en long et en large cette notion et son application dans le cas d'espèce. En affirmant que « Bahreïn n'a pas fait de cette revendication l'une de ses conclusions formelles », la C.I.J. remarque qu'elle « n'est pas prise de prendre position sur cette question » (49). Exit, donc, l'argument relatif au statut d'Etat archipel! (50) Les « gains » que Bahreïn aurait pu engranger si la Cour lui avait reconnu le caractère d'Etat archipel auraient été substantiels. En effet, en termes de fixation des lignes de base, Bahreïn aurait pu se prévaloir des lignes de base droites, c'est-à-dire mesurées à partir des limites extérieures du conglomérat (chapelet) d'îles. Une fois rétutée cette qualité à Bahreïn, « chaque formation maritime aura ainsi son propre effet sur la détermination des lignes de base... » (51).

Par conséquent, la Cour peut s'atteler sans plus tarder à la fixation des lignes de base à partir desquelles sera déterminée la largeur des mers territoriales respectives, en tenant compte, « selon les règles de droit international applicables », des laisses de basse mer. Aux fins de la détermination de ces dernières, il importe d'identifier la configuration exacte des côtes, notamment dans le versant bahreïnite, car parsemé d'îles, îlots, haut-fond découvrants et autres affleurements.

La constatation de la souveraineté sur ces formations maritimes se révèle pourtant problématique à la délimitation maritime. En effet, les deux Parties ont tour à tour considéré ces formations terrestres pélagiques comme

(49) C.I.J., 2001, § 183. La Cour remarque que « le fait qu'un Etat se regarde comme un Etat pluri-insulaire ou un Etat archipel de facto ne l'autorise pas à s'écarter des règles normales de détermination des lignes de base, à moins que les conditions routines soient remplies » (§ 213). C'est la question consubstantielle au droit international relativement à l'auto-interprétation et à ses effets juridiques. En l'espèce, l'auto-interprétation bahreïnite, en matière d'Etat archipel, ne coïncide pas avec la constatation de la Cour des règles et principes de droit applicables. La première doit forcément céder à la seconde; celle-ci n'est opposable qu'à l'Etat autour de la qualification alors que celle-ci déploie ses effets erga omnes. En effet, pour être considéré comme un Etat archipel, Bahreïn aurait dû émettre une déclaration conformément à la Partie IV de la Convention et, si les conditions avaient été réunies, il aurait figuré dans la liste que le Secrétaire général des Nations Unies met régulièrement à jour.

(50) Ce qui est un peu dommage, puisque il eût été souhaitable d'avoir une prise de position de la C.I.J. sur le caractère coutumier de la partie IV de la Convention.

(51) C.I.J., 2001, § 215.

des îles ou inversement comme des hauts fonds découvrant. La question est loin de n'être qu'académique, puisque alors que les premières gênerent leur propre mer territoriale, la souveraineté sur les seconds dépend de leur emplacement par rapport à la ligne de délimitation maritime. Les premières relèvent (du droit) de la Terre, les seconds (du droit) de la Mer; les premières se trouvent en amont de la délimitation maritime et elles l'influencent cependant que les seconds se trouvent en aval et ils sont influencés par celle-ci. Exactement comme (le Droit de) la Terre domine (le Droit de) la Mer!

Cela engendre des lourdes répercussions au niveau de l'identification des lignes de base. En effet, alors que les îles « en toutes circonstances, peuvent fournir des points de base pour le tracé des lignes de base droites » (52), les hauts-fonds sont, à cet égard, absolument sans influence. Encore, dans le cas de figure de hauts-fonds découvrants se trouvant dans la zone de chevauchement

« de la mer territoriale de deux Etats [comme c'est le cas, par endroits, ici] ... les droits concurrents que les deux Etats côtiers tirent des dispositions pénales du droit de la mer semblent nécessairement devoir se neutraliser. [...] La Cour conclut par suite que de tels hauts-fonds découvrants ne doivent pas être pris en compte aux fins du tracé de la ligne d'équidistance » (53).

Par conséquent, dans le dessein de délimiter ce tracé, la Cour doit au cas par cas vérifier la qualité d'île de ces différentes formations maritimes. En amont, la Cour se devait donc de définir la catégorie normative d'île et précise, à cet égard, que, en droit international, on entend par ce terme toute « étendue naturelle de terre entourée d'eau qui reste découverte à marée haute » (54).

Les « pierres » d'achoppement qui s'interposent, au propre comme au figuré, entre les Parties sont les suivantes :

a) *Fasht al Azm*. Alors que Qatar considère ce dernier comme un haut-fond découvrant, Bahreïn estime que, en dépit d'un chenal (navigable en permanence?) artificiel le séparant de l'île de Sitrah, il ferait partie intégrante de celle-ci. Bien que se défendant de prendre vraiment position, il s'avère ultérieurement que la Cour considère finalement cet affluement comme un haut-fond découvrant, dominant ainsi raison à Qatar (55). De manière provisoire, la Cour aurait tracé deux lignes d'équidistance suivant que cette formation fasse partie intégrante de l'île de Sitrah ou qu'elle en soit séparée (56).

(52) C.I.J., 2001, § 208.

(53) C.I.J., 2001, § 202, 209.

(54) C.I.J., 2001, § 195. La C.I.J. fait expressément référence respectivement aux articles 1, paragraphe 1 de la convention de Genève de 1958 et 121, paragraphe 1, de la Convention.

(55) C.I.J., 2001, § 220.

(56) C.I.J., 2001, § 216.

b) *Qit'at Jaradah*. Le Gouvernement britannique, dans sa décision précitée de 1947, le considéra comme un haut-fond découvrant, reconnaissant au « souverain de Bahreïn 'des droits souverains sur la région des hauts-fonds de Dibal et de Jaradah', bien que ces deux formations maritimes soient situées du côté qatari de la ligne » (57). Bahreïn prétendit, lors de la procédure, que cette formation « avait retrouvé son statut d'île grâce à un phénomène naturel de sédimentation » (58), ce que Qatar contesta, s'appuyant sur la cartographie. En conformité avec la notion d'île érudite plus haut, la Cour constate que Qit'at Jaradah est bel et bien une île et comme telle susceptible d'appropriation selon les modalités du droit relatif aux espaces terrestres, notamment aux manifestations de la Puissance publique, bref de l'effectivité du titre territorial. A cet égard, la Cour observe que « compte tenu de la taille de Qit'at Jaradah, les activités exercées par Bahreïn sur cette île peuvent être considérées comme suffisantes pour étayer sa revendication selon laquelle celle-ci se trouve sous sa souveraineté » (59).

c) *Fasht ad Dibal*. Les deux Parties sont unanimes pour qualifier cette formation maritime en tant que haut-fond découvrant, mais elles divergent, en revanche, sur la possibilité et les modalités de son appropriation. Cette controverse offre à la Cour une juteuse occasion qu'elle ne se laisse pas échapper pour mettre en relief les différences fondamentales entre les controverses relatives aux espaces maritimes (y compris, par tant, les hauts-fonds découvrants) et celles relatives aux espaces terrestres (y compris, par tant, les îles, quelle que soit leur taille). La C.I.J., rejetant la prétention bahreïnite, suivant laquelle un Etat pourrait établir sa souveraineté sur un haut-fond découvrant en faisant valoir « un titre supérieur », en termes d'effectivité, déclare qu'une telle formation maritime n'est pas susceptible d'appropriation par le biais classique de l'acquisition territoriale. La souveraineté sur un haut-fond découvrant dépend donc de sa situation par rapport à la ligne de délimitation maritime. Il est la conséquence de celle-ci et non pas sa cause; il est déterminé par rapport à celle-ci, il n'est donc pas *déterminant* (60). Entre autres conséquences, un complexe de hauts-fonds découvrants n'est pas

(57) C.I.J., 2001, § 191.

(58) C.I.J., 2001, § 192.

(59) C.I.J., 2001, § 197.

(60) « 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 établie que uniformément 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 ouvrent des droits aux Etats sur ce qui concerne les hauts-fonds découvrants situés à une distance relativement faible de la côte » (§ 205). Il demeure que la C.I.J. aurait pu être plus rigoureuse en remplaçant ces quatre derniers mots qui engendrent un fâcheux flou par le critère de l'étendue de la mer territoriale.

susceptible d'engendrer, à la différence d'un complexe d'îles, le fameux phénomène du « saute-mouton » (*frog-leap*) (61).

La Cour peut maintenant tracer la ligne d'équidistance. Elle relève tout d'abord que Fasht al Azm, quelle que soit sa qualification, représente une circonstance spéciale la poussant à choisir une ligne « de délimitation passant entre Fasht al Azm et Qit'ash Shajarah » (62). Quant aux effets des îles sur le tracé de la ligne, il reste à examiner le cas de Qit'at Jaradah, dont la Cour compte tenu de son emplacement ainsi que de ses dimensions, attène considérablement les effets.

La ligne maritime unique dans le secteur méridional (départageant donc les mers territoriales respectives) sera ainsi construite. Sans identifier le point triple, c'est-à-dire avec l'Arabie saoudite, le tracé suivra une direction générale nord-est, est et nord « pour passer entre les îles Hawar et la péninsule de Qatar », laissant tour à tour Fasht Bu Thur, Fasht al Azm et Qit'at Jaradah du côté bahreïnite et Qit'a al Erge, Qit'at ash Shajarah et Fasht al Dibal du côté qatari (63). La Cour ne put néanmoins manquer de constater que le chenal « étroit et peu profond » entre les îles Hawar et la presqu'île de Qatar, par où passe désormais la ligne de délimitation maritime, est « peu propice à la navigation », pourtant essentielle en vue de l'exploitation future de la façade occidentale qatarie ainsi que de l'exigence pour cet Etat de pouvoir assurer la liaison maritime entre le point septentrional et méridional de cette même façade. Puisque l'espace maritime entre les îles Hawar et les autres îles bahreïnites plus à l'ouest ne relève pas des eaux intérieures de cet Etat, mais c'est de la mer territoriale, la Cour s'empresse de déclarer que :

« les navires de Qatar, comme d'ailleurs ceux de tous les autres Etats, jouissent dans ces eaux du droit de passage inoffensif consacré par le droit international coutumier » (64).

Ce qui veut dire que les liaisons maritimes entre le sud et le nord de la façade occidentale qatarie pourront être effectuées à *travers la mer territoriale bahreïnite*. Il demeure néanmoins que, au point de vue de la navigation, il y a une solution de continuité des eaux territoriales ainsi qu'intérieures qataries entre le nord et le sud des îles Hawar. Cette conséquence de la délimitation maritime, sur laquelle nous reviendrons plus loin, est loin d'être optimale (équitable ?) pour le Qatar.

Une fois défini le tracé dans le secteur méridional, il ne reste plus à la Cour que le secteur septentrional « qui couvre à la fois le plateau continental et la zone économique exclusive », c'est-à-dire des espaces juridiques

(61) C.I.J., 2001, § 207.  
 (62) C.I.J., 2001, § 218.  
 (63) C.I.J., 2001, § 222.  
 (64) C.I.J., 2001, § 223.

entre lesquels existent des liens étroits (65). Pour ce faire, la Cour adopte la même approche que pour le tronçon méridional, à savoir la « règle de l'équidistance/circonstances spéciales » (66). Parmi celles-ci, Bahreïn invoque les « bancs d'huîtres perlières » et leur exploitation par ses ressortissants depuis les temps immémoriaux. La réponse de la Cour à cet égard qui est axée sur deux points ne souffre d'aucune contestation : a) comme Qatar l'a soutenu, « l'industrie perlière a effectivement disparu, et ce depuis fort longtemps » (67) ; b) « la pêche aux huîtres perlières dans la région du Golfe était traditionnellement considérée comme un droit exercé en commun par les populations riveraines » (68).

Par conséquent, l'existence de ces bancs perlières et leur exploitation ne saurait justifier, comme le prétend Bahreïn, « un déplacement vers l'est de la ligne d'équidistance » (69).

Reste l'écueil — juridique cette fois-ci — de la décision britannique de 1947. Or, la Cour observe que

« aucune des Parties ne l'a acceptée comme ayant force obligatoire et qu'elles n'en ont invoqué que certains éléments à l'appui de leurs arguments » (70).

Par surcroît, cette décision n'ayant trait qu'au partage des fonds marins entre les Parties, elle

« ne saurait donc être considérée comme directement pertinente aux fins du présent processus de délimitation » (71).

Les motivations invoquées par la Cour nous laissent perplexes. En premier lieu, le traitement radicalement différent accordé respectivement à la décision de 1939 et à celle de 1947, alors que la procédure et les modalités sont exactement les mêmes, nous paraît à la fois erroné et contradictoire. Erroné, puisqu'on retrouve les mêmes ingrédients que lors de la procédure ayant abouti à la décision de 1939, les doutes à son encontre — peut-être — en moins ! Contradictoire, puisque, répétons-le, les deux procédures sont identiques. Le défaut — postérieur — d'acceptation de la décision n'est pas en soi constitutif de la force juridiquement contraignante de la décision, comme la Cour l'a si bien dit pour la décision de 1939 rejetant la prétention qatarie. Pourquoi alors, dans le cas de la décision de 1947, conférer à cette absence d'acceptation un tel effet juridique, alors que rien, ni en fait ni en droit, ne saurait le justifier ? Deuxièmement, le fait que les Parties n'ont invoqué que « certains éléments à l'appui de leurs arguments » n'est pas en soi juridiquement significatif et encore moins à l'égard du caractère juridi-

(65) C.I.J., 2001, § 224. Cf. *infra* III C.  
 (66) C.I.J., 2001, § 231.  
 (67) C.I.J., 2001, § 235.  
 (68) C.I.J., 2001, § 236.  
 (69) C.I.J., 2001, § 236.  
 (70) C.I.J., 2001, § 239.  
 (71) C.I.J., 2001, § 240.

quement obligatoire de la décision de 1947. Ce caractère ne dépend pas du libre choix des Parties à en invoquer l'application ou, encore, sa nullité. Le fondement du caractère juridiquement contraignant de cet acte, quelque soit sa nature (décision arbitrale ou politique), ne dépend ni de son acceptation par le Parties, ni, encore moins, de leur aptitude ou volonté à l'invoquer. Son fondement réside ailleurs, à savoir là même où la C.I.J. a trouvé celui de la décision de 1939 (72).

Revenant à la fixation du tracé dans sa portion septentrionale, ne reste plus qu'à jauger l'effet de la seule île susceptible d'engendrer une déviation, en l'espèce vers l'est, de la ligne de délimitation maritime. Il s'agit de l'île de Fasht al Jarim, « située très au large et dont, au plus, une partie infime serait découverte à marée haute » (73). Très justement ici, la C.I.J., compte tenu des autres facteurs et « circonstances de l'espèce [ainsi que] des considérations d'équité » se borne à ne lui attribuer aucun effet sur le tracé de la ligne.

### III.A. — *Décision de 1939*

Nous croyons que la toute première question qui doit être abordée est celle relative à la décision britannique de 1939. La Cour, nous l'avons vu, lui refuse l'adjectif « arbitrale » (74), tout en lui reconnaissant cependant un caractère obligatoire. Quelle est donc sa véritable nature ? Serait-elle une décision politique, administrative (75) ou devrait-elle trouver sa *ratio iuris* dans les rapports juridiques particuliers liant la Grande-Bretagne aux deux États ?

Ce n'est pas une sentence arbitrale ! De cette prémisse, la Cour fait découler tout un tas de conséquences décisives, puisque, de sa nature, qui n'est dévoilée que par la négative (ce n'est pas), dépendent, par exemple, les conditions de sa validité. Cet aspect n'a évidemment échappé ni à certains juges ni, encore moins aux Parties qui n'ont pas lésiné d'efforts afin d'élayer leur propre interprétation.

Les juges Bedjaoui, Ranjiva et Koroma, dans leur opinion dissidente commune parlent précisément de *validité formelle* et *matérielle* de cette décision (76), la Cour n'ayant pas douté de la première et seulement de manière lacunaire de la seconde (77). Toute la procédure décisionnelle britannique serait imprégnée d'un *fumus* d'invalidité. En premier lieu, la déci-

(72) Nous y reviendrons plus loin (III A).

(73) C.I.J., 2001, § 248.

(74) Dans ce sens : opinion dissidente du juge Torres-Bernardoz (§ 299-304).

(75) Le juge Vereshchetin chercherait pour cette qualification, ce qui lui enlèverait le caractère de *res iudicata* (§ 10).

(76) Voir aussi l'opinion dissidente du juge Torres-Bernardoz qui évoque les mêmes concepts

(§§ 336 et s.),  
(77) § 18.

sion de 1936 (78), tout en n'ayant qu'un « caractère provisoire », renversa le fardeau de la preuve au détriment de Qatar. Ce dernier État dut en effet « réitérer la revendication de Bahrein sur les îles [Hawar], quand bien même la proposition adressée plus tard au souverain de Qatar ne contenait pas les éléments de preuve sur lesquels Bahrein fonda sa propre revendication. Ainsi, il n'était pas donné au souverain qatari la possibilité de réitérer les arguments de Bahrein » (79).

En conséquence, non seulement l'articulation de la procédure opérera un renversement du fardeau de la preuve — que rien ne justifiait —, mais de surcroît le souverain de Qatar se trouverait dans l'impossibilité presque matérielle de pouvoir répliquer à la revendication puisque les tenants et les aboutissants de cette dernière ne lui étaient pas communiqués par la Grande-Bretagne : une double position d'infériorité, donc ! (80) Ce renversement est d'autant plus étonnant que Qatar jouissait — au moins pour une partie des îles Hawar (celles se trouvant en entier ou en partie dans ses eaux territoriales de l'époque) — d'un titre original fondé précisément sur la proximité. L'on ne saurait partant partager, à la lumière des faits exposés, l'interprétation de la Cour suivant laquelle Bahrein avait *prima facie* en 1938 un titre sur les îles Hawar en raison de son « occupation formelle » (81). Qui mieux que les autorités britanniques savait qu'à cette époque-là la procédure décisionnelle avait déjà été entamée et que, partant, une telle manifestation (éventuelle) de la Puissance publique n'était pas idoine, conformément aux principes de droit international pertinents (82), à créer un titre territorial. Le déclenchement de la procédure aurait dû donc avoir comme effet de geler la situation territoriale et donc d'invalidier, aux fins de la création du titre territorial les éventuelles effectivités bahreinites. Ce qui aurait comme conséquence le renversement du fardeau de la preuve puisque non plus Bahrein mais Qatar aurait joui *prima facie* (ou de manière présomptive) d'un titre sur les îles, découlant de la proximité et de leur situation partielle et/ou totale à l'intérieur de sa mer territoriale. Avoir donc permis aux autorités bahreinites d'effectuer en douce l'occupation de ces espaces a eu comme conséquence d'abord la création d'un titre dérivé

(78) Que M. Torres-Bernardoz qualifie de « covert arbitration » puisqu'elle se déroula à l'insu de l'une des Parties en cause, c'est-à-dire Qatar (§ 312).

(79) Op. diss. commune § 30.

(80) Le juge Torres-Bernardoz fait justement observer que tout au long de la procédure avant abouti à la décision de 1939, « Bahraïn [was] never presented as the claimant by the British deontemisation » (§ 337). Ainsi, le renversement de la charge de la preuve s'était opéré de manière autant inhumaine que la procédure tout entière.

(81) C.I.J., 2001, § 141.

(82) « [L']arbitre ne saurait se fonder sur la possession des territoires litigieux pour résoudre la question de propriété de ces territoires, principalement quand la possession est postérieure en date à la naissance du litige », ALVAREZ, A., « Des occupations de territoires contestés », *RGDIP*, Vol. 10 (1903), p. 683.

(très convoité) (83) et, ensuite, l'inversion du rôle des Parties dans une controverse dans laquelle les faits et/ou actes pouvant engendrer des titres territoriaux valables étaient fort peu nombreux.

D'autre part, pour que cette décision — non arbitrale — pût être considérée comme obligatoire en droit, il fallait le consentement des parties (84). Car, ou bien elle tire son caractère juridiquement contraignant d'une norme supérieure le lui reconnaissant ou bien cette norme doit être posée par un autre acte juridique (conventionnel ou deux actes juridiques unilatéraux) : *tertium non datur* ! On ne peut pas imaginer une validité et une obligatorité auto-référentielle surtout dans un domaine aussi sensible et important comme celui de la souveraineté territoriale où s'opposent deux Etats souverains. Or, en l'absence d'une norme supérieure (qu'elle soit de droit interne ou droit international), ne reste plus que le cas de figure d'un consentement librement exprimé par les deux Etats. En l'espèce, cependant, un tel consentement, nécessaire, paraîtrait vicié. A cet effet, le dol a été invoqué par Qatar et évoqué par les juges Bejaoui, Koroma et Ranjeva. Cause de nullité codifiée par la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités à son Article 50, le dol aurait consisté en l'espèce dans le comportement des agents britanniques qui auraient non seulement caché la décision « provisoire » de 1936 (et la « procédure officieuse ») mais ils auraient, de surcroît, aidé les bahreinites à occuper en catimini une partie des îles Hawar afin de créer des effectivités. Effectivités qui, puisqu'elles étaient mises en œuvre après le début de la procédure, n'auraient pas pu créer un titre mais elles auraient pu être seulement invoquées comme preuve d'un titre préexistant. Les susdits juges pointent également leur doigt sur le caractère présumé indivisible du consentement qatari, à savoir respectivement le consentement à la procédure et celui quant au fond. Or, une telle consubstantialité ne peut pas être déduite logiquement ou de manière abstraite, elle doit « être établie [alors qu'] elle est seulement présumée » par la C.I.J. (85). On peut, pourtant, même douter qu'un tel consentement à la procédure ait été véritablement et librement exprimé par le cheikh Al Thani. Comme le dit assez clairement le juge Kooijmans dans son opinion individuelle,

« Only by giving a rather imaginative interpretation of these events can the Ruler of Qatar be said to have given his consent... » (86).

Parmi les vices du consentement qui ont été invoqués par Qatar lors des débats devant la C.I.J., il faut retenir le dol et la contrainte, tous deux étant des causes de nullité bien établies pouvant affecter un accord interna-

tional (87). A cet égard, il n'est pas oiseux de remarquer que la participation du cheikh de Qatar à la procédure d'attribution de 1938-1939, déclinée par Bahrein, se réduisit au simple rôle de figurant. De surcroît, lorsqu'en 1938 Bahrein commençait à occuper une partie des îles Hawar alors que la procédure décisionnelle, du moins subrepticement, était déjà bien engagée auprès des autorités britanniques, ces dernières, pourtant bien au courant de ces agissements, ne soulevèrent aucune opposition s'agissant d'occupation de territoires tout au moins contestés (88).

En vérité, cela ne résiste pas aux faits allégués devant la Cour. Même si l'on ne veut pas reconnaître dans l'échange de lettres le consentement des parties, il n'en demeure pas moins que ce dernier peut être déduit de leur comportement concluant. On peut envisager qu'il y a eu acceptation de la procédure par le biais de la rencontre chez le Foreign Office (ou auprès du Gouvernement des Indes) de deux consentements distincts déduits du comportement convergent des deux Etats (89). L'on ne saurait, pourtant, pas nier qu'un tel consentement ait pu être donné, abstraction faite, bien entendu, des vices qui l'ont entaché, atteint et dont nous avons déjà parlé.

Nous devons quand même nous demander si, en général, un deuxième consentement, c'est-à-dire quant au fond, est véritablement requis par le droit international. En effet, soumettre la validité et/ou l'opposabilité de la décision à l'acceptation ultérieure des parties signifierait ôser à cette procédure décisionnelle toute sa signification juridique et subordonner celle-ci à la volonté des Etats (90). Il n'en demeure pas moins que l'expression du consentement de Qatar à la procédure décisionnelle a été viciée par le comportement frauduleux de certains fonctionnaires britanniques. Suivant la

(87) Le juge Torres-Bernardet en évoque bien d'autres : « There is also arbitrariness. Internal inconsistency and arbitrariness, as well as incongruity, are in law a cause or ground which may affect the essential validity and, therefore, the applicability of the decision concerned. This is recognized in the various legal systems of the world to the point of being a general principle of law (Art. 38 of the Court's Statute). It must be added that internal inconsistency may vitiate a decision independently of its judicial, administrative or political character » (§ 344). Le juge *ad hoc* qatari décale cette incohérence interne et la partialité dans le « Weightman Report » sur lequel se fonde la décision de 1939, puisqu'il y a contradiction entre les principes de droit applicables (première majeure) et la décision (conclusion). Bref, on pourrait dire que le manquement du syllogisme juridique se trouve quelque peu perturbé. Il est en effet affirmé que : « Weightman was aware of the presumed possession principle of international law in the case of unoccupied islands or groups of islands located wholly or partly in the territorial maritime belt of a given State. However, he did not apply this standard to Qatar's claim in so far as the Hawar Islands other than Jazira Hawar are concerned. He chose to apply proximity or contiguity to Jazira Hawar and not to the Qatar Peninsula or mainland. In our opinion, such inconsistency and arbitrariness affect in law the essential validity of the 1939 British 'decision' » (§ 351).

(88) Cf. ALVAREZ, A., *supra* (note 82).

(89) Contra : Torres-Bernardet (§ 318), pour lequel le simple comportement ne saurait suffire. Toutefois, l'absence de formalisme du droit international ou plutôt le formalisme spécifique à ce dernier permet que des droits, facultés ou situations juridiques puissent être créés de cette manière.

(90) Comme d'ailleurs le prétendit M. Reisman (Bahrein) : « ... that Qatar has consented to the arbitration is irrelevant. As Qatar has not consented to the award, it is not bound by it » (9 juin 2000, CR 2000/12, § 20).

(83) Le juge Torres-Bernardet initiale d'ailleurs l'un des sous-chapitres de son opinion dissidente « Bahrain's search for a 'destravante' title » (§ 289).

(84) Cf. l'opinion individuelle du juge Kooijmans (§ 45).

(85) Op. diss. commune, § 37.

(86) § 57. Dans le même sens Torres-Bernardet (§ 318).

conception communément admise du dol en tant que cause d'invalidité de traités internationaux, le Qatar se serait donc fait une représentation inexacte de la réalité à laquelle il exprimait son consentement. A l'origine de cette représentation erronée de la réalité, se trouvait précisément la conduite trompeuse des organes britanniques impliqués dans la procédure. Bref, il donna son consentement *parce qu'il* avait été induit en erreur par le comportement de ces derniers.

Les juges Bedjaoui, Koroma et Ranjeva parlent en l'espace d'un *dol à quatre temps*, comme s'il s'agissait d'une symphonie de Beethoven :

*« d'abord taire l'existence de la décision de 1936; ensuite laisser accroître l'idée que l'occupation bahreïnite qui en est réellement résultée 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 » (91).*

On ne saurait pas non plus oublier un certain « biais » (92), un penchant de la part des organes/administrateurs britanniques pour la cause bahreïnite (93). Ce qui a fait dire à certains juges de la Cour que la décision britannique de 1939 consacra un nouvel adage en matière de contentieux territorial et maritime, à savoir « le pétrole domine la terre et la mer » (94) !

En tout état de cause, la décision de 1939 n'était pas susceptible d'asseoir en droit le transfert du titre territorial sur les îles Hawar au bénéfice du Bahreïn.

Étroitement liée à la question de la validité de l'expression du consentement qatari et, partant, de la décision de 1939, figure celle de la « validité substantielle » de cette décision qui entraîne avec elle la question plus large qui est celle de l'« *infra petita* » (95) ou « solution a minima ». En d'autres termes, la Cour n'ayant pas constaté l'invalidité de la décision britannique, finit par régler le différend *exclusivement* sur la base de ce titre juridique, alors que, un autre titre, le titre qatari devrait en tout cas être pesé devant le titre bahreïnite découlant de la décision de 1939. En cela réside le caractère « *infra petita* » du règlement du différend par la Cour, dans le fait de

(91) § 41 [en italiques dans le texte]. Voir aussi, de manière similaire : Torres-Bernardéz, §§ 369-370.

(92) L'argumentation bahreïnite (Reisman, 27 juin 2000, CR 2000/21, § 16) suivant laquelle la Cour n'aurait pas été compétente pour connaître de l'éventuelle partialité britannique lors de la procédure décisionnelle de 1938-1939, puisque cet Etat n'est pas partie devant cette instance, se révèle intenable. La Cour tire en effet la compétence à cette fin, du caractère même des Parties dont l'une conteste la validité d'un acte juridique susceptible de créer des droits et obligations à leur encontre. La C.I.J. ne peut donc pas échapper à ce que lui demande l'une des Parties : à savoir examiner la validité d'un acte faisant droit entre les deux Parties ayant consenti à la procédure instance.

(93) Cf. l'opinion individuelle du juge Al-Khasawneh (§ 5).

(94) Op. diss. commune (§§ 33, 216). Voir aussi : Torres-Bernardéz (§§ 310, 554).

(95) Par cette formule on fait référence « au fait pour une juridiction de ne pas statuer sur tous les chefs de la demande... ». CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, 1998, p. 442.

ne pas avoir examiné et soupesé tous les titres et donc de ne pas avoir décidé sur la base du « meilleur titre » ou du « poids relatif » des titres. Avant de faire cela, il convient de s'arrêter brièvement sur les limites inhérentes à la fonction juridictionnelle, notamment dans les conflits territoriaux. Nous aimerions donc évoquer sur le champ une limite intrinsèque (le principe de l'effet relatif de la chose jugée) et une extrinsèque (le compromis d'arbitrage et les pouvoirs conférés au juge).

Mettons de côté la première, qui ne nous intéresse pas ici (96), et penchons-nous sur la seconde, qui, qualifiée d'« extrinsèque » se résume à l'expression « excès de pouvoir ». Ce défaut découle de la rareté et du contenu généralissime des règles applicables au contentieux territorial, ainsi que, conséquemment, de la large marge de liberté du juge/arbitre dans leur détermination.

Il est généralement admis en effet que le juge doit exercer tout son mandat, que lui ont confié les Parties par le biais du compromis, et qu'il ne doit pas, ainsi faisant, excéder les pouvoirs qui lui ont été attribués à cette fin (97) :

« Arbitrer nihil extra compromissum facere potest » (98).

Nous sommes tout à fait convaincus que l'absence dans l'ordre juridique international contemporain d'un système judiciaire intégré (99), d'une juridiction obligatoire ainsi que, surtout, d'un mécanisme de révision et d'appel des sentences nous conduit à attribuer une signification toute particulière et plus importante à la figure de l'excès de pouvoir. Qu'il suffise de penser que les :

« arbitres au moyen âge, [jouissaient d'une] liberté d'action qui était presque toujours entière [...] seule limitation : le temps-limite dans lequel ils devaient statuer » (100).

La détermination pure et simple du tracé de la ligne de frontière, l'absence de motivation (101) de la sentence qui souvent accompagne certains règlements des différends territoriaux, sont considérées à juste titre comme

(96) Article 59 du Statut de la Cour internationale de Justice.

(97) Cf. Demande d'interprétation de l'Arrêt du 20 novembre 1950 dans l'affaire du droit d'asile (*Colombia c. Pérou*), arrêt du 27 novembre 1950 : C.I.J. *Recueil* 1950, p. 408.

(98) « L'arbitre ne peut point excéder les bornes du compromis », D. 4.8.32.21 [de arbit.], voir aussi D. 4.8.32.15.

(99) Cf. ARI-SAAR, G., « Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 207 (1987-VII), p. 130.

(100) NOVAKOVITCH, M., *Les compromis et les arbitrages internationaux du XII<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1905, pp. 76, 81.

(101) Dans ce sens : The Dubai-Sharjah Border Arbitration (*Doulati c. Sharjah*), sentence arbitrale du 19 octobre 1981, *ILR*, Vol. 91, §§ 57-58; Boundary Case between Costa-Rica and Panama, award delivered the 12 September 1914 by the Permanent Court of Arbitration (Ch. : E. Douglass White), *RSJ*, Vol. 11, p. 546; affaire de la Sentence arbitrale du 31 juillet 1980 (*Guzinde-Bissau c. Sénégal*), arrêt du 12 novembre 1991 : C.I.J. *Recueil* 1991, §§ 42-43; la plaidoirie de M. Reisman (Bahreïn), CR 2000/12 (9 juin 2000), §§ 35-39.

étant des manifestations de l'excès de pouvoir, et éventuellement comme des causes de nullité absolue de la sentence.

L'exemple le plus fréquent d'excès de pouvoir est celui, abondamment cité dans les manuels et monographies spécialisés, de l'*alitra petitā*. Par cette formule, on fait référence à la fâcheuse habitude des organes juridictionnels de faire plus qu'ils en ont été autorisés (*habilités*) par les Parties. Faire plus mais aussi, souvent, en s'arrogeant davantage de moyens. Toutefois, l'instance juridictionnelle peut également pécher par l'excès opposé, c'est-à-dire en faisant moins que ce que les Parties lui avaient requis de faire. Faire donc moins, mais aussi, souvent, en n'exploitant pas la toutes les potentialités, les ressources et les pouvoirs qui lui ont été confiés par les Parties.

En l'espèce, la Cour, en n'examinant pas le titre qatari et toutes les thèses juridiques qui l'étayaient semble statuer *intra petitā*, inspirant ainsi un doute atroce sur la validité substantielle de la décision de 1939.

Encore, en écartant *a priori*, la possibilité d'une souveraineté partagée — alors que cela ne lui était pas interdit, à la différence du compromis d'arbitrage dans la récente affaire entre le Yémen et l'Érythrée —, la Cour finit par perpétrer un double délit, apparemment paradoxal et contradictoire.

D'une part, en se refusant d'examiner le titre (originel) qatari fondé sur la proximité et sur quelques sporadiques manifestations d'effectivité et en se basant *exclusivement* sur la décision de 1939, dont la validité reste sujette à caution, la Cour statue *intra petitā*, puisque n'épouse pas, loin de là, l'éventail des argumentations, pourtant percutantes, des Parties (notamment de Qatar). D'autre part, la Cour, en augmentant très artificiellement l'étendue territoriale des effectivités bahreinites à d'autres îles de l'archipel, finit par établir la souveraineté de cet État même là où — répétons-le — il n'y avait pas trace d'effectivités bahreinites, statuant ainsi *alitra petitā* (102).

En revanche, la solution de souveraineté partagée se serait révélée non seulement plus conforme au droit et à la situation historique, mais, de surcroît, aurait permis à la Cour d'esquiver le doute d'une décision « *ultra petitā* » qui teint irrémédiablement la bonté de son arrêt.

Toutefois, quand bien même l'on devait ne pas souscrire à l'invalidité de la décision et même si on devait lui reconnaître force obligatoire, la formulation très large de la formule bahreinite, à la base de la compétence dans la présente instance aurait conféré à la Cour un pouvoir de révision (103).

(102) « En ne l'envisageant [i.e. la solution partagée] pas, l'arrêt s'est davantage affaibli, car la Cour a implicitement jugé *ultra petitā*, sur la base d'effectivités limitées à la grande île des Hawar et totalement absentes dans les autres îles et îlots », op. cit. comment. § 63. Les trois juges avancent dans la fondée des propositions intéressantes relativement à l'articulation de cette souveraineté partagée, en égard notamment aux titres en présence de part et d'autre. (103) Dans ce sens, le juge Vereshchekin (§ 10).

Il convient au demeurant rappeler que, en contrepoint avec la décision de 1939, la Cour avait considéré la décision de 1947 (104) comme n'étant pas « juridiquement contraignante » (105), alors que les mêmes motifs d'invalidité avaient été invoqués et alors que, surtout, le contexte et le processus d'adoption ressemblaient singulièrement à ceux de la décision de 1939.

### III B. — Titre original (qatari) et dérivé (bahreinite)

#### Taxonomie des titres juridiques en matière territoriale

La Cour ne discute pas de cette question pourtant capitale dans les argumentations des Parties puisque l'application de la décision de 1939 pour l'archipel des Hawar lui paraît absolument suffisante pour démembrer l'échec, pourtant particulièrement enchevêtré. En raison, néanmoins, des doutes qui subsistent tant au niveau de la validité de cette décision qu'à celui de son aptitude à résoudre le différend en regard des faits et actes invoqués, cette problématique revêt toute son importance.

D'entrée de jeu, nous croyons utile de dire quelques mots sur la taxonomie du titre juridique dans le contentieux territorial que ces deux formules — et d'autres encore — expriment. Le droit civil moderne connaît cette même différenciation capitale et y construit l'édifice du droit privé en matière de transfert de propriété. En effet, l'acquisition s'appelle 'à titre originnaire' lorsque le droit subjectif (la propriété) surgit en tant que droit nouveau chez le titulaire (106). La caractéristique saillante de ce type d'acquisition est son *indépendance* par rapport à la volonté d'acquiescer chez l'acquéreur. Parmi les exemples de ce 'mode d'acquisition', on dénombre l'occupation, l'accession, l'usucapion, la « possession d'un tiers en bonne foi », relativement aux biens mobiliers.

En revanche, on parle d'acquisition à titre dérivé quand les deux conditions suivantes sont réunies : a) l'existence d'un *rapport* (107) entre l'acquéreur (le titulaire in fieri) et un autre sujet (le titulaire précédent); b) la titu-

(104) Voir *supra* pp. 381 et s.

(105) Selon Torres-Bernardet, cette décision ne serait pas juridiquement contraignante, mais elle constituerait seulement un « mere element of fact » (§ 491).

(106) On ne peut donc pas souscrire à l'opinion de M. Paulsson (Bahrein; 27 juin 2000, CR 2000/21, § 27) lorsqu'il affirme que « Original title 'is not a term of art', puisque par cette expression on fait bel et bien allusion au phénomène de l'acquisition à titre originnaire (en fait, *original est*, à la rigueur textuelle, bien plus correcte que *originnaire*). Selon le juge Torres-Bernardet (§ 64 de son op. dissidente), par cette expression on ferait référence au titre de l'État sur son assiette territoriale originelle; or, cette définition, tout en étant exacte, n'est pas complète puisque on peut imaginer une acquisition d'un nouveau territoire par un État à titre originnel. C'est-à-dire la création d'un titre juridique nouveau sur une parcelle territoriale ne faisant pas partie de l'assiette territoriale originelle, sans le concours d'un autre État.

(107) « Une chose devient nôtre par une acquisition dérivée, soit en conséquence d'un fait de l'homme, soit en vertu de la loi » (GROTIUS, H. *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. par P. RADDER, FODDERE, P., Amsterdam, 1625, Livre II, Ch. VI, § 11, p. 261).

larté (chez le cédant) du droit sur la chose ou, tout au plus, le pouvoir de disposition. Au cas où l'un des deux éléments devrait faire défaut, l'acquisition en faveur de l'acquéreur, n'aurait pas lieu. Les cas de figure typiques de l'acquisition à titre dérivé sont le contrat de transfert de propriété et la succession *mortis causa*.

Enfin, des droits subjectifs peuvent être créés par la loi. (108) Par conséquent, dire que des droits subjectifs sont créés *ope legis*, veut dire que le titre (la cause juridique (109)) du transfert de droits réside ailleurs que dans la volonté d'un sujet de céder un droit et dans la volonté réciproque d'un autre sujet de l'acquérir.

La doctrine postérieure ruiselle et change de pente, mais elle finit par se situer dans le sillage de l'héritage du droit romain, d'autant plus que l'un des 'pères fondateurs' de la discipline, Grotius (110), conserve cette distinction, et que Pufendorf lui emboîte le pas. (111) La littérature doctrinale subséquente se borne à recevoir ce legs et dès lors cette systématisation constitue un passage obligé dans tout manuel ou dans toute œuvre sur le sujet : on perpétue, en signe de révérence, cette tradition (au sens latin du mot...) (112) et on ne rompt que très difficilement avec elle. Et cela nonobstant que ni la pratique des Etats ni celle des tribunaux internationaux et internes ne corroborent cette distinction.

En guise de boule de neige la répétition a critique de cette classification devient par là même apodictique et ne se prête plus à controverse. Toutefois, même chez certains auteurs qui la défendent, le doute s'insinue. Par exemple, d'anciens affirmant que cette classification peut poser quelques

(108) On peut citer : l'usufruit légal, les servitudes (actives), l'hypothèque, les droits de créance d'obligation *ex lege* (p. ex. le droit aux aliments), etc.

(109) Voir, au regard de l'identité entre cause juridique et titre : CAVALLERI, A. « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, Vol. 26 (1929-I), p. 490.

(110) GROTIUS, H. *Op. cit.*, Livre II, Ch. VI, § 1-III, ainsi que Livre II, Ch. III, § 1. Selon SCHMATT (C. *Les sources de la terre* (1960), trad. de l'allemand par Lilyane Derroche-Gurzel et revu, présenté et annoté par Peter Hagemannschler, Paris, 2001, Ch. II, § 3, pp. 126-139), cette distinction, au regard de l'histoire du droit privé, n'est point ancienne. Ledit auteur la ferait justement remonter au chapitre surtitré de l'œuvre de GROTIUS.

(111) PUFENDORF, S. *De iure naturae et gentium libri octo*, 1672 [réimprimé in *Classics of International Law*, N° 17, Washington, 1934], Livre IV, Ch. IV, § 1.

(112) On citera en particulier : LAURENÇACCI, Sir Hersch, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London, 1927, § 104 (en toute cohérence avec l'esprit de l'œuvre, cet auteur ne s'écartant nullement de l'analogie avec le droit privé romain); RAGAN, G. G. « *Diritti reali e diritti internazionali pubblici* », in *Notissimo Digesto Italiano*, Vol. 5 (Appendice), pp. 757-758; NYS, E. « *L'acquisition du territoire et le droit international* », *RDIC*, Vol. 36 (1904), pp. 365-406; LINDLEY, M. F. *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, London, 1926, pp. 1-3 (un paradigme de cette tradition; liste exhaustive); AUDINOT, G. « *Arrière-pensées et démembrement de territoires* », in *Revue de droit international*, (sous la direction de MM. Lapradelle et Niboyet), Paris, 1929-1931, Vol. 1, § 3-7 (modes originaires); § 8-15 (modes dérivés); DE DOMINICIS, G. *Gli acquisti originari e derivativi di territorio*, Milano, 1914; VASSEROT, S. « *Gebietshoheit und Gebietswerb in Völkerrecht* », *OZJ*, 1954, pp. 241-280; CAVALLERI, A. *Op. cit.*, (1929), p. 402; TORRES BERARDEZ, S. « *Territory. Acquisition* », in *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 10, Amsterdam, 1987, pp. 496 et s.; ARI-SAAB, G. *Op. cit.* (1987), p. 79.

problèmes du fait que le même cas de figure peut être encasstré à la fois dans différents modes d'acquisition. (113) Certains différencient les modes d'acquisition historiques (découverte, annexion, conquête) des modes d'acquisition juridiques (occupation effective, prescription acquisitive, accessions, cession, adjudication juridictionnelle) (114). D'autres encore énumèrent ces modes d'acquisition dans une échelle décroissante de sécurité juridique, laissant percer quelques hésitations sur la validité même de cette classification au point de vue de la science juridique (115).

Or, maintes questions restent entières au regard de la plausibilité et de la cohérence même de cette classification (116). Tout d'abord, la doctrine n'est pas toujours unanime en ce qui concerne les critères de distinction entre modes d'acquisition originaires et dérivés de la souveraineté territoriale. En effet, selon une théorie (117) soutenue par un certain nombre d'auteurs, cette différenciation n'aurait point de droit de cité dans l'ordre juridique international, en raison du fait qu'un Etat, au regard du droit international, ne peut point acquérir des droits de souveraineté sur un territoire donné même dans le cas d'une cession. Mais, c'est toujours de l'extension de sa propre souveraineté territoriale à ce territoire dont il s'agit. Ni l'Etat cédant, ni le territoire même constituent la cause juridique attributive de la souveraineté de l'Etat cessionnaire. Ce n'est, affirmant-ils, que l'extension de la souveraineté territoriale de l'Etat acquéreur au territoire concerné suite au retrait préalable de la souveraineté territoriale (condition matérielle) de l'Etat cédant. A la rigueur des termes, cela implique inévita-

(113) MASON, P. K. « *Title to territory : Traditional Modes of Acquisition by States* », *RISDP*, Vol. 72 (1994), p. 3. Plus loin dans son article, cet auteur nous paraît franchir définitivement le seuil de la réhabilitation de ces modes, tout en essayant d'en sauver l'apparence : « The stated five principal modes are neither exclusive nor exhaustive. In practice, it is unlikely that any single mode will be evident in isolation. The modes are interrelated and in complex cases may be used in conjunction to the extent that no one mode appears dominant. A territorial dispute is more often treated as a question of relative title than absolute title » (p. 36). Les italiques sont de nous). L'auteur parvient donc à effacer concrètement cette classification et introduit le concept de 'meilleur titre', que nous effleurons plus loin et par le biais duquel on peut justement faire l'économie des soi-disant 'modes'. Nous ne cessons pas de nous interroger sur les raisons qui amènent cependant de tels auteurs à admettre la classification traditionnelle tout en parlant en des termes de 'meilleur titre'. Nous verrons par la suite que ces deux notions sont inconciliables, et il n'y a donc pas lieu de ménager la chèvre et le chou. On ne peut donc pas s'empêcher d'observer une réticence de la part de ces auteurs à se débarrasser résolument de cet héritage patrimonialiste et privativiste.

(114) Cf. GOLDSTEIN, G. « *Perspectives canadiennes de droit international public et privé relatives à la maîtrise du territoire* », *CYIL*, Vol. 28 (1990), pp. 31-40.

(115) LOURER, J. De, *Le droit international public positif*, t. 1<sup>er</sup>, Oxford, 1920, p. 340, qui affirme au demeurant que « Ces divisions me semblent excessives et peu pratiques... ».

(116) « In any case the dual classification oversimplifies the situation, and the modes described as 'derivative' are so in rather different ways ». BROUWIER, I. *Principles of Public International Law*, 4<sup>e</sup> éd., Oxford, 1990, p. 152 [des italiques sont de nous].

(117) CAVALLERI, A. *Op. cit.* (1929), p. 402 (passim); CAVALLERI, A. « *Effets juridiques des changements de souveraineté territoriale* », *RDIC*, Vol. 15 (1934), pp. 219-248; CAVALLERI, G. « *Stato stato di appartenenza dei comuni giuridici nei trasferimenti territoriali* », *RDI*, Vol. 37 (1954), pp. 19-74; MOSKOV, R. « *L'oggetto del trasferimento nelle mutazioni territoriali* », *RDI*, Vol. 26 (1934), pp. 289-320 et 465-502.

blement que le territoire devienne, même pour un très court laps de temps, *res nullius*.

En tout état de cause, par la formule de *titre originel*, on fait référence au titre gatarî fondé sur un fait juridique, la proximité, successivement affirmé par certaines effectivités et la reconnaissance des Etats tiers. D'autre part, par la locution de *titre dérivé*, on fait allusion au titre bahreïnien fondé à la fois sur l'abandon par le Qatar de sa souveraineté et par l'affirmation de la souveraineté bahreïnite. Il est dérivé parce qu'il présuppose précisément, aux fins de sa validité, l'abandon, par acquiescement ou par consentement exprès, de la souveraineté territoriale par l'Etat jouissant d'un titre originel, en l'espèce par Qatar.

« *Quæta non movere* »

Si l'on admet donc que Qatar possédait sur une partie ou sur la totalité des îles Hawar un titre originel fondé sur la proximité, alors Bahreïn n'aurait pu acquérir, à son tour, un titre juridique sur la même assiette territoriale que si le premier *abandonnait* le sien ou *acquiesçait* aux revendications bahreïnites. C'est pourquoi l'on parle donc de titre originel gatarî et de titre dérivé bahreïnite, un sujet astucieusement esquivé, comme l'on a vu, par la C.I.J. Or, il apparaît qu'un tel acquiescement gatarî, nécessaire aux fins du transfert du titre territorial, n'a pas été prouvé à la lumière des faits allégués par Bahreïn. En effet, la valeur juridique des protestations gatarîes est relativement élevée et non sans conséquences sur le prétendu titre (dérivé) bahreïnite.

Dans le dessein d'illustrer l'exigence du consentement de l'Etat détenant du titre originel aux fins de la création du titre dérivé et, donc, du transfert territorial, nous estimons utile examiner rapidement une controverse lors de laquelle la question de l'abandon d'une île et de son occupation successive par une autre Puissance avait été soulevée dans la correspondance diplomatique :

« L'occupation est le moyen légitime d'acquiescer un domaine, seulement relativement à des choses qui n'ont point de maître — res nullius —. Sont considérées comme telles seulement celles qui n'ont été sous le domaine de personne, soit qu'elles n'aient appartenu à personne, soit qu'elles aient été abandonnées par leur ancien possesseur » (118).

Dans ce différend, la Grande-Bretagne avait (re-) occupé l'île en 1895, ce qui donna lieu à des protestations immédiates et véhémentes de la part du ministre brésilien des Affaires étrangères. Ce dernier adressa deux notes diplomatiques à la Légation britannique à Rio de Janeiro dans lesquelles

(118) De de la Trinité (correspondance diplomatique échangée entre le Brésil et la Grande-Bretagne), *Nouveaux Recueil Général des Traktés*, 2<sup>e</sup> série, Vol. 21, p. 635 [les Italiques sont de nous].

il énonça le titres sur lesquels se fondait la revendication de son gouvernement. La première d'entre elles, notamment, est particulièrement importante puisque, droit romain à l'appui, on y invoqua plusieurs arguments à la fois qui élayaient la revendication brésilienne. Or, suivant le récit des événements qu'y en est fait, l'île avait été découverte en 1501 et occupée, de manière effective, par les Portugais depuis au moins l'an 1782 (119). La Grande-Bretagne, au contraire, maintint que l'île, ayant été visitée par des officiers anglais en 1770, ne cessa dès lors de lui appartenir, car elle avait été abandonnée par les Portugais qui, à l'évidence, n'avaient pas pu ou voulu parfaire leur *inchoate title* dérivant de la découverte de 1501. Dans la première note diplomatique brésilienne, le ministre Carvalho s'exprima en ces termes au sujet du prétendu abandon portugais, d'abord, et brésilien, ensuite, allégué par le plénipotentiaire britannique :

« L'abandon ne peut se présumer, en vertu de la règle *nemo suam jactare preassumitur*; il faut manifester l'intention de renonciation et de cessation de pouvoir physique sur la chose, et ne pas le confondre avec les simples 'délaissement' ou 'désertion'. [...] Le fait de la possession légale ne consiste pas seulement dans la détention réelle de la chose, mais aussi à la tenir à sa libre disposition. L'absence du propriétaire, le délaissement ou la désertion n'excluent pas la titre disposition. [...] L'abandon ne peut découler que de la manifestation expresse de la volonté et c'est pour cela que l'innatus est la possibilité de reprocher la première volonté d'acquisition de la possession, sans qu'il y ait nécessité d'avoir constamment la conscience de la possession » (120).

Dans le cas d'espèce, l'« occupation » anglaise ponctuée par les deux visites de 1700 et 1775 et réitérée en 1895 ne pouvait pas produire des effets juridiques puisque le consentement du Brésil lui faisait défaut, soit l'abandon préalable de l'île de la part respectivement du Portugal et du Brésil (121). Mais, il est réaffirmé que l'annus doit être prouvé de manière effective, et qu'il ne peut donc pas être présumé. À cet effet il faut, et cela au bénéfice du premier occupant, s'attacher aux attitudes effectives plutôt qu'aux déclarations d'abandon du territoire. Certes, celles-ci peuvent être jugées suffisantes, en égard aux caractéristiques du territoire en question (éloigné, inhabité, etc.), aux fins de la mutation territoriale. Par surcroît, l'abandon est considéré présumé en regard d'une revendication concur-

(119) Certes, il y eut, comme à l'accoutumée, des tentatives britanniques d'occuper entre-temps l'île, mais elles donnèrent lieu à des protestations portugaises, et par conséquent, au retrait britannique. Les britanniques avaient en effet « visité » l'île à deux reprises, le Capitaine Halley y débarqua en 1700 et le navigateur Cook aussi lors de son second voyage, en 1775. Mais ces débarquements n'eurent aucune suite digne d'être prise en compte aux fins de l'établissement de la Puissance publique sur l'île.

(120) *Loc. cit.* [les Italiques sont de nous].

(121) En droit romain, quiconque s'empara d'une chose abandonnée par le précédent propriétaire en acquit la possession légale, comme il ressort du fragment suivant : « Qua ratione veritas esse videtur et, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum efficit. Pro derelicto autem habebatur quod dominus ea mente abiecerit, ut id rem suam esse noluisset, ideoque statim esse derelictum », *Institutes Institutiones*, Livre 2, 1, 47 [les Italiques sont de nous].

rente (122), et cela afin de privilégier la situation la plus effective, pour les raisons qui tiennent aux caractères propres de l'ordre international.

La *cause célèbre* en la matière est assurément représentée par l'affaire de l'Île de Clipperton entre le Mexique et la France. Dans les grandes lignes, il s'agissait de déterminer si la France qui avait proclamé en 1858 sa souveraineté sur l'Île, à ce moment *terra nullius*, l'avait par la suite, en raison de ses attitudes successives à la prise de possession, « abandonnée ». En l'espèce la France, au vu des caractéristiques de l'Île (très peu peuplée, très éloignée des côtes américaines, etc.), avait, selon l'arbitre, déployé un degré suffisamment effectif de Puissance publique. La revendication mexicaine se fondait principalement sur le « fait » que lorsque ses officiers débarquèrent sur l'Île en 1897, on ne pouvait constater aucun signe de la présence étatique. Par conséquent, l'Île, prétendit le Mexique, ayant été abandonnée par la France, devait se considérer lors du « débarquement » mexicain comme étant *terra nullius*, donc susceptible d'occupation.

A cet effet, l'arbitre releva que l'attitude et le comportement successifs de la France suite à la proclamation de la souveraineté mexicaine, ainsi que la reconnaissance des Etats tiers (tels que les Etats-Unis d'Amérique), constituaient des indices irréfutables de la persistance chez la France de l'*animus occupandi* :

« Il n'y a aucun motif d'estimer que la France ait ultérieurement perdu son droit par *derelictio*, puisqu'elle n'a jamais eu l'*animus* d'abandonner l'Île, et le fait de n'y avoir pas exercé son autorité d'une manière positive n'implique pas la déchéance d'une acquisition déjà définitivement achevée » (123).

Il en découle que relativement à ce genre de territoires (désormais en voie de disparition), s'il est vrai que l'occupation se perfectionne au moment de la prise de possession initiale, il n'en est pas moins vrai que le délaissement « physique » du territoire ne signifie pas pour autant l'extinction du titre territorial par *derelictio*. Il faut encore pour cela que l'*animus derelinquendi* soit prouvé (124). La grande leçon qu'il faut tirer de cette sentence se trouve précisément dans l'articulation rigoureuse de la notion de *derelictio* (125). Il se peut encore qu'à défaut d'exercice effectif de la Puissance publique et de l'*animus derelinquendi* chez le premier occupant, face à une

(122) FITZMAURICE, Sir Gerald, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4 : Points of substantive Law, Part II », *BYIL*, Vol. 32 (1955-56), p. 67.

(123) Affaire de l'Île de Clipperton (France c. Mexique), sentences rendue le 28 janvier 1931 par le Roi d'Italie Victor Emmanuel III, *RSJ*, Vol. II, pp. 1110-1111.

(124) Au regard des Îles Malouines, il a été pertinemment relevé par SMYTH (H.A., *Great Britain and the Law of Nations*, London, 1935, pp. 61, 62) que l'évacuation anglaise des susdites Îles en 1774, et leur délaissement pendant plus de 60 ans prouvent l'*animus derelinquendi* anglais et donc l'extinction du titre anglais fondé sur l'occupation effective de 1765 de l'une des deux Îles.

(125) C'est dans ces termes qu'elle fut accueillie par la doctrine : cf. P. ex. MARSON, G. « Abandonment of Territorial Claims : The Cases of Bouvet and Spratly Islands », *BYIL*, Vol. 57 (1956), pp. 348-349 [où l'auteur prône l'application de ce principe aux Îles Spratley en Mer de Chine].

revendication « stagnante », cette situation puisse profiter à des Etats tiers (126). Sinon, le consentement de l'Etat jouissant du titre original ne peut guère être présumé. En conclusion, seul le consentement (127) (exprimé tacitement ou congné dans un acte juridique conventionnel) de l'Etat dépossédé ou, encore, seule sa volonté d'abandon clairtement affichée (*derelictio*), peuvent fonder en droit une éventuelle mutation territoriale. Bien entendu, la question de savoir si la protestation peut, à elle seule, interrompre à jamais le processus de consolidation historique reste entière. Ou si, finalement, cela amène à l'extinction du *titre originel* et à l'établissement d'un *titre dérivé* auprès de l'Etat qui possède effectivement le territoire.

Sous l'éclairage de ce qui précède nous pouvons imaginer le cas de figure de l'abandon d'un territoire de la part d'un Etat et l'occupation immédiate de celui-ci par un autre Etat comme un « fait juridique complexe ». Ce dernier serait caractérisé par l'*animus derelinquendi* du *primus occupans* et de l'*animus occupandi* de l'Etat deuxième occupant. Le dénominateur commun qui permet la succession d'Etats sur ce même territoire, est représenté par l'effectivité à la fois de l'*animus derelinquendi* et de l'*animus occupandi*. C'est donc un fait complexe puisque plusieurs éléments entrent en ligne de compte aux fins de la mutation territoriale, et seule l'action synergique de ces éléments différents engendre le titre juridique du deuxième Etat qui s'installe sur le territoire laissé vacant par le premier, *sine spe redandi* (128).

En l'espèce,

« l'attitude constante de Qatar est de nature à empêcher la formation d'un titre au profit de Bahrein [...] les protestations de Qatar ... sont à la fois nombreuses, variées et persistantes. Elles montrent que Qatar n'a pas laissé se rétablir par son silence des effectivités bahreinites » (129).

D'autre part, à savoir du côté des effectivités auxquelles le Qatar aurait censé acquiescer, on ne peut qu'émettre des sévères perplexités quant à leur aptitude à créer un titre territorial. De par leur nature, en effet, « les actes accomplis par Bahrein pour la période 1936-1939 ne constituent pas des effectivités opposables à Qatar ou susceptibles de générer un titre au profit de

(126) Cf. p. ex. la Grande-Bretagne et la Perse au sujet des Îles de Bahrein.

(127) Par ailleurs, on ne saurait oublier que l'une des conditions pour qu'un ordre soit juridique est que les règles y applicables soient non seulement en vigueur et effectives, mais aussi qu'elles soient efficaces. C'est à-dire qu'elles permettent à l'ordre juridique d'atteindre ses *finis finis sociales*, comme par exemple, lors des situations territoriales, la réunion de la légalité et de l'effectivité auprès du même sujet de droit.

(128) C'est ce qui se produisit lors de la « cession » de la côte de Beilul effectuée par le Gouvernement égyptien au bénéfice du Gouvernement italien. Ce « subterfuge » se révéla nécessaire pour ménager, autant que faire se peut, la susceptibilité des autres Etats, mais surtout, celle des chefs indigènes qui supportaient mal la domination italienne; cf. Prassi italiana di diritto internazionale, I<sup>re</sup> série (1861-1886), Vol. 2, § 842.

(129) Op. diss. commune, §§ 69, 75. Dans le même sens : Torres-Bernardéz (§§ 308-315; 371-378).

*Bahreïn* » (130). Ces manifestations d'occupation effective se basent pour la plupart, comme pour Zubarah avec la tribu des Naim, sur les liens d'allégeance avec la tribu des Dowasir. Dans les deux cas, Bahreïn essaya de prouver l'occupation effective (indirecte), à savoir par l'intermédiaire de tribus nomades dont la loyauté restait à désirer et à démontrer (131). Sur les mines effectivités bahreïtes fondées sur la prétendue activité judiciaire il faut se rappeler qu'un tel exercice d'une prérogative de la Puissance publique s'explique substantiellement par la connotation *ad personam* de la juridiction en droit musulman. C'est-à-dire ce que nous appellerons, avec nos catégories normatives ethno-centrées, l'exercice extraterritorial de la compétence normative et juridictionnelle d'un Etat, mais qu'on devrait plutôt qualifier, dans le contexte a-territorial du droit musulman et des traditions régionales, comme l'exercice de la compétence personnelle (132).

Etant postérieures (1936) au début de la procédure contentieuse de constatation de la souveraineté territoriale par la Grande-Bretagne, ces prétendues effectivités, dont il faudrait tout de même évaluer en profondeur leur degré qualitatif et quantitatif, « should be discounted as no more than attempts to introduce new evidence after the commencement of the dispute » (133).

De manière incidente — d'ailleurs la Cour ne ressentit pas le besoin de l'évoquer — nous retrouvons ici le problème de la date critique. A la lumière de ce concept, on pourrait maintenir que les effectivités *après* la date critique, quelle qu'elle soit, ne sont pas susceptibles de générer un titre (donc pas de titre-source), mais elles pourraient tout au plus jouer un rôle dans la preuve de celui-ci (elle seraient donc des titres-preuve) (134). On serait plutôt tenté de fixer la date critique, en ce qui concerne le différend relatif aux Hawar, à l'année 1936 moment de l'adoption par les organes britanniques de la décision dite provisoire, mais dont les effets furent durables. En regard de l'insuffisance quantitative et qualitative des effectivités bahreïtes, il apparaît que Qatar

« possède un meilleur titre [en regard de Bahreïn] constitué par son titre originel sur les Hawar [...] il n'existe pas de rupture entre le ponce et le reste de la main : les 'Iles' Hawar ne sont pas en vérité des îles, mais une partie indivisible de la masse terrestre qatari envahie par la mer au moment du flux et restituée à la terre à celui du reflux [...] La réalité morphogéographique a décidé

(130) Op. diss. commune, § 81.

(131) Ou sur la tradition orale (oui-dire), voir juge Koofimans (§ 73). En revanche, les actes de simples particuliers comme preuve ou comme source de titre territorial doivent être maniés avec les précautions : « In international law seasonal visits and private activities cannot sustain a claim to sovereignty » (Torres-Bernardet, § 380). Voir l'affaire du différend insulaire entre le Yémen et l'Érythrée (1<sup>re</sup> phase), §§ 37, 68, 327-335.

(132) Voir l'affaire du différend insulaire entre le Yémen et l'Érythrée (1<sup>re</sup> phase), §§ 337 et s. (133) Op. individuelle du juge Al-Khasasneh, § 23.

(134) Sur la signification de ces deux formules, cf. l'auteur, *RGDIP*, Vol. 100 (1995-2), pp. 335-338; *RGDIP*, Vol. 103 (1999-4), pp. 874-880.

avant la Cour, et pour toujours, l'appartenance de la presqu'île des Hawar à la masse qatari continentale dont elle fait partie intégrante » (135).

En conclusion, il est intéressant — et au même temps regrettable — de noter comme la Cour ait voulu minimiser les influences de la géographie, et de l'histoire (136), sur la délimitation des sphères de compétence des Etats. A l'instar du titre qatari fondé sur la proximité, la revendication bahreïte axée sur la notion d'Etat archipel est également liquidée par la C.I.J.

Dans cette perspective on devrait rappeler ce fameux passage de la sentence arbitrale rendue par la Reine d'Espagne dans l'affaire de l'île d'Avés : « Que le continent vénézuélien est le territoire le plus proche de l'île d'Avés, ce qui lui donne un droit de préférence... » (137).

Ainsi, un siècle et demi plus tard, la sentence rendue par le tribunal arbitral lors de la première phase de l'affaire entre le Yémen et l'Érythrée (138) semble résonner comme un écho lorsqu'on lit que toutes les théories et doctrines qui se rattachent aux principes de la contiguïté et/ou de la proximité : « are never in themselves roots of title, but rather may in certain circumstances raise a presumption about the extent and scope of a title otherwise established » (139).

Dans le cas d'espèce il y a « une forte présomption juridique » (140) contrairement à laquelle les Hawar sont sous souveraineté qatari. Certainement, il s'agit d'une présomption réfragable qui doit céder en regard d'un meilleur titre concurrent, mais, en l'absence, ou, face à un titre moins absolu, elle va fonder un titre territorial opposable *erga omnes*.

#### *Meilleur titre et consolidation historique de titre*

En l'espèce, le titre originel qatari a été consolidé, affirmé du fait de la reconnaissance des Etats tiers (141) et du comportement des Etats

(135) Op. diss. commune, § 86.

(136) « Dans sa relation tumultueuse et incisée avec l'histoire, un droit s'est en effet bâti en prenant en compte les différentes étapes possibles dans la constitution du titre, telles que la formation, puis la consolidation ou la disparition de celui-ci. Le juriste a dû ainsi apprendre à identifier les critères et les conditions de la création d'un titre, à choisir le 'meilleur' parmi deux titres concurrents, à distinguer le 'titre originel' du 'titre dérivé', le 'titre absolu' de l'« inchoate title », etc. », § 93 de l'op. diss. commune. Pour toutes ces notions, l'auteur, *Op. cit.* (2002), Ch. 14; *Op. cit.* (1995), pp. 340-352. On remarque, en passant, que dans un autre différend territorial soumis à la Cour, celui entre la Libye et le Tchad, l'histoire n'a finalement joué qu'un rôle mineur, presque de comparse dans la *ratio decidendi* de l'arrêt de 1994.

(137) Affaire de l'île d'Avés (*Peys-Bas c. Venezuela*), sentence arbitrale rendue le 30 juin 1865, in *Recueil des Arrêtés internationaux*, Vol. II, p. 413.

(138) Voir : l'auteur, *RGDIP*, Vol. 103 (1999-4), pp. 869-874.

(139) § 464 de la sentence arbitrale, première phase (1998) entre l'Érythrée et le Yémen.

(140) Op. diss. commune, § 119 (et §§ 137-143). Voir aussi Torres-Bernardet (§ 47, 240-247); Al-Khasasneh (§ 20).

(141) Cf. l'op. diss. commune (§§ 124-135). Articles 11 et 13 de la Convention [signée mais non ratifiée] anglo-ottomane du 29 juillet 1913; convention anglo-ottomane de 1914; traités anglo-

concernés (142). C'est comme si, à ce titre original, se sont venus greffer dans le temps d'autres faits et/ou actes qui l'ont de plus en plus consolidé, affermi, bref ils en ont augmenté l'opposabilité. En réalité, donc, l'effet juridique qu'est l'acquisition ne se rattache guère à un *fait principal*, mais le plus souvent il n'y en a point à proprement parler, mais il est engendré par l'agrégation *effective* de plusieurs éléments, qui tendent tous vers sa réalisation. Inextricablement liés, entremêlés, enchevêtrés les uns aux autres, diachroniques et synchroniques, ces éléments, ces faits et actes concourent à la création, ou à l'extinction, ou à la modification, ou au maintien du titre juridique (143).

Dans ce contexte historique, il n'eût été pas oiseux de prendre en compte l'attitude des Etats tiers, comme d'ailleurs la Cour l'a fait dans cette affaire à plusieurs reprises, et notamment les différents instruments conventionnels qui furent conclus entre la Grande-Bretagne et l'Empire ottoman, c'est-à-dire les Puissances qui à l'époque faisaient la pluie et le beau temps dans ces contrées. Etats qui étaient liés aux Parties devant l'instance par des accords internationaux ou d'autres engagements portant précisément sur les limites des différentes souverainetés et dont la prise en compte aurait eu un impact certain et légitime à cet égard (144).

Cette dynamique inhérente au conflit des titres juridiques, à leur maintien et extinction respectifs a été clairement décrite dans l'affaire des Minquiers et Ecrehous par le juge Levi Carneiro dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt de la Cour :

« A mon avis, tandis que déprécierait et s'évanouirait le titre original français — consistant tout au plus dans la simple institution d'une souveraineté non prouvée et douteuse... le titre original anglais — provenant de la conquête, probablement inconditionnelle, par les Normands — se consolide, se légitime, au cours des traités successifs et de l'occupation presque ininterrompue de l'ensemble des îles de la Manche et, finalement, par l'affir-

saoudiens de 1915 et 1927; accord anglo-qatarî de 1916. Dans le même sens : Torres-Bernardes (§§ 121-239, 552) ;

(142) Silence haineux au cours de l'époque ottomane (1871-1915) et successivement, c'est-à-dire jusqu'au début de la procédure « secrète » déisionnelle (1915-1937).

(143) Dans cet ordre d'idées, SANCHEZ-ROMANUZZI (I.L. « L'act positif et les effectivités dans le contentieux territorial et frontaliers », *RCADI*, Vol. 263 (1997), p. 192) parle de : « une série d'actions et réactions complexes par rapport à une situation territoriale précise, nettes entre elles, produit de convenances et des intérêts redoublés qui donnent naissance respectivement à des droits et à des obligations ». Voir *supra*, p. 393.

(144) Au sujet de la Convention de 1914, le juge Torres-Bernardes observe : « To exclude from the expression the 'peninsula of al-Qatar' its territorial sea and/or the islands off-lying wholly or partly in that territorial sea, the Convention would have needed to specify this expressly » (§ 258).

maison de la souveraineté nationale quand disparaît la féodalité politique » (145).

Nous observerons donc que le titre juridique n'est pas quelque chose d'immuable, figé à jamais. En revanche, le titre territorial évolue, se modifie, interagit avec des faits nouveaux et des titres concurrents. De surcroît, il est comme une éponge car des faits ou actes juridiques nouveaux s'y incrustent, s'y greffent dans le dessin de l'affaiblir ou de le renforcer, toujours en égard à d'autres titres rivaux ; d'où l'adjectif « relatif ». Le titre juridique est ainsi composé de plusieurs éléments tenus ensemble par le fait qu'ils tendent tous vers la réalisation d'un certain but. C'est un agrégat d'actes et faits concluants dont la raison d'être est précisément l'accomplissement d'un résultat, d'une situation juridique, à savoir la création ou l'extinction d'un droit subjectif. L'affaire précitée illustre à bien d'égards ces caractéristiques et indubitablement elle a été réglée en faisant recours au concept du 'meilleur titre' et au concept german de la 'force relative' du titre (146).

Ces considérations se révèlent essentielles aux fins de la compréhension des notions de « *better title* » (le titre le plus « fort ») et de « *relative strength/weight* » (poids relatif du titre) : concepts dont se nourrissent les tribunaux internationaux au moment de trancher les conflits territoriaux qui sont, donc, des conflits entre titres.

Le concept du « meilleur titre » (147) se révèle ainsi mieux à même d'appréhender la complexité (Droit, histoire, géographie) des controverses territoriales :

(145) Affaire des Minquiers et Ecrehous (*Royaume-Uni c. France*), arrêt du 17 novembre 1953 : *C.I.J. Recueil* 1953, pp. 96-97. « Les événements postérieurs à 1925 ou 1937, suivant le cas, ont donc essentiellement pour but de montrer que, devant les prétentions arguées [relativement à certains espaces antarctiques] le Royaume-Uni n'a pas abandonné, mais a maintenu de manière active ses titres sur les territoires en question », affaires relatives à l'Antarctique (*Royaume-Uni c. Argentine; Royaume-Uni c. Chili*) : *C.I.J. Mémoires* 1960, § 35 (Brequette introducive d'instances contre la République argentine; les italiques sont de nous) ; « La Cour constate qu'à l'égard d'une situation qui ne pouvait manquer de se fortifier d'année en année, le Gouvernement du Royaume-Uni s'est abstenu de formuler des réserves », affaire des Pecherets (*Royaume-Uni c. Norvège*), arrêt du 18 décembre 1951 : *C.I.J. Recueil* 1951, p. 139 (les italiques sont de nous).

(146) Cf. en ce sens : FITZMAURICE, Sir Gerald, *Op. cit.* (1965-1956), pp. 64-65; « The Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) Case (*India v. Pakistan*) », Tribunal Constituted under an Agreement of the 30th June 1965 (Chairman : Lagergren), award delivered the 19th February 1968, *RSJ*, Vol. XVII, pp. 528, 569. Cf. la correspondance diplomatique échangée entre le Brésil et la Grande-Bretagne au sujet de la question de l'île de la Trinité du 20 au 22 juillet 1895, in *Novena Recueil des Travaux*, 2<sup>e</sup> série, Vol. 21, p. 637, où l'on observe l'enchevêtrement de ces deux concepts.

(147) GASSER, A. « Legal Considerations on the International Status of Jerusalem », *Palestine Yearbook of International Law*, Vol. 3 (1968), p. 346. La science du droit du « Common Law » parle également de « paramount title », cette expression étant même parfois empruntée par la pratique jurisprudentielle internationale. Or, par ce concept on entend : « In the law of real property, property one which is superior to the title with which is compared, in the sense that the former is the source or origin of the latter. It is, however, frequently used to denote a title which is simply better or stronger than another, or will prevail over it. But this use is scarcely correct, unless the superiority consists in the seniority of the title spoken of as 'paramount' », *Black's Law Dictionary*, 6<sup>e</sup> éd., St Paul, 1990, p. 1112 (les italiques sont de nous).



\* The interplay of the two elements [viz. a)] El Salvador's state manifestation; b) Honduras/inappropriate reaction] modified at a certain moment the legal situation in Meanguera in favour of El Salvador's claim on that island \* (156).

La doctrine (157) et la « pratique » diplomatique (158), à l'unisson avec la jurisprudence déjà citée, attestent la possibilité que d'un amalgame de faits, actes, attitudes, comportements variés, etc., puisse affleurer un titre juridique sur lequel se fondera la transformation d'une situation de fait (bien établie) en situation de droit. Par conséquent, la pratique des Etats ne se borne pas à éclairer la situation juridique préexistante, mais elle peut aussi la modifier (159). A l'instar de la pratique des Etats parties à un traité ou elle peut non seulement constituer un moyen herménéutique du traité, conformément à l'art. 31 § 3 litt. b de la Convention de Vienne sur le droit des traités, mais elle peut aussi le modifier voire même l'abroger.

Quoi qu'il en soit, force est d'observer, en l'espèce, une telle disparité d'appréciation, qu'au demeurant rien ne saurait justifier, dans le fait que la C.I.J. recherche, justement, un titre original (historique) (160) en ce qui concerne Zubarah alors qu'elle juge pouvoir en faire l'économie en ce qui concerne les îles Havarar (161). A cet égard, la décision de la Cour ne nous concerne pas entièrement. Quelque soit l'appréciation sur le fond, à savoir l'évaluation du poids relatif des deux titres concurrents, il est regrettable que la Cour n'a pas du tout emprunté cette approche, qu'elle n'a même pas essayé de le faire, voire même qu'elle l'a esquivée. Plus que le résultat, c'est donc l'approche qui est critiquable puisque la C.I.J. semble ne pas se soucier de l'exigence, classique dans le contentieux territorial, de fouiller, investiguer tous les faits et actes pouvant engendrer ou prouver un titre territorial.

### III. C. — Aspects relatifs à la délimitation maritime

Quelques remarques préliminaires au sujet du droit applicable. Le juge Oda observe à juste titre que :

\* The fact of the matter is that the equidistance/special circumstances rule, so named by certain scholars after the 1958 Convention on the Continental Shelf, has been referred to mainly in connection with the delimitation of the

(156) *Op. cit.*, § 168, p. 708.

(157) Cf. p. ex. BALDONS PALMER, *G. Diritto internazionale pubblico*, 8<sup>e</sup> éd., Milano, 1982, p. 498; FRZMANHOFF, Sir Gerald, *Op. cit.* (1955-1966), p. 32 (note 1); SPRENGER, G. « Sovranità territoriale, atti di disposizione di territorio ed effettività in diritto internazionale », *RDI*, Vol. 42, p. 425; CASSAR, A. *Op. cit.* (1986), § 7, p. 22.

(158) Cf. l'intéressante controverse opposant le Brésil et l'Angleterre au sujet de la souveraineté sur l'île de la Trinité, in *NBQ*, 2<sup>e</sup> série, Vol. 21, p. 637. Voir *supra*, pp. 391 et s.

(159) Cf. affaires relatives à l'Antarctique... *Op. cit.*, p. 29.

(160) Sur la notion de titre historique dans les différends territoriaux, voir l'auteur : *BGDIP*, 1999, pp. 864-866.

(161) Cf. *op. diss. commune*, § 101.

continental shelf but, as far as I am aware, not in connection with the delimitation of the territorial sea. I wish to make this point because the Court, in this connection as well, appears to me to have confused the rules applicable to the boundary of the territorial sea with those applicable to the boundary of the continental shelf \* (162)

Certes, par la formule bahreïnite les Parties demandent à la Cour de tracer une ligne maritime unique, mais cette ligne qui va délimiter des espaces juridiques divers, est nécessairement multifonctionnelle. Pourtant, lorsque, dans le secteur méridional, ladite ligne opère la délimitation de la mer territoriale, sa fixation doit être conforme aux règles pertinentes, à savoir celles relatives à la mer territoriale. Le juge japonais voit juste donc en évoquant cette anomalie consistant dans l'application d'une règle relative à la délimitation du plateau continental à la mer territoriale (163). Relativement à la délimitation du plateau continental, en revanche, le juge Oda note que la disposition pertinente de la Convention de 1982 (Article 82) ne mentionne nullement, à la différence de la Convention de 1958 (Article 6), la règle de l'équidistance/circonstances spéciales à laquelle la Cour fait souvent référence (164).

*Ligne médiane provisoire et son caractère équivoque dans la délimitation du plateau continental et de la zone économique exclusive*

La prémisses fondamentale est représentée par l'adage : « La Terre domine la Mer » (165) : « territorium etiam in aquis se extendit » ! Cette maxime que la doctrine attribue à Baldus, reflète à merveille le fondement du titre de l'Etat côtier sur certains espaces maritimes jouxtant son littoral.

Jadis Grothius considéra la juridiction, de la part de l'Etat côtier, sur le « territoire » maritime comme le *prolongement* de celle sur le territoire terrestre limitrophe. Bykershoek encoeur plus nettement fut le premier à situer sur le même plan les terres émergées et les espaces maritimes du point de vue juridique. Cette équivalence est reconnue et acceptée *rebus svisis discretibus* par la doctrine postérieure qui met en exergue comme fondement du titre de l'Etat sur une certaine portion de la mer baignant ses côtes la souveraineté sur son territoire. Au sujet de ce fondement, il nous plaît d'évoquer la conception élaborée par l'insigne juriste italien, QUADRI. Ce dernier parle en effet de « irradiation » (*irradiazione*) de la souveraineté

(162) Oda, § 17.

(163) Voir, également, en ce sens : Torres-Bernardet (§ 487). *Contra* : *op. diss. commune* (§ 181).

(164) Oda, § 29.

(165) Comme M. Weil (Bahrén) l'exprima de manière poétique : « [Les droits maritimes] sont comme l'ombre qui s'attache à l'homme » (14 juin 2000, CR 2000/15, § 28).

territoriale sur les espaces maritimes adjacents (166). Cela est d'autant plus évident si l'on songe à l'étendue de la mer territoriale autrefois, à savoir la portée des canons : « *Terrae potestas finitur ubi finitur armorum vis* » (Bynkershoek). L'étendue de la mer territoriale allait *pari passu* avec la capacité matérielle de défense des droits de l'Etat riverain sur ses espaces : un mélange original de titre et d'effectivité. C'est un autre élément symptomatique qui corrobore la vision, désormais largement acceptée, qui veut que le titre sur la mer territoriale dépende du titre à la souveraineté sur le territoire avoisinant (167). *Mutatis mutandis*, le même raisonnement sera entendu — dirait-on irradié — aux autres espaces maritimes que le droit international transformera en espaces juridiques ultérieurement, à savoir le plateau continental et la zone économique exclusive. La *fors et origo* du plateau continental sur ces espaces maritimes demeure toujours sa souveraineté sur le territoire terrestre adjacent.

L'autre terme clef dans le droit de la délimitation maritime est représenté par l'« équité ». Comme il a été adroitement dit dans cette affaire,

« l'adjectif *équitable* qualifie à la fois le résultat à atteindre et les moyens à employer pour y parvenir [...] La solution finale se fonde sur une appréciation concrète des circonstances de fait que le juge apprécie discrétionnairement avec l'aide d'un minimum d'appareil mathématique et de bon sens de l'équité » (168).

Quelques remarques à propos des rapports entre le titre juridique de l'Etat côtier sous l'éclairage précisément de l'arrêt de la Cour s'imposent. L'équité, sous la forme particulière du résultat équitable, demeure comme la *synagoge* entre le titre et la délimitation car, en y étant présente dans les deux notions à la fois, elle en est le dénominateur commun. Etant donné que les Etats côtiers jouissent du même titre *ipso iure* et *ab initio* sur le plateau continental (169), c'est nécessairement au niveau de l'étendue du titre que les conflits jaillissent. Il n'y a pas, à la différence des conflits territoriaux de *meilleure titre*, ou de *titres absolus, relatifs*, et encore moins de *meilleure titre*. Il n'est pas non plus question de perfection ou de consolidation de titre. Les titres sont, *ope iure*, parfaits et complets. En revanche, tout reste à faire concernant la définition de leur étendue spatiale et, à cette fin, l'équité est censée jouer un rôle. L'opérationnalisation de celle-ci, aux fins de la délimitation, a assurément connu des hauts et des bas, non sans quelques accidents en cours de route. Dès 1969, la manière de procéder

(166) « [L']juratizzazione della Potestà di Governo... in conformità alla naturale irradiazione in questo ambito della popolazione dello Stato ed in relazione alle esigenze di difesa delle funzioni di governo », *Diritto internazionale*, 5<sup>e</sup> éd., Napoli, 1968, p. 668.

(167) Cf. affaire des Pêcheries (*Regyaume-Unis c. Norvège*), arrêt du 18 novembre 1951, C.I.J. Recueil 1951, p. 132 : « ... c'est la terre qui confère à l'Etat riverain un droit sur les eaux qui baignent ses côtes [...] Il faut... signaler l'étroite dépendance de la mer territoriale à l'égard du domaine terrestre ».

(168) Op. diss. commune (§ 188, 190; en italiques dans le texte).

(169) Plateau continental (*Libye c. Malte*), arrêt du 3 juin 1985 : C.I.J. Recueil 1985, § 54.

de la Cour se fait par tâtonnements successifs essayant d'appréhender au plus près cette notion fuyante. La Cour parviendra cependant à objectiver ou, plutôt à dé-subjectiver, l'équité dans son arrêt dans l'affaire entre la Libye et Malte de 1985 (170), lorsqu'elle déclare clairement que :

« Le critère [de délimitation] est lié au droit relatif au titre juridique d'un Etat sur le plateau continental [...] Sielon la 'norme fondamentale' du droit de la délimitation, celle-ci doit aboutir à un résultat équitable auquel conduit l'application de principes équitables aux circonstances pertinentes » (171).

Nous ne sommes donc pas prêts à aller aussi loin que le juge Oda le suggère dans son opinion individuelle :

« Equity exists in infinite variety and the determination of what is 'equitable' depends on who is making that determination in a particular case [...] The Court's task is to indicate one line from among the many lines that may reasonably be proposed » (172).

Dans l'ensemble la ligne d'équidistance tracée par la Cour est équilibrée dans la mesure où Bahreïn se révèle gagnant dans le secteur méridional (173) alors que Qatar l'est dans le secteur septentrional (174). Néanmoins, que la ligne d'équidistance soit proportionnelle à la longueur des côtes respectives (le fameux *ratio*) n'est pas *per se* gage de son caractère équitable. Ce dernier n'est pas fonction automatique du test de proportionnalité — bien qu'ordalie de rigueur en droit de la délimitation maritime — il n'est qu'un parmi les instruments dont dispose le juge afin d'aboutir à un résultat équitable. Ou, plus exactement, un des ustensiles qui lui permettent après coup de vérifier que la ligne tracée opère une délimitation équitable. D'où le rôle d'*arbitrum* (175) (*einzigartig und einmalig*) de la notion de « circonstances spéciales », savant mélange d'une recette unique et propre à chaque délimitation maritime. Le succès ou le caractère équitable de la délimitation maritime tient parfois plutôt à l'interprète (le juge) qu'au droit

(170) Cette opération a été effectuée simultanément et grâce au revirement conceptuel de la Cour relativement au fondement du titre juridique de l'Etat côtier sur le plateau continental et à son rapprochement avec la Zone économique exclusive : « [L]es deux institutions du plateau continental et de la zone économique exclusive sont liées dans le droit moderne [...] Cela signifie bel et bien qu'il convient d'attribuer plus d'importance aux éléments, tels la distance de la côte, qui sont communs à l'une et à l'autre notions » (§ 83).

(171) Plateau continental (*Libye c. Malte*)... *op. cit.*, § 61-62. C'est ainsi que M. Conforti (\* L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la délimitation du plateau continental entre la Libye et Malte », *RDJP*, Vol. 90 (1986-2, p. 318)) évoque, à raison, la « valeur politique des arrêts de la Cour ».

(172) Oda, § 26, 41.

(173) Cette situation désavantageuse, pour Qatar, ne découle pas vraiment de la délimitation maritime elle-même mais est la conséquence de la constatation de la souveraineté bahreïnite sur les îles Hawar.

(174) Une zone qui intéresse tout particulièrement cet Etat puisqu'elle est limitrophe à celle dans laquelle il a déjà commencé l'exploitation du plus vaste gisement unique de gaz liquide au monde.

(175) Comme le dit avec exactitude, M. Quéneudec (Qatar) : « ... les circonstances propres à la présente affaire tendent à démontrer, une fois de plus, que chaque affaire de délimitation maritime est bien un *arbitrum* » (22 juin 2000, CR 2000/19, § 7).

qu'il applique ; comme la beauté, la magie d'une pièce musicale tiennent, parfois (aussi), à l'exécuteur qu'à la musique qu'il joue. Mais puisqu'on ne peut pas garantir à l'avance une telle concrétisation de l'équité, il est raisonnable que les Etats voient d'un mauvais œil, et avec une certaine méfiance, parfois légitime, ce droit très nouveau et à certains égards imprévisible.

*He et haut-fond découvert : leurs effets sur la délimitation maritime*

Sur la définition d'He, on note une différence importante exprimée par les trois juges dans leur opinion dissidente commune :

« L'assimilation de l'île au territoire terrestre s'explique par des pures considérations de géomorphologie : la terre ferme, dans les deux cas de figure, représente l'élément solide qui les supporte, contrairement aux atolls et aux cayes ; la conséquence est la dureté physique de ce socle qui en assure la permanence » (176).

Voilà donc le critère : c'est le territoire terrestre qui assure la permanence (177).

Les trois juges contestent et la qualification de Qit'at Jaradah en tant qu'île et le fait de l'avoir attribuée à Bahrein alors qu'elle se trouve plus proche à Qatar (178), la deuxième question étant la conséquence de la première. En effet, il ne s'agit pas d'une île et, par conséquent, la détermination de la souveraineté se fait conformément aux principes régissant la délimitation maritime (c'est-à-dire, sa position par rapport à la mer territoriale). Par conséquent, la souveraineté sur cet affleurement n'a pas d'incidence sur la délimitation maritime, mais, bien au contraire, celle-ci détermine celle-là. Tant la cartographie navale que les portulans soumis à la Cour indiquent cet affleurement en tant que haut-fond découvert et non pas comme île. De surcroît, depuis 1992 — date à laquelle les deux Etats ont procédé à l'extension de leur mer territoriale à 12 milles marins — Qit'at Jaradah se trouve désormais au chevauchement de ces espaces, bien que plus proche des côtes qatariques que du littoral bahreïnite. Ainsi, ce haut-fond découvert aurait dû relever de la souveraineté qatarie et non pas de celle bahreïnite.

La mer territoriale possède en effet quoique de manière atténuée (réfrangible) cette faculté attribuée à la Terre de rayonner la souveraineté : de sorte que chaque île qui se situerait en son sein est *présumée relever de la souveraineté de l'Etat côtier*. Cette irradiation perd de sa puissance lorsque la souveraineté territoriale rencontre l'espace liquide (une autre dimension spatiale) pour se noyer définitivement dans les abysses marines...

(176) Op. diss. commune, § 300.

(177) De manière assez intéressante, selon M. Weil (Bahrein) les hauts-fonds découverts « ne sont *phagocytés* que des terres à temps partiel » (29 juin 2000, CR 2000/25, § 9).

(178) Dans le même sens : Vereshchagin, § 13; Torres-Bernardet, §§ 523-529.

*Circonstances spéciales*

La disparité dans la longueur du littoral des deux Parties constitue une circonstance spéciale à la lumière de la maxime : la Terre domine la Mer (179).

La constatation de la souveraineté bahreïnite sur les îles Hawar constitue une circonstance spéciale au sens que lui confère le droit de la délimitation maritime. En effet une ligne de délimitation toute simple — ne tenant dûment compte de ce fait et de cette (nouvelle) situation juridique — engendrerait une distorsion qu'il y aurait eu lieu de corriger. Comme le dit, peut-être avec trop de fougue, le juge *ad hoc* désigné par Qatar :

« It follows from this geographical situation that the attribution by the present Judgment of the Hawar Islands to Bahrain creates a *special circumstance* of the highest political and security importance, as well as for maritime communications, which should have been duly taken into account as to achieve an equitable maritime delimitation. The attribution to Bahrain not only of the Hawar Islands as such, but also of the waters between the western coast of Jazirat Hawar and other smaller northern islands of the group and the eastern coast of Bahrain Island as Bahraini territorial waters, leads indeed to an *extraordinary disproportionate effect* in the maritime delimitation of that area because the *Hawar Islands are too close to, indeed they are in fact part of, the Qatari mainland coast facing them*. It also means that the mainland coast of Qatar facing the Hawar Islands is altogether excluded in practice from generating territorial sea rights. We do not think that the general law of the sea governing maritime delimitations permits such situations » (180).

La décision de 1939 — dont la validité en droit international prête à discussion — aura eu donc des répercussions décisives sur la délimitation maritime, en tous cas en ce qui concerne le secteur méridional. En revanche, dans le secteur septentrional, la Cour met en place des prémisses territoriales défavorables à Qatar (îles et autres affleurements) pour finalement en atténuer les effets sur le tracé de la ligne, en réduisant la dérive (déplacement) vers l'Est (c'est-à-dire vers le Qatar) : en bridant leurs effets vers l'Orient.

*Solution imaginative ou l'imagination au service du Droit*

Tout au long de la procédure, même au début et par son Représentant à La Haye, Bahrein n'a pas hésiné de se référer aux inégalités qui frappent cet Etat par rapport à son voisin, et ce en termes de population, ressources, économie et, surtout, de territoire (181). Bref, Bahrein était acculé à reven-

(179) Torres-Bernardet, § 526.

(180) Torres-Bernardet, § 536 [italiques dans le texte].

(181) « ... ours is a very small country. With 914 people per square kilometre — Bahrain is the fifth most densely populated country in the world. Although there are more than twice as many Bahraïnis as there are Qataris, Qatar's landmass is 16 times greater than ours » (8 juin 2000, CR 2000/11, § 4).

diquer la souveraineté sur les espaces contestés en raison de sa situation objective d'infériorité. Sous cet angle, les juges Bedjaoui, Koroma et Ranjeva ont *imaginé* une autre solution qui a le mérite de concilier les exigences du Droit avec celles (économiques et autres) des Etats. Se référant à l'accord de délimitation entre Bahreïn et l'Arabie saoudite du 22 février 1958, dont l'article 2 prévoit la reconnaissance de la souveraineté saoudienne en *télanges* du partage des ressources de la région, lesdits juges se demandent si une solution semblable n'aurait pas pu être trouvée en ce qui concerne les flots Hawar et les espaces maritimes entre ces dernières et le littoral bahreïnite.

Le trait d'union entre le Droit et le Social dans les controverses territoriales et notamment dans celles concernant les espaces maritimes est représentée par l'équité sous ses différentes formes. Celle-ci innerve et imprègne le Droit dans des modalités et à des stades différents non seulement donc au niveau de la fixation du tracé de la ligne de délimitation, c'est-à-dire en aval, mais aussi en amont. Ce qui veut dire qu'elle peut intervenir, et parfois elle doit intervenir, même au moment de la définition de ces espaces juridiques, de leur façonnement. Le droit international dispose d'un arsenal de statuts juridiques de l'espace (i.e. la manière dont le Droit reconstruit l'espace) aussi vaste que la Cour aurait pu sûrement dénichier celui qui lui conviendrait à ces exigences. On aurait pu, par exemple, imaginer une solution entre la souveraineté et son exercice, ou encore d'un condominium, ou d'un *coimperium* sur les ressources et leur exploitation.

Le droit international, et l'histoire des relations internationales en témoignent abondamment, connaît des phénomènes où, pour des raisons politiques, économiques, ou autre, il y a dissociation entre le titulaire de la souveraineté territoriale et le titulaire du droit à son exercice. Ces cas de figure étaient bien entendus assez fréquents par le passé, mais rien n'empêche, au point de vue juridique, qu'on puisse y recourir à l'heure actuelle. Dans l'affaire du Lac Lanoux, par exemple, le tribunal arbitral déclara que le traité international n'est pas le seul moyen par lequel on peut instituer, établir une telle dissociation :

« Admettre qu'en une matière déterminée il ne peut plus être exercé de compétence qu'à la condition ou par la voie d'un accord entre deux Etats, c'est apporter une restriction essentielle à la souveraineté d'un Etat, et elle ne saurait être admise qu'en présence d'une démonstration certaine. Sans doute, la pratique internationale révèle-t-elle quelques cas particuliers dans lesquels cette hypothèse se vérifie; ainsi parfois deux Etats exercent conjointement les compétences étatiques sur certains territoires (*indivision, coimperium ou condominium*); » (182).

(182) Affaire du Lac Lanoux, sentence arbitrale (Tribunal arbitral franco-espagnol) rendue le 16 novembre 1957, *RSA*, Vol. XII, p. 306. Cf. aussi *The Island of Palmas case...* *Op. cit.*, p. 838; *Syndicat indépendant des fonctionnaires du Condominium des Nouvelles Hébrides* (Conseil d'Etat, France), award delivered the 2 December 1970, *ILR*, Vol. 57, pp. 116-117, où le *condominium* anglo-français, institué par le Protocole de Londres du 6 août 1914, est confirmé. Voir à

Dans certaines circonstances, donc, un Etat exerce des compétences souveraines sur le territoire d'un autre Etat. Cette situation territoriale est normalement sanctionnée par une convention entre les deux Etats de sorte que l'exercice des compétences souveraines s'effectue de manière pacifique et naturellement avec le consentement de l'Etat territorial. Or, un courant doctrinal soutient qu'il ne s'agit que de cessions déguisées (183), pour ne pas froisser l'Etat territorial ou bien pour ne pas porter atteinte à l'équité des Puissances.

D'un autre côté, un vaste courant doctrinal (184), auquel nous adhérons, penche pour l'admissibilité d'une dissociation entre la titularité de la souveraineté territoriale et son exercice. En effet, la conception contemporaine de l'espace et de ses rapports avec l'Etat (185) permet de résoudre efficacement

est égard les études toujours classiques de POLLISS, N. « La condition internationale des Nouvelles Hébrides », *RGDIP*, Vol. 8 (1901), pp. 121-152; 230-271; POLLISS, N. *Le Condominium franco-anglais des Nouvelles Hébrides*, Paris, 1908.

(183) Cf. PERAMBAQUER, J. « Des annexions déguisées de territoires », *RGDIP*, Vol. 16 (1909), pp. 316-367; GARARD, A. *Des cessions déguisées de territoire en droit international public*, Paris, 1904; QUARANT, R. *Op. cit.*, pp. 718-719; KERSEN, H. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen, 1920, § 19, pp. 81-82; LOUTRE, J. *De Op. cit.*, pp. 369-371; LIEZT, F. von. *Le droit international. Exposé systématique*, (Tr. de l'allemand par G. Gidel, d'après la 9<sup>e</sup> éd. allemande, 1913), Paris, 1928, p. 108; DIERVA, G. « Die Erwerbungs Tripolitanien durch Italien und deren völkerrechtlichen Charakter », *Mitteilungen Zeitschrift für Internationale Recht*, Vol. 23 (1913), p. 6; COBBERT, P. *Leading Cases on International Law*, 4<sup>e</sup> éd., Vol. 1 (Peace), London, 1922, p. 113; RIBBENT, A. *Les occupations fictives dans les rapports internationaux*, Bordeaux, 1897; RIBBENT, R. *Traité de droit des gens*, Paris, 1950, pp. 182-183.

(184) CAVALLERINI, A. « L'annessione della Bosnia-Erzegovina », *RDJ*, Vol. 4 (1909), pp. 387-402; CAVALLERINI, A. *Op. cit.* (1929), p. 484; SOU, E. « Réflexions sur la distinction entre la souveraineté et la compétence territoriale », in *Internationale Festschrift für Alfred Verdross*, München, 1971, pp. 498-499; COMBACAU, J., SOU, S. *Droit international public*, Paris, 1993, p. 423; BARRI-VOCULO, L.M. *Op. cit.*, p. 40; DIERVA, G. *Op. cit.* (1930), p. 223; BLACKSTONE, W. *Commentaries on the Laws of England*, 4 Vols., 1765-1769 [Réprod. photomécanique, Chicago, 1978], Vol. II, p. 197; GIDDEL, G. *Des effets des annexions sur les concessions*, Paris, 1904, qui fut le premier, dans la doctrine, à avoir tracé nettement les linéaments conceptuels de la figure de l'*annexio de facto* en droit international; WILDOVENBY, W.W. *Types of Restricted Sovereignty and of Colonial Autonomy*, Washington, 1919; FERDINI, P. « Introduzione al diritto internazionale », *Parole e Sentenze in Trattato di diritto internazionale*, Vol. 1, Padova, 1938, pp. 425-427; CONNOR, R. G. « Sovereignty sui generis in amministrazioni fiduciarie e rapporti tra gli ordinamenti dell'amministrazione e dell'amministrato », *RDJ*, Vol. 38 (1955), p. 21; EISENHART, P.M. « Le statut d'Okina », de la souveraineté résiduelle à la restitution au Japon », *AFDI*, Vol. 17 (1971), pp. 255-280; GIMAR-DINI, C. « Dalle cosiddette occupazioni qualificate in diritto internazionale », *RDJ*, Vol. 34 (1942-1943), pp. 183-223; MARAZZI, A. *I territori internazionali*, Torino, 1959; SAKKEI, F.B. « Legal problems arising from the United Nations Trusteeship System », *AJIL*, Vol. 42 (1948), pp. 263-288; SOBULE, G. « La situation juridique de Vîna et de son territoire », *RGDIP*, Vol. 35 (1928), pp. 730-780; SILVERSTEIN, A.L. « Okinotshima : Artificial Preservation of a Speck of Sovereignty », *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 16 (1990-II), p. 414; ROMANO, S. *Corso di diritto internazionale*, 3<sup>e</sup> éd., Padova, 1993, pp. 184-186; affaire du Vapour *Windledon* (France c. Allemagne), arrêt du 17 août 1923 : *C.P.J.I. Recueil* C 3, p. 278 [Intervention de M. Plösch];

(185) COMBACAU, J., SOU, S. *Op. cit.*, pp. 395-400.

ment ces situations territoriales particulières où la titularité (186) du *dominium* est soignée de celle de l'*imperium*. Or, en qualifiant le territoire à la fois comme *res* et comme domaine de validité spatiale de la souveraineté de l'Etat, on parvient à attribuer des statuts juridiques spécifiques à ces situations territoriales. Les actes accomplis par l'Etat qui ne sont pas accompagnés de l'*animus domini* seront considérés comme des actes purement factuels, de même que la possession ou la détention en droit interne.

Dans cette perspective, Bedjaoui & Co. ont suggéré une forme de « servitude internationale », à savoir :

« un régime de jouissance et d'exercice des droits d'usage de la mer, aurait pu être envisagée en la présente affaire, la question la plus délicate demeurant la liaison entre les parties septentrionale et méridionale de la presqu'île de Qatar par la façade maritime occidentale [...] On aurait alors affaire à des droits et des juridictions reconnus à un Etat étranger sur un espace relevant de la juridiction d'un Etat riverain » (187).

Car, il est hors de doute que la délimitation maritime, tributaire ici encore plus qu'ailleurs de la solution adoptée dans le contentieux territorial, a généré un enclavement factuel. Afin d'obvier à ce désavantage qui rend inégalement inéquitable la délimitation maritime, il aurait fallu un désenclavement ou un nouvel « enclavement juridique », par le biais précisément de la greffe de droits réels qatari sur les espaces maritimes soumis à la souveraineté bahreïnite (*intra in re aliena*). Ainsi, « un régime de 'servitude internationale' constitutif d'un 'couloir de navigation' » aurait permis de tenir mieux en compte les droits et intérêts qatari sans néanmoins porter atteinte à ceux bahreïntes :

\* Les droits de Bahreïn à la continuité entre les éléments de son territoire et à la sécurité sont équivalents à ceux que le droit positif reconnaît à Qatar » (188).

Une solution, parlant, qui tînt en compte non seulement les spécificités de ces espaces et de leur utilisation en commun, mais aussi de l'exigence fondamentale qatarie de pouvoir rallier les extrémités septentrionale et méridionale des son littoral occidental sans devoir forcément traverser des espaces soumis à une souveraineté étrangère (i.e. les eaux territoriales bahreïntes) : c'est-à-dire, assurer une communication maritime entièrement dans les espaces maritimes qatari. La simple reconnaissance, par la Cour,

(186) Nous sommes parfaitement conscients qu'il s'agit là d'un néologisme qui n'a pas encore été consacré par la doctrine juridique en langue française. Par ce terme nous faisons référence à la *qualité* (au fait), au bénéfice d'un sujet de droit, *d'être titulaire* d'un droit, d'un bénéfice, d'un privilège, bref d'un *droit subjectif*. La titularité est donc cette expression juridique relative à l'attributions (imputation) d'un droit subjectif à un sujet de droit.

(187) Op. diss. commune, § 172.  
(188) Op. diss. commune, § 176. Dans le même sens : le juge Herzog dans sa Déclaration jointe à l'arrêt. Le renvoi qui est fait par les trois juges à la solution entérinée par la C.I.J. dans l'affaire de Kasikili / Seduda est approprié. Il aurait fallu ajouter également le cas de figure dans l'affaire entre le Yémen et l'Érythrée.

du droit de passage inoffensif tombe bien en deçà de cette exigence d'équité et de droit.

Inversement, on aurait pu *imaginer* la constatation de la souveraineté qatarie sur les îles Hawar, ce qui aurait eu comme conséquence le déplacement de la ligne maritime vers l'ouest,  *grosso modo* entre celles-ci et le littoral bahreïnite. En contrepartie et justement pour prendre en compte les exigences bahreïntes, il eût été nécessaire d'instituer un régime conjoint d'exploitation des ressources, ou, encore, une servitude bahreïnite sur les espaces soumis à la souveraineté qatarie.

Peut-on vraiment soupçonner la Cour d'avoir redouté de consacrer la notion de servitude internationale, voire même d'en avoir introduit une par le truchement d'un arrêt ? (189)

En effet, sur l'existence des servitudes en droit international, les plus beaux esprits de cette science ont longtemps guerroyé. Une des 'causes célèbres' en la matière est représentée par l'affaire relative aux Pêcheries de l'Atlantique septentrionale. La doctrine subséquente s'est engagée dans des discussions herméneutiques de très haut niveau aux fins de discerner le sens véritable des déclarations de la Cour permanente d'arbitrage sur l'argumentation américaine tendant à démontrer l'existence de cette institution en droit international. Il convient de reproduire en entier le passage en question :

\* (c) Because a servitude in International law predicated an express grant of a sovereign right and involves an analogy to the relation of a praedium dominans and a praedium serviens; [...] (d) because the doctrine of international servitude in the sense which is now sought to be attributed to it originated in the peculiar and now obsolete conditions prevailing in the Holy Roman Empire of which the domini terrae were not fully sovereigns... their right being, moreover, rather of a civil than of a public nature, partaking more of the character of dominium than of imperium, and therefore certainly not a complete sovereignty... [and because] the modern State, and particularly Great Britain, has never admitted partition of sovereignty, owing to the constitution of a modern State requiring essential sovereignty and independence: [...] because] (e) this doctrine... has found little, if any, support from modern publicists. It could therefore in the general interest of the Community of Nations, and of the Parties to this Treaty, be affirmed by this Tribunal only on the express evidence of an International Contract » (190).

Voilà la *ratio decidendi* de la Cour à l'égard du bien fondé de la thèse américaine visant à la reconnaissance juridictionnelle d'un droit de servitude.

(189) Dans l'affaire souvant citée entre le Yémen et l'Érythrée, le Tribunal arbitral évoqua clairement, dans sa sentence lors de la première phase, les termes fatidiques de « servitude internationale », § 126.

(190) North Atlantic Coast Fisheries case (USA v. Great Britain), award delivered by the Permanent Court of Arbitration the 7 September 1910, R.S.A. Vol. XI, p. 182 [les Italiques sont de nous].

Dans une autre affaire également célèbre, la Commission internationale de juristes établie par la Société des Nations, confrontée directement à la question de l'existence des servitudes en droit international, a préféré, nous paraît-il, esquiver ces écueils, tout en répondant par la négative (191). Il faut toutefois observer que dans cette espèce la Commission ne devait pas forcément recourir à l'institution de la servitude pour résoudre la question, et partant, le principe de l'économie des moyens a primé l'exigence d'une élaboration plus approfondie.

Par la suite, dans l'affaire du vapeur *Wimbledon*, la Cour permanente de Justice internationale a explicitement éludé la problématique en aboutissant à un résultat analogue, l'étude de la question étant manifestement superflue (192). Toutefois, le juge Schötking dans son opinion dissidente alla plus loin que la Cour, puisqu'il affirma que :

« Le droit au libre passage par le Canal de Kiel me paraît indubitablement se présenter sous la forme d'une servitus iuris publici voluntaria. Ce concept qui, pendant des siècles, a rendu des grands services au droit international n'est pas, il est vrai, actuellement sans être contesté par la science du droit des gens, mais en réalité son importance a grandi du fait des traités de paix qui ont suivi la guerre mondiale. Car ces traités ont donné lieu à des nombreuses situations juridiques qui ne peuvent être classées ailleurs que dans la catégorie des servitudes de droit international » (193).

La doctrine (194) et la pratique (195) des Etats reflètent ce marasme conceptuel, bien qu'elles paraissent plus enclines à admettre l'existence des

(191) Elle fait d'ailleurs implicitement référence à la sentence arbitrale de 1910 : « [L']existence des servitudes internationales, dans le sens propre et technique du mot, n'est pas généralement admise »; Question des Iles d'Åland (Rapport de la commission chargée par le Conseil de la Société des Nations de donner un avis consultatif sur les aspects juridiques de la Question des Iles d'Åland), *Journal Officiel de la Société des Nations*, octobre 1920, p. 16.

(192) « La Cour n'a pas à prendre parti dans la question, d'ailleurs très controversée, de savoir s'il existe vraiment dans le domaine du droit international, des servitudes analogues aux servitudes de droit privé », affaire du Vapeur *Wimbledon* (France c. Allemagne), arrêt du 17 août 1923 : *C.P.J.I. Recueil A. I*, p. 24. Au cours des plaidoiries, l'illustre jurissconsulte grec, M. Politis, affirma en des termes péremptories l'existence des servitudes : « La notion des servitudes internationales a été parfois critiquée comme peu scientifique. On s'est basé, pour le faire, sur les différences profondes qu'il y a entre la propriété privée et la souveraineté des Etats. Mais la critique est à coup sûr exagérée, car, s'il est inadmissible d'appliquer en tous points aux servitudes internationales les règles des servitudes du droit privé, il n'en est pas moins vrai qu'il est des situations internationales qu'on ne saurait expliquer juridiquement, à l'aide de la seule théorie des obligations... C'est pourquoi la théorie des servitudes est admise par la plupart des auteurs et trouve des applications dans la jurisprudence internationale »; C. 13-IV (1), Discours de M. Politis, pp. 200-201. Voir aussi la servitude établie par décision judiciaire dans l'affaire de la Servitude arbitrale de l'Espagne (Reine Maria Christina) dans la question des limites entre les Etats-Unis du Venezuela et la République de Colombie, rendue le 18 mars 1891, *R.S.A. Vol. I*, p. 295. La servitude servitude fut ainsi instituée pour une période de 25 ans (Section 6).

(193) Affaire du vapeur *Wimbledon*... *Op. cit.*, p. 43 (Op. assidue du juge Schötking; les italiques sont de nous).

(194) V. ARTEL, *Emer de, Le Droit des Gens. Ou Principes de la Loi Naturelle, Appliqués à la conduite de nos affaires des Nations et des Souverains*, London, 1758 [reproduit en facsimilé dans les « *Classicos of International Law* », Washington, 1916], Livre III, Ch. XIII, § 199; BRUNERY (77e *Lays of Nations*, 6<sup>e</sup> éd. ed. by H. WALDOCK), Oxford, 1963, pp. 193-194) par un raisonnement tortueux, finit par en reconnaître du bout des lèvres leur existence : « It seems probable that the

servitudes en droit international, à quelques différences près cependant des servitudes de droit privé. Et c'est précisément sur cette position critique que nous nous alignons, ce qui nous amène à déplorer l'absence d'audace de la part de la Cour, une intrépidité toute relative, cependant, puisque bien assise et conforme au droit international.

Il nous paraît partant regrettable que la majorité des juges de la Cour n'ait pas suivi la solution préconisée par les juges Bedjaoui, Koroma et Rajvera dans leur opinion dissidente commune :

« ... il eût été préférable [affirmement-ils] de rappeler [dans le dispositif de l'arrêt] une obligation supplémentaire à la charge de Bahrein et Qatar : la conclusion d'un accord dont les termes devront être arrêtés par les Parties elles-mêmes » (196).

#### *Solution imaginative et équilibrée*

L'exigence et, au même temps, la légitimation d'une solution imaginative repose sur une certaine conception de l'équité, notamment dans les conflits territoriaux, et de ses rapports avec le Droit. Dans la formulation classique d'ARISTOTE reconstruite par les jurissconsultes romains (197), l'équité est ainsi définie :

« Telle est la nature de l'équitable : c'est d'être un correctif de la loi, là où la loi a manqué de statuer à cause de sa généralité. En fait, la raison pour laquelle tout n'est pas défini par la loi, c'est qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il est impossible de poser une loi, de telle sorte qu'un décret est indispensable. De ce qui est, en effet, indéterminé la règle au cas est indéterminée, à la façon de la règle de plomb utilisée dans les constructions de Leobos : de même que la règle épouse les contours de la pierre et n'est pas rigide, ainsi le décret est adapté aux faits » (198).

notion of servitude has been introduced into the terminology of international law owing to the fact that the international rules relating to territory were in the main originally taken from the Roman rules relating to the ownership of land. Thus, the word can be used loosely to denote merely rights held by one state over the territory of another. But if a right over territory does not have the character of being a right *in rem*, it is merely confusing to call it a servitude, for in legal analysis it does not differ from any other right created by a treaty »; MERRON, P.K. *Op. cit.*, p. 28.

(195) Au regard des droits de pâturage des éleveurs italiens sur territoire autrichien (dans la région du Kesselwald) et de leur transmissibilité lors de la succession d'Etats (en vertu du principe : *res transit cum onere suo*), ainsi s'exprimait, en date du 9 août 1921, le Secrétaire général du Conseil du Contentieux diplomatique du Ministère des Affaires étrangères italien : « ... si osservava come sia principio di diritto internazionale che le servitù che gravano su di un determinato territorio, consistono nel essere servitù del diritto anche se sopravvengano un mutamento della proprietà consistente sul territorio in parola », in *Pagati italiana di diritto internazionale*, 3<sup>e</sup> série (1919-1925), Vol. V, Roma, 1995, § 1187, p. 2669 [les italiques sont de nous].

(196) *Op. diss. commune*, § 179 [Des italiques sont de nous]. Et ce dans le sillage de l'arrêt innovateur de la C.I.J. dans l'affaire de l'île de Kasikiki/Sehadu.

(197) « In omnibus quidem, maxime tamen in iure sequentes spectanda est », D. 50.17.90 (Pavus XV quaestio). Cf. en général les brillantes réflexions de : CALASSO, F. « Equità », in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XV, Milano, 1966, pp. 65-69, pour la genèse historico-juridique de la notion d'« *aequitas* ».

(198) *Etimologie à Niconomage*, Lib. V, § 4, 1187 b26-32 [Des italiques sont de nous].

L'équité permet donc au juge de statuer, non pas en vertu de la loi, mais sur la base de cette justice que la loi même tend à réaliser (199). Il s'ensuit, ajoute ARISTOTE, que :

« De là vient que l'équitable est juste, et qu'il est supérieur à une certaine espèce de juste, non pas supérieur au juste absolu, mais au juste on peut se rencontrer l'erreur due au caractère absolu de la règle » (200).

D'où la nécessité de corriger la norme générale, abstraite, inappropriée, par sa nature même, à exprimer l'idéal de justice qu'elle poursuit (201). D'où, le rôle du juge d'attendre la justice par le biais d'une solution équitable dans l'application de la norme (202). Il ne s'agit donc pas pour le juge de combler les 'lacunes du droit', d'ailleurs inexistantes (203), mais bien plutôt de procéder à l'individualisation, tempérée par l'équité, de la norme juridique générale en regard d'un cas d'espèce concret.

A cet égard on ne peut que louer l'affirmation de la Cour dans l'affaire de la Compétence en matière de pêcheries :

« Il ne s'agit pas simplement d'arriver à une solution équitable, mais d'arriver à une solution équitable qui repose sur le droit applicable » (204).

(199) Il est frappant de remarquer la filiation que ce passage, extrait de l'Éthique à Nicomaque, a engendrée dans la pensée juridique si l'on lit : « ... the Courts... have necessarily been entrusted with a certain power of making rules for cases not provided previously, and even of modifying existing laws from time to time in order to carry out the current ideas of what is equitable ». HOLLAND, T.E., *Jurisprudence*, 12<sup>e</sup> éd., Oxford, 1916, pp. 65-67 [Les italiques sont de nous]. Il serait tout de même plus correct de dire, dans le sillage d'Aristote, que les tribunaux internationaux par le biais de l'application équitable des règles juridiques définissent la conception contemporaine de la justice. Celle-ci représente la finitude à atteindre, l'application *équitable* des normes étant le moyen.

(200) *Op. cit.*, 1137 b24-26 [Les italiques sont de nous].  
(201) « Dans l'Extrême-Orient, il est une silhouette extrêmement familière, c'est celle du paysan qui porte sur son épaule droit une longue tige de bambou qui, à chaque extrémité, soutient des poids fardeaux. Cette image est l'image d'une balance, symbole de la justice ». *C.I.J. Recueil* Temple de Preah-Vihéar (*Cambodge c. Thaïlande*), arrêt du 15 juin 1962 (fond) : *C.I.J. Recueil* 1962, Mémoires, plaidoiries et documents, Vol. II (Réplique de M. Reuter), p. 558 (audience du 27 mars 1962).

(202) Cf. affaire Barcelona, *Tractación Light (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970 : *C.I.J. Recueil* 1970, p. 86 [op. individuelle du juge FERNANDEZ]. « ... le droit et l'équité ne peuvent réaliser la justice que si l'on les laisse se compléter mutuellement »; affaire des prises d'eau à la Méuse (*Belgique c. Pays-Bas*), arrêt du 28 juin 1937 : *C.P.J.I. Recueil* A/B 70, p. 76 [op. individuelle du juge Hudson].

(203) Car, comme il a été très judicieusement maintenu : « Il peut y avoir des brèches dans les diverses manifestations du droit coutumier. Mais il n'y a pas de brèches dans l'ordre juridique considéré dans sa totalité ». LAURENÇON, Sir Hersch, « La théorie des différends non juridictionnels en droit international », *RCADI*, Vol. 34 (1930-IV), p. 538. Contra : Et KADIRI, A. « Le rôle de l'équité dans le règlement des différends de limites (terrestres et maritimes) », *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, Vol. 11 (1982), p. 103.

(204) Arrêt du 25 juillet 1974 : *C.I.J. Recueil* 1974, p. 33 § 78. Dans l'affaire du Différend frontalier de 1986 entre le Burkina Faso et le Mali, la Chambre de la Cour internationale de Justice reproduit *in toto* ce passage (*C.I.J. Recueil*, 1986, § 28) : « ... le Droit international... s'inspire essentiellement des principes de l'équité », affaire des Biens britanniques au Maroc espagnol (*Grande-Bretagne c. Espagne*), sentence arbitrale rendue le 27 août 1924, *RS.A.*, Vol. 2, p. 729 [Réclamation LIII].

C'est là, nous paraît-il, la définition de l'équité *infra legem*, c'est-à-dire de l'équité inhérente au droit. Cette dernière permet l'application *in specie* d'une norme générale à une situation particulière, son rôle découlant de la nécessité d'adapter la norme à la situation en l'espèce (205). Mais encore, tout en se tenant dans la sphère du droit positif, l'équité peut (doit!) intervenir, toujours dans le dessein de réaliser la justice (206), pour combler les interstices (207) que la norme générale laisse, justement de par son caractère indéfini (208), ou encore afin de permettre l'évolution graduelle du Droit (209). Dans toutes ces situations-type, l'équité intervient afin de tempérer l'application de la norme (210), dans les limites et pour les besoins indiqués plus haut par la formulation aristotélicienne. On peut donc se demander si la Cour, dans la présente affaire, ait ressenti cet appel de l'équité qu'elle avait elle-même lancé en 1974 dans l'affaire préitée des Pêcheries islandaises.

Il nous semble que la délimitation finalement opérée par la Cour et la définition des régimes juridiques instaurés par elle « qui sur le plan de l'opportunité, manque de hardiesse, méconnaît une donnée de fait et de droit » (211). Et ce même si, comme le dit M. Weil (Bahrein) dans sa plaidoirie orale :

« La Cour n'est pas le conservateur des antiquités juridiques. Elle applique — et, pour l'appliquer, elle définit d'abord — le droit de la mer d'aujourd'hui, préfigurant ainsi celui de demain » (212).

(205) C'est l'image de la « règle de plomb de Lesbos » à laquelle on fait ici référence. Affaire de l'île de Kasikli / Sedadu (*Bosnie c. Namibie*), arrêt du 13 décembre 1998 : *C.I.J. Recueil* 1998, § 90 de l'opinion dissidente du juge Weeramantry.

(206) Pour une application de la notion d'équité en ce sens, cf. l'art. 44 § 3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

(207) « A défaut de règles du droit des gens applicables aux faits litigieux, les arbitres estimant devoir combler la lacune en s'étayant suivant les principes de l'équité, tout en restant dans le sens des *droits des gens*, en tenant compte de son évolution ». Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique (affaire de « Naulila »), sentence arbitrale rendue le 31 juillet 1928, *RS.A.*, Vol. II, p. 1016 [Les italiques sont de nous].

(208) VISSCHER, Ch. De, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international*, Paris, 1963, p. 249; affaires du Plateau continental de la Mer du Nord (*Pays-Bas, Danemark c. République Fédérale d'Allemagne*), arrêt du 20 février 1969 : *C.I.J. Recueil* 1969, p. 85 [Op. individuelle du juge Bustamante y Riverol], p. 132 [Op. individuelle du juge Ammon].

(209) Le juge se trouve à la charnière entre les règles générales désuètes ou inadaptées et les nouvelles exigences qui ne sont plus couvertes par celles-là. Il s'impose donc pour le juge de procéder à la régénération du tissu normatif. En effet, les règles juridiques sont autant d'instruments qui servent des finalités sociales. Celles-ci procèdent de celles-ci puisqu'elles demeurent plus longtemps que celles-là. Par conséquent, les règles de droit finissent par devenir obsolètes, le juge intervenant alors pour permettre que l'ordre juridique atteigne néanmoins ses finalités.

(210) « ... [L]a fausseté des solutions auxquelles on peut arriver, quand on se refuse à modifier par la notion d'équité les déclarations quelquefois rigoureuses du droit strict ». MERTONIAU, A. *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international*, Paris, 1895, § 291. Voir aussi l'opinion individuelle du juge WERBAKARTY jointe à l'affaire de la Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (*Danemark c. Norvège*), arrêt du 14 juin 1993 : *C.I.J. Recueil* 1993, §§ 113-115, 121.

(211) *Op. diss. commune*, § 170.  
(212) 29 juin 2000, CR 2000/25, § 21.

Dans la sentence arbitrale Yémen/Erythrée (1<sup>ère</sup> et 2<sup>e</sup> phases), le Tribunal a fit sûrement preuve de davantage de souplesse et d'imagination (213). On ne peut pas considérer que cette dernière ne soit guère au service du Droit, et ce d'autant plus que dans la délimitation maritime une certaine marge de liberté existe; et ce d'autant plus que la formule bahreïnite, à la base de la compétence de la C.I.J. était suffisamment large pour asseoir une solution somme toute plus « équitable ». Bref, dans cette affaire arbitrale on peut affirmer que, *mutatis mutandis*, le tribunal a assurément fait mieux, alors que dans la présente espèce les circonstances n'auraient pas requis de la C.I.J. un tel exercice aussi osé. Or, il n'en est rien et l'arrêt ne parvient pas à appréhender juridictionnellement (et, en amont, juridiquement) le phénomène d'utilisation en commun, tant par les pêcheurs bahreïnites que qatariis, de ces espaces et leurs ressources. Surtout dans l'optique d'une justice véritablement apaisante, foncièrement sociale constituant en l'espèce le socle des relations de bon voisinage. Certes, ce régime d'utilisation des espaces maritime et insulaires, ne peut pas être apparenté à celui constaté dans la Mer Rouge méridionale par le Tribunal arbitral. Dans le cas d'es-pèce, il ne s'agit que d'un régime d'exploitation en commun par les pêcheurs qatariis et bahreïnites, et non pas d'un véritable ordre juridique. Toutefois, il n'est reste pas moins que des tels usages, de telles pratiques, de tels us et coutumes (on n'arrive pas à les appeler « coutume internationale ») méritaient un traitement bien moins rigide et plus respectueux de la finalité sociale du Droit, que celui finalement garanti par la Cour (214).

(213) Même si, faut-il le préciser, dans cette affaire d'autres éléments historiques-juridiques ont assurément facilité le aboutissement du Tribunal (i.e. régime de la pêche traditionnelle).

(214) M. Salmon (Qatar) avait précisément affirmé que « Dans la région du Golfe, où, en abondance avec la vie dans le désert, la pêche jouait un rôle appréciable, les files étaient, la plupart du temps ouvertes à tous comme un appendice à la liberté en matière de pêche. En un mot, l'utilisation des files à des fins de pêche par des personnes privées n'était pas considérée comme un acte d'occupation appelant protestation. Cet accessoire à la liberté de pêche trouvait son fondement dans la coutume musulmane » (Intervention du 29 mai 2000, CIR 2000/5, § 20).