

2000000000

Non-Corrigé  
Uncorrected

Traduction  
Translation

CR 94/6 (traduction)  
CR 94/6 (translation)

Mardi 8 mars 1994  
Tuesday 8 March 1994

008 The PRESIDENT: Please be seated. The Court resumes its hearings this morning to continue with the oral arguments of the representatives of Bahrain, and so I give the floor to Professor Prosper Weil.

Mr. WEIL: Thank you, Mr. President. Mr. President, Members of the Court, I tried yesterday to demonstrate that the question of seisin is one of jurisdiction and not, as our adversaries claim, a mere procedural matter. I avow that I have some compunction about bothering the Court with a demonstration of what may seem a self-evident truth. But the multiform arguments of the opposing Party scarcely leave me the choice.

Mr. President, since consent to unilateral seisin is a full component of the principle of consensual jurisdiction, it is subordinated to the same conditions and procedures as consent to judicial settlement and consent to the object and scope of disputes. The "refinements" and "concepts" described by Sir Ian Sinclair (CR 94/1, p. 35 et seq.) apply in both instances.

Disregarding aspects that are not disputed and present no problem here, such as the impossibility of going back on consent once given, I shall just take up three points.

009 I shall first note, though here again this is self-evident, that when one refers to consent - whether consent to seisin or any other aspect of consent - it is of course the will of both parties that is required. According to the formula of the 1992 *El Salvador/Honduras* Judgment, "it is only from the meeting of minds on that point that jurisdiction is created" (*I.C.J. Reports 1992*, p. 585, para. 378). The Chamber therefore considers, in this case, that even had the intention of one of the parties, Honduras, been established to have the Chamber go beyond determination of the juridical situation of the disputed waters and effect their delimitation, that intention would not have sufficed to offset the absence of a concordant will in the other party, El Salvador. Only a "common intention", the Chamber insists (*op. cit.*, p. 583, para. 373), could have established the Court's jurisdiction, and that common intention was lacking. The *Aegean Sea Continental Shelf* case

exemplified this: whatever may have been the will or the intention or the consent of Greece, the lack of consent on the part of Turkey sufficed, in the Court's eyes, to prevent the meeting of minds.

In short, there have to be two to establish the jurisdiction of the Court; and in the event of disagreement between the will of one of the parties and that of the other, it is quite naturally - as judicial precedent relating to optional declarations under Article 36, paragraph 2, has abundantly illustrated - the will expressing the smallest common denominator that prevails, since it is only in terms of the narrowest will that there exists a *common* will.

Consequently, given that it is glaringly evident that Bahrain, for its part, not only has never envisaged the Court's jurisdiction otherwise than on the basis of joint seisin but formally opposed, at Doha, a proposal permitting unilateral seisin, that it amended that proposal so as to rule out unilateral seisin and that it was the proposal so amended that Qatar accepted, one thing is obvious: no "meeting of minds" took place at Doha on seisin of the Court by one of the parties acting on its own. Counsel for Qatar stated a few days ago:

"The change in the wording made on the initiative of Bahrain, and which consists in substituting the words 'the parties' for the expression 'either of the parties', has not been disputed by Qatar ..." (CR 94/3, p. 20.)

This agreement of the parties as to how the Doha meeting proceeded on this crucial point suffices, it seems to me, to condemn Qatar's attempt to plead the implicit consent of the two parties, both Bahrain and Qatar, to unilateral seisin. *An explicit "no" cannot be understood as an implicit "yes".*

The second point on which I should like to insist is that the liberalism evinced by case-law as to the *form* in which consent may be expressed is accompanied by a strict requirement regarding *substance*. The Court will have observed that while Qatar's oral arguments insisted on "flexibility" of form (CR 94/1, p. 35), they completely overlooked requirements as to substance.

011

It is true that, according to case-law, acceptance of the Court's jurisdiction is not "subordinated to the observance of certain forms, such as, for instance, the previous conclusion of a special agreement" (*Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools)*, P.C.I.J., Series A, No. 15, p. 23; cf. *Corfu Channel*, I.C.J. Reports 1947-1948, p. 27). It may be given in any form and in an instrumentum of any nature whatsoever. It may even result from mere "acts conclusively establishing" consent, such as the fact of defending the merits of the case without making any reservation as to jurisdiction (*Rights of Minorities in Upper Silesia*, op. cit., p. 24). All that counts, according to the formula of the Permanent Court (*Factory at Chorzów*, P.C.I.J., Series A, No. 9, p. 32), echoed recently by the International Court (*Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, I.C.J. Reports 1988, p. 76, para. 16), is "an intention on the part of the Parties ... to confer jurisdiction upon" the Court.

But it is equally true that, however undemanding it may be over form, jurisprudence requires on the substance a definite and firmly established consent. In a variety of judgments, reference has been made to an "unequivocal indication" (*Upper Silesia*, op. cit., p. 24), to "voluntary and indisputable acceptance" of the Court's jurisdiction (*Corfu Channel, Preliminary Objection*, I.C.J. Reports 1947-1948, p. 27), to a "clear and unqualified expression of the consent of the Parties" (*Delimitation of the Continental Shelf between France and the United Kingdom*, UNRIAA, Vol. XVIII, p. 24, para. 20), and to "specific" reference to a matter (*Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)*, I.C.J. Reports 1992, p. 586, para. 380). Some of these expressions have just been taken up again by the Court in the second of its two 1993 Orders concerning provisional measures in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, I.C.J. Reports 1993, p. 342, para. 34). Consent must be established "beyond reasonable doubt", wrote Sir Hersch Lauterpacht in

012

his day (separate opinion, *Certain Norwegian Loans*, I.C.J. Reports 1957, p. 58); and the same expression occurs in the writings of Sir Gerald Fitzmaurice (*op. cit.*, Vol. II, p. 437). More recently, in the opinion he appended to the second Order in the Bosnia and Herzegovina case, a Member of the Court stressed "the overriding requirement of clear proof of consent" (separate opinion, Judge Shahabuddeen, I.C.J. Reports 1993, p. 355).

This means that while consent must be so interpreted as to enable it to "have appropriate effects" (*Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, P.C.I.J., Series A, No. 22, p. 13), and while case-law has rejected what a judgment called "a doubt nullifying ... jurisdiction" (*Factory at Chorzów*, P.C.I.J., Series A, No. 9, p. 32), interpretation must not, on the other hand, "exceed the intention of the States that subscribed to it" (*Phosphates in Morocco*, P.C.I.J., Series A/B, No. 74, p. 24).

There can consequently be no question of accepting Qatar's view that, regarding the interpretation of consent, "the balance of interests shifts in favour of the applicant State" (MQ, para. 4.18). There exists no presumption of competence in favour of the applicant: the title of jurisdiction must, in each case, be established in an "unequivocal" and "indisputable" manner.

The third point on which I should like to pause an instant is that the Court's jurisdiction "only exists in so far as this consent has been given" (*Mavrommatis Palestine Concessions*, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 16); it "only exists within the limits within which it has been accepted" (*Phosphates in Morocco*, P.C.I.J., Series A/B, No. 74, p. 23). Stated in different forms in countless judgments (see, for instance, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, I.C.J. Reports 1984, p. 266, para. 23; *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)* (*Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya*), I.C.J. Reports 1985, p. 216, para. 43; *Arbitral Award*

013

of 31 July 1989 (*Guinea-Bissau v. Senegal*), *I.C.J. Reports 1991*, p. 70, para. 49), this principle, which enables the parties to modulate the extent of their consent, is of special interest where the mode of seisin is concerned. Giving one's consent to the judicial settlement of a dispute without giving it at the same time to a unilateral application is one possibility; giving one's consent to the judicial settlement of a dispute and giving it also to a unilateral application is another.

While, in the *Aegean Sea Continental Shelf* case, the Court did not regard the Brussels communiqué as a title of jurisdiction capable of furnishing a "valid basis for establishing the Court's jurisdiction to entertain the Application filed by Greece" (*I.C.J. Reports 1978*, p. 44, para. 107), this is not so much because the Brussels communiqué did not seem to it to have the character of a treaty. It is above all, as made clear by the penetrating analysis of Mr. Thirlway ("*The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989*", *British Year Book of International Law*, 1991, pp. 14-15), because the communiqué "was not intended to, and did not, constitute an immediate commitment ... to accept unconditionally the unilateral submission of the present dispute to the Court" (*op. cit.*, p. 44, para. 107).

014

In the recent case concerning provisional measures between Bosnia and Herzegovina and Yugoslavia, a letter from the President of Yugoslavia to the President of the Arbitration Commission of the International Peace Conference, expressing the view that the disputes between the new Yugoslavia and the republics of the former Yugoslavia should be referred to the Court for settlement, was not regarded by the Court as a *prima facie* title of jurisdiction. The Court declared itself unable, at that stage of the proceedings, to determine whether the letter "was intended as an 'immediate commitment' ... binding on Yugoslavia, to accept unconditionally the unilateral submission to the Court of a wide range of legal disputes"; or whether it was intended as a commitment solely to submission to the Court of specific questions; "or as no more

than the enunciation of a general policy of favouring judicial settlement, which did not embody an offer or commitment" (*I.C.J. Reports 1993*, p. 18, para. 31).

It is, as we see, the intention of the two governments concerned which not only defines the extent of jurisdiction but which at the same time determines the terms and procedures for the exercise of such jurisdiction. Contrary to what Qatar asserts, seisin is an integral part of jurisdiction. The voluntarist principle governs the mode of seisin just as it does the other aspects of jurisdiction.

015 **Consent to unilateral seisin is not presumed**

Hence if the parties have not expressly specified the mode of seisin at the time of deciding to resort to judicial settlement, and when determining the subject and scope of the disputes to be submitted to the Court, the question whether one or the other may seize the Court by application can, contrary to the claims of our adversaries, never be resolved through recourse to a so-called freedom of choice. It is through a concrete interpretation of the real will of the parties that this problem will need to be resolved in each instance. The joint dissenting opinion in the case concerning the *Aerial Incident of 27 July 1955 (Israel v. Bulgaria)* alluded even then to "the unchallenged principle that ... the consent of the parties ... must not be presumed" (*I.C.J. Reports 1959*, p. 187). That is true of consent to unilateral seisin as much as of consent to other aspects of jurisdiction. If interpretation of the real will of the parties does not point with certainty at such consent, the only possibility will lie in joint seisin.

Thus it is that the variously worded clause in certain categories of treaties, to the effect that "any dispute as to the interpretation or application of the present treaty shall be submitted to the International Court of Justice, unless the parties agree to another mode of settlement", has been analysed in jurisprudence as expressing the real will of the parties to allow seisin by unilateral application. In the case concerning *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*,

the Court stated, regarding a clause of this kind:

016 "While that Article does not provide in express terms that either party may bring a case to the Court by unilateral application, it is evident ... that this is what the parties intended" (*I.C.J. Reports 1980*, p. 27, para. 52),

and the Court refers to the usual practice under this kind of treaty. The United States had shown in its Memorial that it was a standard clause traditionally interpreted both by itself and by other parties as authorizing unilateral seisin (*I.C.J. Pleadings, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, p. 153), and counsel for the United States observed that a similar position had been adopted by the Permanent Court regarding a clause of the same kind (argument of Mr. Schwebel, *op. cit.*, p. 285).

The same analysis was echoed by the Court in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (*I.C.J. Reports 1984*, p. 427, para. 81).

The Court, as we can see, never relies on a presumption but always on the established and indisputable intention of the parties, taking the view that their silence is equivalent, in certain instances, to acceptance of the right of unilateral seisin: "it is evident ...," it says, as I have just seen, "that this is what the parties intended". To argue, as Mr. Quéneudec does, that "unilateral seisin is the inevitable corollary of compulsory jurisdiction" and that "(f)or such a seisin to be possible, ... it suffices that that possibility not be expressly or implicitly ruled out" (CR 94/2, p. 64), seems to me to be contrary to the case-law of the Court.

017 The Aegean Sea case, to which I referred a short while ago, provides, as it were, the repetition test of the case concerning the *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* and constitutes, at the same time, a remarkable precedent for our case. As in our case, the Greek and Turkish Governments had decided that the problems concerning the Aegean continental shelf "should be resolved ... by the International Court of Justice at The Hague". As Qatar does today, Greece contended before the Court that the decision "enables the parties to resort to the



Court by Application no less than by special agreement" (*I.C.J. Reports* 1978, p. 40, para. 98). As Bahrain does today, Turkey objected that the intention of the two governments was not to authorize a unilateral application but only to provide for negotiations with a view to a special agreement; and like Bahrain today, Turkey pointed to "the subsequent efforts of Greece to secure the negotiation of such an agreement as confirmation of the correctness" of such an interpretation (*op. cit.*, p. 41, para. 99).

018  
After closely examining the conduct of the Parties both before and after the Joint Communiqué, the Court concluded that, for one of them at least, namely, Turkey, it was a matter of "a joint submission of the dispute to the Court *by agreement*"; the words "joint" and "by agreement" are in italics in the published text of the Judgment (*op. cit.*, p. 42, para. 102). In the conduct of the two Governments, the Judgment states, the Court "can see nothing ... which might indicate that Turkey was ... ready to contemplate, not a joint submission of the dispute to the Court, but a general acceptance of the Court's jurisdiction with respect to it" (*op. cit.*, p. 43, para. 104). The Greek Government itself, the Judgment points out, appeared never, in the past, to have invoked the Joint Communiqué "as an already existing and complete, direct title of jurisdiction" (*op. cit.*, p. 44, para. 106). In the Joint Communiqué, the Court cannot, therefore, it observes, see "an immediate commitment ... to accept unconditionally the unilateral submission of the present dispute to the Court"; consequently, this Communiqué, the Court states, "does not furnish a valid basis for establishing the Court's jurisdiction to entertain the Application filed by Greece" (*op. cit.*, p. 44, para. 107).

The opinion attached to the Judgment by Judge Lachs is no less enlightening:

"what was visualized in the Joint Communiqué was a joint submission on the basis of a special agreement to be elaborated by the two States ... [T]he Brussels Communiqué was not in itself a sufficient title for submission of the dispute to the Court, for the parties agreed that the matter should be

referred to the Court jointly, and no other basis of reference can be shown to have been accepted by the Government of Turkey; correspondingly, the modalities of seisin remained to be agreed" (*op. cit.*, pp. 50 and 51; emphasis added).

"It is quite impossible to draw any parallel between the Aegean Sea case and this one," Qatar stated quite improbably some days ago (CR 94/3, p. 23). To borrow the image used by a counsel, now a Member of the Court, one understands why our opponents should have preferred to skate over the Aegean Sea "like a cat on a hot tin roof".

With this, Mr. President, I conclude the first part of my statement.

As Sir Gerald Fitzmaurice wrote in a passage quoted by our opponents, in most cases the question is not whether consent exists, but rather to what it has been given "what and how much is covered by the consent given" (MQ, para. 4.14).

How is it in our case? The matter is very simple.

019 Of the three aspects of consent that Qatar has itself stated to be "essential", the first, consent to a legal settlement, remained incomplete, inchoate. The second, consent to the subject and scope of the disputes, was only given in the context of the conclusion of a special agreement. As for the third aspect, consent to unilateral seisin, this consent, far from having been given in an "unequivocal" and "incontrovertible" way, as the case-law requires, was formally and explicitly rejected by Bahrain at Doha.

Consequently, Qatar's Application does not meet the requirements of the general principle of consensual jurisdiction.

This being so, I could - you may well think that I should - have brought my explanations to a close here. However, since I wish to leave no stone unturned, I would like to pursue a little further the critical evaluation of Qatar's Application in the light of the principle of consensual jurisdiction, seeking to identify, to highlight the title of jurisdiction on which Qatar claims to base itself. Our opponents have devoted considerable attention to this problem, and their comments deserve close examination. But the legal elements are such that failure

was inevitable. It is to this account of a legal failure that I should like to devote the second part of my statement.

## II. THE ABSENCE OF A TITLE OF JURISDICTION

The "pattern of international legal settlement" according to the Court

According to the detailed analysis the Chamber made of it in the *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* case between El Salvador and Honduras,

020 "the pattern of international judicial settlement under the Statute is that two or more States agree that the Court shall hear and determine a particular dispute. Such agreement may be given *ad hoc*, by Special Agreement or otherwise, or may result from the invocation, in relation to the particular dispute, of a compromissory clause of a treaty or of the mechanism of Article 36, paragraph 2, of the Court's Statute" (*I.C.J. Reports 1990*, p. 133, para. 95).

Sir Gerald Fitzmaurice has also shown that consent can be given in three ways (*op. cit.*, Vol. II, p. 496 *et seq.*):

- *ante hoc*, by acceptance of the optional clause in Article 36, paragraph 2, or by a compromissory clause included in a treaty;
- *ad hoc*, by a special agreement or other agreement of the parties envisaging that the dispute may be brought before the Court by application from one of them, the other agreeing in advance to respond to that application;
- *post hoc*, lastly, by *forum prorogatum*.

As regards the first paragraph of Article 36 of the Statute, according to which "The jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it and all matters specially provided for ... in treaties and conventions in force", it is generally agreed to consider *ad hoc* consent, by special agreement or otherwise, and *post hoc* consent, by *forum prorogatum*, as falling within the first concept: "all cases which the parties refer to it". *Ante hoc* consent, by compromissory clause included in a treaty, falls within the concept of "all matters specially provided for ... in treaties and conventions in force". The Article embodying the system of the optional clause, i.e., Article 36, paragraph 2, is another example of *ante hoc* consent. As Sir Ian Sinclair

021  
rightly stated (CR 94/2, pp. 38-39), the celebrated provision of Article 36, paragraph 1, has never been interpreted literally. It is the reality of the consent rather than its formal vehicle that is decisive.

The question then arises where, in this pattern - which may be described in ways that differ, but ultimately come down to the same thing - the Application filed by Qatar belongs, where its place is. If no place can be found for it, there is only one conclusion: there is no title of jurisdiction and the Court is therefore not competent to rule on this Application.

**The thesis of Qatar: quasi-special agreement and quasi compromissory clause**

The optional clause of Article 36, paragraph 2, of the Statute does not apply here; so much is clear. There is no *forum prorogatum*; that is also clear. And Qatar has formally recognized it (CR 94/1, pp. 33 and 36).

Just two and only two possibilities thus remained open to Qatar: either to base itself on an *ad hoc* consent, given "by special agreement or otherwise", according to the expression used by the Chamber in the *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* case between El Salvador and Honduras; or to base itself on an *ante hoc* consent, given by a compromissory clause inserted into a treaty, whose application it had allegedly requested to one or several disputes.

Qatar therefore chose not to choose and set off in both directions at once.

022  
From the conjunction of the consent it claims to have been given to the legal settlement and the consent it claims to have been given to the subject and scope of the disputes, Qatar inferred the existence of a special agreement and a compromissory clause at one and the same time and interchangeably, starting in a key passage:

"Whether the [Bahraini] formula is inserted in a special agreement or in an agreement which is the basis of unilateral applications makes no difference. In both cases the Court can exercise its jurisdiction on the basis of the agreement of the parties on the scope and subject of the disputes."  
(MQ, para. 5.74.)

Like Janus, the minutes of Doha, incorporating the Bahraini formula, would therefore appear, if we are to believe our opponents, to have two different faces: one, if not of a true special agreement, at least of a kind of special agreement that Qatar allegedly, in some measure, notified to the Court by its Application, and one, if not of a true compromissory clause, at least of a kind of compromissory clause defining the disputes from among which each of the Parties could have chosen those it intended to submit to the Court. Is this imagination on my part? No, Mr. President. "The difference between the Doha Agreement and a special agreement or a compromissory clause is ... slight." (MQ, para. 5.68.) And subsequently, it is sometimes to an undeclared special agreement that the written pleadings of Qatar compare the so-called Doha Agreement (*op cit.*, para 4.84), and sometimes it is to an *ad hoc* agreement containing a compromissory clause that the Doha Minutes are likened by Qatar (Application of Qatar, para. 4.84).

023

However, our opponents were not unaware that the two titles - the special agreement and the compromissory clause - are neither equivalent nor interchangeable and that Qatar cannot rely interchangeably on one or the other, and even less, cumulatively on one and the other. They were also only too well aware of the devastating objections that can be raised against the pseudo-special agreement theory, based on the contention that the Bahraini formula is incorporated in the so-called Doha Agreement, thus making it into a structured and systematic text. They therefore abandoned this "filigree" thesis, which was in half-tones, as it were, and contented themselves with impressionistic tints. I am duty-bound to denounce this protean approach, which remains the background to the argument put forward by our opponents, be it only in the form of what Professor Salmon would call an "argument of atmosphere" (CR 94/3, p. 41).

**A. The thesis of the quasi-special agreement**

If you will allow me, I should like to begin, in order to clarify things a little, by the theory of the quasi-special agreement, and let us have another look at what Qatar actually says:

"The Doha Agreement incorporates the Bahraini formula in the same way as if it had been included in a special agreement." (MQ, para. 5.69.)

Hence, if we are to believe the opposing Party, acceptance by Qatar of the Bahraini formula in Doha would have given rise to a situation similar to that of a special agreement. This is what I term the thesis of the *de facto* special agreement or of the quasi-special agreement. These terms, I would hasten to point out, have not been used by our opponents, but I hope that I am not distorting their ideas by using them to save time.

024 The image that Qatar seeks to impose by this approach seems to me a very simple one. It stems at one and the same time from what Qatar claims is common sense and what it claims is law.

To begin with common sense. Since, as Qatar would have us believe, the Parties are agreed on the essential, in other words on the principle of resorting to the Court and on the subject and scope of the disputes to be submitted to it, the choice of the procedural method of seisin was no longer particularly important and Bahrain shows itself to be very petty-minded when insisting that the Court should be seised by a special agreement rather than by application! Qatar thus passes itself off as a litigant which is broadminded, respectful of the Court, and would like to have Bahrain, in contrast, viewed as a pettifogging and timid litigant, which seeks to escape the judgment of the Court by hiding behind "*formalistic barriers*" (CR 94/3, p. 47) - that was indeed the word used.

After the so-called common sense, the so-called law. The Parties had, we are told, agreed at Doha on the subject and scope of the disputes on which the Court was to be invited to rule. Each Party, it had been agreed, would state its views on this subject. Hence, Qatar contends, it remained only for each Party to actually set out its demands; and how

was this objective to be attained? Qatar's conclusion was that this objective could only be attained by each Party filing an application:

"By virtue of their agreement on the Bahraini formula, the Parties have agreed upon the subject and scope of the disputes to be referred to the Court. What is left to be determined ... is the formulation by each Party of its own claims. Such claims cannot be formulated except by a unilateral presentation by each Party." (MQ, para. 5.69.)

. 025  
Legally, Qatar thus assimilates the Doha Minutes to a special agreement in which the parties have agreed to leave it to each one of them to put to the Court its own questions by means of a unilateral application. But this is by no means all: if we are to believe Qatar, the filing of two unilateral applications, one of which defines the claims of Qatar and the other those of Bahrain, is not only authorized by the Doha Minutes, it is required by them. Qatar thus shifts from a permissive conception according to which the special agreement allegedly concluded at Doha would have rendered Qatar's unilateral Application legally possible, to a prescriptive conception, according to which the special agreement allegedly concluded at Doha would require that Qatar, as well as Bahrain, each file an application with the Court. By filing its Application on 8 July 1991, Qatar, it is implied, did no more than carry out its part of what was provided in the quasi-special agreement concluded at Doha; all that remains to be done by Bahrain, or remained to be done by Bahrain, was to carry out its part, once again "pursuant to the Doha Agreement" (RQ, para. 3.78). Mere option or true obligation, right or duty, the two conceptions inextricably intertwine in Qatar's contention.

. 026  
I know perfectly well that since case-law is not demanding as to form, a special agreement in the strict sense of the term is not the only way by which an *ad hoc* consent can be expressed. As the Court observed in the *El Salvador/Honduras* case, which I have already cited, "consent may be given *ad hoc* by special agreement or otherwise" and this "otherwise" covers, to borrow the explanation of Sir Gerald Fitzmaurice, an agreement between the parties providing that the dispute may be brought before the Court by the application of one or the other, with the

other party accepting in advance to respond to that application. Now, if we are to believe Qatar, it is in such a situation that we find ourselves in this case, since, according to Qatar, the 1987 Agreement, confirmed and complemented by the Doha Minutes, expresses the *ad hoc* consent of the parties to a duality of unilateral applications, along the lines of the agreements between the parties in the *Asylum and Arbitral Award of the King of Spain* cases, to which I shall have occasion to revert.

There is, I hasten to point out, nothing shocking or unacceptable about the idea of a situation in which no formal special agreement has been concluded but which would be similar to that of a special agreement. One should refrain, however, from indulging in fanciful assimilations, in imaginary comparisons. But this is what Qatar is doing in order to put across its contention that there is a quasi-special agreement or it is otherwise possible to seise the Court by unilateral application.

These are the confusions that I would now like to dissect.

**Qatar has filed an Application, it has not notified a special agreement**

The first confusion is procedural in nature. What characterizes seisin by special agreement is that jurisdiction is conferred on the Court and the Court is seised of the dispute by the notification of the special agreement. In the absence of these two features, there is, as underlined by Dr. Rosenne, no special agreement (*The Law and Practice of the International Court*, 2nd ed., 1985, p. 333).

In our case, the latter of these two conditions is obviously not fulfilled. The present case has not been brought before the Court under Article 39 of its Rules concerning seisin by a special agreement, but under Article 38 concerning seisin by application: this has been confirmed by the Agent of Qatar (CR 94/1, p. 14).

If Qatar was convinced by its theory assimilating the Doha Agreement to a special agreement, why did it not seise the Court by notifying to it the alleged special agreement under Article 39? It would have been extremely simple to do so. It refrained from proceeding in this manner because this method would have exposed for all to see the impossibility



of passing the Doha Minutes off as something that could even remotely resemble what one normally would call a special agreement.

How indeed could one imagine, even for a moment, that the Court could have accepted as a special agreement, within the meaning of its Statute and Rules, a text - that of the Doha Minutes - if it had been notified to it as a special agreement referring to a question that is defined in a document, the Bahraini formula, that is not part of that special agreement and is not even annexed to it? How could one for even one moment imagine that the Court would have regarded as a special agreement, within the meaning of its Statute and its Rules, a text - the Doha Minutes - if it had been notified to it as a special agreement, which contains none of the provisions characteristic of a special agreement, for instance, those relating to the number and the order of submission of the pleadings, in conformity with Article 46 of the Rules of Court? And if it had wanted to notify to the Court the pseudo-special agreement of Doha, incorporating the Bahraini formula, or itself seeing to it that it was annexed thereto, how could Qatar fulfil, without the assistance of Bahrain, the requirement laid down in paragraph 2 of Article 39 of the Rules of Court, which provides that "the notification [of the Special Agreement] shall ..., in so far as this is not already apparent from the Agreement, indicate the precise subject of the dispute ..."? A mere glance at the Doha Minutes suffices to show that this is by no means a document that could have been notified to the Court as a special agreement under Article 39 of the Rules of Court!

By opting to proceed, as it has, by filing an Application under Article 38, Qatar has itself dealt the most crushing blow imaginable to its contention that there is a special agreement, destroying by its own action, far more effectively than I have been able to do through my arguments, its thesis that there is a quasi-special agreement. The method of seising the Court by application and the one involving a special agreement do not coincide, and Qatar cannot justify its choice of one, the former, at the same time suggesting that it is not far from

having resorted to the other, or that it could have resorted to the other, i.e. the notification of a special agreement.

**The filing of an application is not equivalent to a unilateral notification of a special agreement**

We come now to Qatar's second mistake, a more serious one, namely, the systematic confusion it maintains between the filing of a unilateral application and the unilateral notification of a special agreement. Has counsel for Qatar not spoken, I quote from his statement, of the "false distinction between joint and unilateral seisin" (CR 94/1, p. 53)?

Qatar relies in this respect on the fact that under the terms of Article 39 of the Rules of Court

"When proceedings are brought before the Court by the notification of a special agreement ... the notification may be effected by the parties jointly or by any one or more of them."  
(Emphasis added.)

029 This being so, Qatar suggests, since the Rules allow one of the parties to seise the Court by notifying the special agreement to it, why would the Court oppose the filing of an application by one of the parties? Is it not the case, Qatar implies, that the difference between the two procedures is as thin as silk paper (see, for example, MQ, paras. 4.57 and 4.59; RQ, para. 4.98; CR 94/3, p. 75)?

The confusion, once again, is plain for all to see. The filing of an application is not equivalent, by any means, to the notification of a special agreement by one of the parties. Whether the notification is made jointly or separately by one of the parties, as Article 39 allows, has no incidence on the determination of the disputes on which the Court is required to pronounce. On the other hand, whenever a case is brought before the Court by an application, it is that application which defines the object and the scope of the dispute. The dividing line is not between joint and unilateral notification of a special agreement, but between notification - unilateral or joint of a special agreement, whichever - and the filing of an application.

**The case-law relied upon by Qatar**

030  
We come now to Qatar's third confusion: to give a legal veneer to their contention that the quasi-special agreement concluded at Doha authorizes, and even requires, unilateral seisin, our adversaries have relied, in their pleadings, on dicta that, in their opinion, bring the present situation to mind. A review of these precedents, on the contrary, sheds light, a very strong light, by contrast as it were, on the fact that in our case we are not in a "special agreement or otherwise" situation.

In the *Legal Status of Eastern Greenland* case, Qatar explains to us, by way of an example (MQ, para. 5.70), where two unilateral applications with exactly the same object had been filed the same day by Norway and Denmark, the Court observed that

"the situation with which the Court has to deal closely approximates, so far as concerns the procedure, to that which would arise if a special agreement had been submitted ... indicating the subject of the dispute and the differing claims of the parties".

The Court therefore decided to join the proceedings in the two cases (*P.C.I.J., Series A/B, No. 48, p. 270*). Does this not show, Qatar points out, that special agreement and application are compatible and that we are, in this case, also in a situation that closely approximates, procedurally, to that which would exist if the Court were seised by a special agreement?

Where, I ask, is the resemblance between the case just cited and ours to be found? In *Eastern Greenland*, was it in order to be able to effect a joinder of the two cases, even though at the time there was no provision of the Rules authorizing the joinder of proceedings, that the Court referred to a comparison with a situation where it had been seised by special agreement. At present, the joinder of proceedings is expressly provided for by Article 47 of the Rules of Court and it would no longer be necessary to proceed by the roundabout way of a comparison with a situation where there is a special agreement in order to effect a joinder. In any event, and this suffices to do justice to the comparison, in our case, the Court is not seised by two unilateral

031 applications of Qatar and Bahrain, for which reason any comparison with the *Eastern Greenland* case is unwarranted.

What about the *Asylum* case, which is even more forcefully called in aid by Qatar (MQ, para. 5.71)? It will be recalled that in that case Colombia and Peru had concluded an agreement, known as the Act of Lima, by which they had provided that

"the Plenipotentiaries of Peru and Colombia having been unable to reach an agreement on the terms on which they might refer the dispute jointly to the International Court of Justice, agree that proceedings before the recognized jurisdiction of the Court may be instituted on the Application of either of the parties ..." (*I.C.J. Reports 1950*, p. 268).

Pursuant to that agreement, Colombia filed an application transmitting the Act of Lima and on the same day Peru also filed the Act of Lima with the Court. Later on, the Peruvian Government expressly stated that it considered the Act of Lima to be a special agreement (*I.C.J. Pleadings*, Vol. II, pp. 202-203; cf. S. Rosenne, *op. cit.*, Vol. II, p. 524), and the Court accordingly considered itself to be seised by special agreement (Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 1983, p. 256).

032 Where, I ask once again, is one to find the resemblance between that case and ours? Have the Doha Minutes, as the Act of Lima did, provided that by reason of the two governments being unable to draw up a special agreement they have agreed that proceedings before the Court may be instituted by the application of either one of the parties? Do the Doha Minutes provide for this? No, the Doha Minutes include no such provision. And has Bahrain, as Peru did in the *Asylum* case, filed the Doha Minutes with the Court and stated that it considered those Minutes to be a special agreement? Of course not; Bahrain has done nothing of the sort. Contrary to what occurred in the *Asylum* case, we do not have here any agreement between the Parties providing for a unilateral seisin of the Court accepted in advance by the other Party. Most definitely the Doha Minutes are not a second Act of Lima!

And what am I to say about the *Arbitral Award Made by the King of Spain* case, also relied upon by Qatar (MQ, para. 5.72)? In this case, Honduras and Nicaragua had concluded an agreement, known as the Washington Agreement, by which they undertook to submit to the Court their dispute concerning the *Arbitral Award Made by the King of Spain in 1906*, in which agreement they had included the following proviso:

"with the understanding that each [Government] ... shall present such facets of the matter in disagreement as it deems pertinent".

To the Washington Agreement were annexed two Declarations, one by Honduras providing that Honduras would file an application with certain submissions, the other by Nicaragua providing that Nicaragua would oppose that application on the substance and would present its own submissions (*I.C.J. Reports 1960*, pp. 203-204).

Once again, I ask myself how this precedent can possibly support the analysis made by Qatar in the present case.

033  
If, in the present case, the Doha Minutes had provided that the Parties agree that Qatar is to file an application with its submissions and that Bahrain would oppose that application as to substance, presenting its own submissions, then the *Arbitral Award* case would indeed qualify as a precedent not entirely devoid of interest. But the Doha Minutes say no such thing. Just as they are not a second Act of Lima, in the same way the Doha Minutes are not a second Washington Agreement! Moreover, I note in passing, in the *Arbitral Award* case, the Court does not appear to have considered that it had been seised by a special agreement (*Guyomar, loc. cit.*).

However this may be, in all the cases that Qatar cites as precedents for a situation where there is a quasi-special agreement, the Parties had, by mutual agreement, arranged for a detailed scenario for seising the Court. In all those cases, the respondent had agreed, *ex ante* or *ex post*, to the Court being seised by an application and it had either defended the action substantively without raising any objection or filed its own application. Here, by contrast, there has been no co-ordination

between the Parties on the filing of one or two unilateral applications. Bahrain has not given any consent to the filing of Qatar's Application, whether in advance at Doha or subsequently by its conduct: the mere fact that Bahrain has objected to Qatar's Application rules out any comparison with the cases cited, where the steps taken unilaterally by one Party received, somewhere along the way, the consent of the other.

034 Nor, and in citing this case I will bring to an end this review of the precedents relied on by our opponents, can Qatar hope to capitalize on the recent territorial dispute Judgment (*Libya/Chad*) (MQ, paras. 4.61-4.62). In that case Libya had notified to the Court a framework agreement between it and Chad by which the parties had undertaken "in the absence of a political settlement ... to submit the dispute to the International Court of Justice". The next day, Chad filed with the Court an Application based on the same Special Agreement. Shortly thereafter, Chad informed the Court that its claim coincided with that contained in the notification by Libya and that it considered that "those two notifications relate to one single case, referred to the Court in application of the Algiers Agreement, which constitutes the Special Agreement". Thereafter

"at a meeting held by the President of the Court ... with the Agents of the Parties ..., it was agreed between the Agents ... that the proceedings had in effect been instituted by two successive notifications of the Special Agreement constituted by the Accord-Cadre ... and ... that the procedure in this case should be determined by the Court on that basis" (*I.C.J. Reports 1990*, p. 151; cf. *I.C.J. Reports 1994*, para. 5.8).

How can Qatar possibly involve this precedent in support of its theory that, from the moment the parties agree to seize the Court of certain disputes, each one can act unilaterally? Contrary to what had occurred in the *Libya/Chad* case, the Parties here do not at all agree that in the present case the Doha Minutes are a special agreement susceptible of notification. The Doha Minutes have really nothing to do with the Accord-Cadre of the *Libya/Chad* case.

**The misrepresentation of the Bahraini formula**

We come now to the last, and not the least, of the mistakes made by our opponents, namely, the complete misrepresentation of the meaning and scope of the Bahraini formula, which I have already discussed.

035  
Even though, as I have already pointed out, our adversaries recognize that the Bahraini formula was meant to be included in the special agreement that was being negotiated, they claim that at Doha that formula had been elevated to the status of a distinct, autonomous and independent agreement:

"what was achieved by the Doha Agreement is an independent agreement to allow the seisin of the Court on the basis of that text" (MQ, para. 5.68).

In pursuing this line of reasoning they are carried away to the point that they do not hesitate to assert and repeat that at present, ever since Doha, the Bahraini formula "stands on its own" (RQ, paras. 3.76 and 4.78; CR 94/2, p. 9).

If I understand this properly, what it means is that the formula proposed by Bahrain in 1988 as one of the provisions, among others, of the special agreement that was being discussed was transformed at Doha, by the magical effect of Qatar's assent, into a provision standing on its own, by which the Parties allegedly defined the disputes to be submitted to the Court *independently of any special agreement*.

This analysis, I say with regret, defies common sense. One cannot overemphasize that the Bahraini formula was meant to be one of the provisions of the special agreement among others, nothing more. At no time was it, even for one moment, envisaged that the provision defining the mission of the Court could stand on its own, that it could, in one word, by itself become the special agreement. Even after Qatar had assented to the Bahraini formula, the end of the road had not been reached. Qatar's persistent opposition to the formula of Article V of the draft special agreement testifies, were any testimony needed, to the difficulties that still have to be overcome.

036

Did Qatar realize the scope and the consequences of its contention? If it were well-founded, this would mean that whenever two governments decide by mutual agreement to bring a case before the Court, begin negotiations with a view to the drafting of a special agreement and agree on the text of the article defining the mission of the Court, the question to be put to it, the special agreement would immediately be regarded as having been concluded and the jurisdictional link as having been established. In fact one of the parties could forthwith seise the Court by either notifying the special agreement *in statu nascendi* or, even, itself filing an application. Will the Court allow its Statute and its Rules to be distorted in this way? More generally, would it not be the case that any negotiating process would be jeopardized were one to admit that agreement on one article - an agreement which would necessarily be provisional and partial and which could not become effective until the treaty as a whole had been adopted - could be transformed into a distinct treaty that "stands on its own", that is self-sufficient?

Despite its having been accepted by Qatar - which for Bahrain is a matter for congratulation - the Bahraini formula is still no more than a draft; it is not a contractual text in force, capable of conferring rights and imposing obligations on the parties. It cannot constitute a title of jurisdiction.

**B. The contention that there is a  
quasi-compromissory clause**

037

To legitimize its Application, Qatar relies, even more than it does on a *de facto* special agreement or a special agreement situation, on what it has itself defined as an "ad hoc consent" that has allegedly generated a compromissory clause (MQ, para. 4.11; RQ, paras. 4.84 and 4.96; cf. CR 94/1, p. 34). I invite the Court to read attentively what Qatar has to say about the matter in its Reply:



"the Agreement reached at Doha in 1990 emerged as having the unctio[n] of an *ad hoc* agreement containing a *compromissory clause making it possible for each Party to submit an application to the Court presenting its own claims*" (RQ, para. 4.84; emphasis added).

I also invite the Court to read carefully what Qatar has just stated in its oral arguments:

"the 1987 Agreement, as confirmed and supplemented by the Doha Minutes, constitutes a 'treaty' or 'convention' within the meaning of Article 36, paragraph 1, of the Statute so as to afford the necessary basis for the exercise of jurisdiction by the Court" (CR 94/2, p. 49).

My first comment is that, by associating consent *ad hoc* and the concept of *compromissory clause*, as it has done in its pleadings, Qatar is engaging, if you will allow me so to express myself, in a linkage that is against nature. There is *ad hoc* consent whenever, "by special agreement or otherwise", the parties decide to submit to judicial settlement a dispute that *already exists*, whereas by a *compromissory clause* contained in a treaty or convention in force the parties determine the future and possible disputes they undertake *in advance* to submit to judicial settlement. Thus - I shall refer to this presently - case-law and doctrine see in the *compromissory clause* contained in a treaty the classic example of consent given *ante hoc*. The consent allegedly given at Doha cannot in the same breath be defined as an *ad hoc* consent and as an *ante hoc* *compromissory clause* contained in a treaty or convention in force. One or the other, but not both at the same time.

**There is no *ad hoc* consent**

That in our case there has been no *ad hoc* consent "by special agreement or otherwise" is something that I have just demonstrated. Only the conclusion of a formal special agreement or else an agreement between the two parties providing that the dispute may be brought before the Court by the application of either one, with the other undertaking in advance to defend the action, could be regarded as constituting a title of jurisdiction expressing an *ad hoc* consent. We have seen that there is no such thing here.

**There is no ante hoc compromissory clause contained in a treaty or convention in force**

039

Nor is there in our case an ante hoc compromissory clause. As is clear from the *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, the famous *Dictionnaire Basdevant* already cited many times in the hearings (Paris, Sirey, 1960, p. 116), the compromissory clause has two salient features. In the first place, it is a provision contained in a treaty. Secondly, it is a provision defining in advance the disputes or categories of disputes that the parties have decided to submit to judicial settlement. The clause may be one providing for the judicial settlement of disputes arising from the interpretation or the application of the treaty containing the clause. It can also be a provision contained in a treaty whose sole object is to organize the settlement of disputes - in a treaty of arbitration or a treaty for judicial settlement, for instance -, calling for the judicial settlement of all the disputes, or of certain categories of disputes, that may arise between the parties. In the former case, the *Dictionnaire Basdevant* points out, one speaks of special compromissory clauses; in the latter, one uses the term general compromissory clause.

Sir Gerald Fitzmaurice speaks in this connection of "treaty jurisdiction", in order to make it clear that we are dealing with clauses contained in treaties, and he places this "treaty jurisdiction" alongside the "optional clause jurisdiction" of Article 36, paragraph 2, including both in the category of consent given ante hoc (*op. cit.*, Vol. II, pp. 499-500).

Similarly, the *El Salvador/Honduras* Judgment mentions, in contradistinction to the special agreement where consent is given ad hoc, reliance, in respect of a particular dispute, on a *jurisdictional clause of a treaty* [this is an instance of treaty jurisdiction] or on the mechanism of Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court. As Sir Gerald Fitzmaurice does, the Chamber therefore considers the compromissory clause to be an example of ante hoc consent given in a treaty.

This being so, how can one possibly fail to see that, in our case, there is nothing, absolutely nothing, that resembles what case-law and doctrine call a compromissory clause? The Bahraini formula does not define in advance disputes or categories of disputes such that if a particular dispute that might arise in the future falls within the definition it should be the object of settlement by the Court. The very essence of the system of settlement set up ever since the adoption of the principles for the framework to reach a settlement - a system of which the Bahraini formula is an element - consists in organizing a comprehensive and specific settlement of all the aspects of a dispute that is not a future one, but one that has already come into being and crystallized, and, as Professor Jiménez de Aréchaga has shown, rules out any "picking and choosing". Qatar bases its Application on a mythical and non-existent compromissory clause.

**There is no compromissory clause allowing a unilateral application to be submitted**

But, in truth, Qatar is not speaking of a compromissory clause tout court. Its contention is a more subtle one. In the passage I have cited, it speaks of "a compromissory clause making it possible for each Party to submit an application to the Court presenting its own claims" (RQ, para. 4.84).

What does Qatar mean by this? If what Qatar means is that it is in the nature of a compromissory clause to allow one or the other of the parties to seise the Court by an application, in other words that the right of unilateral seisin is inherent in the compromissory clause, then Qatar is wrong. A compromissory clause and unilateral seisin do not necessarily go hand in hand.

There undoubtedly exist compromissory clauses explicitly providing for the seisin of the Court at the request of one or other of the parties. In the *Fisheries Jurisdiction* case, the Court will recall, Iceland had accepted, following lengthy negotiations, to include in the

text of an exchange of notes with the United Kingdom the words "at the request of either party", which the United Kingdom urged it to introduce

J41  
"in order to make it clear that the jurisdiction of the Court could be invoked by means of a unilateral application and need not require a joint submission by both parties" (*I.C.J. Reports 1973*, p. 11, para. 19).

"That being so," the Court added in its Judgment,

"the compromissory clause in the ... Exchange of Notes may be described as an agreement to submit to the Court, at the unilateral request of either party, a particular type of dispute which was envisaged and anticipated by the parties" (*op. cit.*, p. 15, para. 28).

But compromissory clauses also exist which explicitly provide for seisin of the Court by notification of a special agreement - compromissory clause and special agreement are in no way incompatible. The General Peace Treaty concluded in 1990 between El Salvador and Honduras provides an example of this practice. Under the terms of that Treaty, the parties were agreed that if, upon the expiration of a certain time-limit, they had not been able to settle fully their land, island and maritime disputes, "within the following six months, they should proceed to negotiate and sign a special agreement to submit jointly any existing controversy or controversies to the decision of the International Court of Justice".

It is the Special Agreement that was concluded in application of that compromissory clause which constituted the title of jurisdiction on the basis of which the Chamber was called upon to decide the case concerning the *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)* (*I.C.J. Reports 1992*, p. 384, para. 37, and p. 385, para. 38).

Finally, there exist, as shown by the cases concerning *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* and *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, already cited, compromissory clauses that merely provide for the competence of the Court and make no provision as to the mode of seisin.

042  
In short, there are different types of compromissory clauses; and only by a *petitio principii* could Qatar claim that every compromissory

clause necessarily provides for the possibility of seisin by application - since, as we have seen, consent to unilateral seisin is not to be presumed and it must, as is the case with the other aspects of consent, be established in an "unquestionable" manner.

Qatar is making no less serious a mistake if it intends to suggest not that any compromissory clause, by definition, allows unilateral seisin, but that *in our particular case* there is a compromissory clause of the type that allows such a seisin. For in any event and whatever the meaning that is to be given to Qatar's assertion, this contention comes up against a simple but insurmountable obstacle: the Bahraini formula refers to a dispute that has already arisen, not to a future, possible dispute. The notion of compromissory clause, whatever the manner in which Qatar conceives of it, is altogether foreign to our case.

I have now arrived at my conclusion. I have asked a question: where does Qatar find the title of jurisdiction that would allow the Court to entertain its Application? I myself have been unable to identify such a title.

Qatar has taken two roads, that of the special agreement and that of the compromissory clause. Each one has led to a dead-end.

Is there a special agreement? The Parties have unfortunately not yet been able to conclude one. No matter, says Qatar: since, if we are to believe our opponents, the Parties are in agreement to resort to the Court and they are also agreed as to the disputes to be submitted to it, is the situation not the same as one where a special agreement already exists? And since the Rules allow a party to seize the Court by notifying a special agreement, is the situation here not the same as one where, by its Application, Qatar has notified this pseudo-special agreement to the Court?

And if what we have is not a special agreement, Qatar goes on to say, why would we not have a compromissory clause? No doubt Qatar recognizes that the Parties have not expressly provided for the possibility of unilateral seisin; but, once again, no matter: by

agreeing on the Bahraini formula, is the situation not the same as one where the parties have agreed to allow each one to seise the Court unilaterally?

Qatar's thesis piles up one fiction upon another. And behind these fictions there is nothing: neither a special agreement, nor a compromissory clause, nor anything resembling either. There is neither consent *ante hoc*, deriving from a jurisdictional clause in a treaty or the optional clause of Article 36, paragraph 2, nor consent *ad hoc*, "by special agreement or otherwise"; nor consent *post hoc*, by *forum prorogatum*. The title of jurisdiction that could legitimize Qatar's Application simply cannot be found.

This is another reason why Qatar's Application does not fulfil the requirements of the general principle of consensual jurisdiction. The Court has no jurisdiction to entertain that Application.

044 As many authors have remarked, the question whether the Court has jurisdiction sometimes has a political significance as great as matters of substance. This is the only apology I can make for the length of my statement, with some hope that it will be accepted. I thank you, Mr. President, Members of the Court, for your indulgence and your attention and I respectfully request you, Mr. President, to be so good as to give the floor to Mr. Hightet - unless you prefer us to have the coffee break first. Thank you, Mr. President.

The PRESIDENT: Thank you, Mr. Weil. I think the Court will be able to resume the hearing after a 15-minute coffee break.

The Court adjourned from 11.15 to 11.30 a.m.

Le PRESIDENT : Please be seated. Je donne la parole à M. Keith Hightet.

M. HIGHET : Monsieur le Président, Messieurs les Membres de la Cour. C'est pour moi un grand honneur que de me présenter aujourd'hui devant vous au nom de l'Etat de Bahreïn. J'ai pour tâche d'expliquer à la Cour

ce qu'entend Bahreïn en déclarant qu'il serait «désavantageux» en l'affaire introduite par le Qatar de se trouver placé dans la situation de défendeur dans une instance introduite par une requête unilatérale.

#### Introduction

Mon collègue, M. Weil, a exposé en détail les différences juridiques entre la saisine unilatérale et la saisine conjointe. Mon examen portera sur les différences pratiques qui les séparent : des différences qui rendent inconcevable que Bahreïn ait jamais envisagé la saisine unilatérale comme une solution susceptible de remplacer la saisine conjointe.

Je diviserai ma plaidoirie en quatre parties. Premièrement, j'exposerai quelles différences d'ordre général il y a entre être défendeur dans une affaire introduite par voie de requête et «copartie» dans une affaire introduite par un compromis. Ensuite j'examinerai Zubarah. Après cela je discuterai de la question de l'article V et enfin je traiterai de la question des exigences constitutionnelles de Bahreïn.

Toutefois, avant de poursuivre, deux points préliminaires appellent des éclaircissements. Voici le premier. Bahreïn dit qu'il y a des différences appréciables entre les affaires introduites par une requête et les affaires introduites par un compromis et des différences entre le rôle de défendeur dans les premières et celui de codemandeur ou de «copartie» dans les dernières. Bahreïn déclare aussi subir des inconvénients appréciables du fait d'être mis dans la situation de défendeur et de ne pas être «copartie» dans une affaire convenue du genre qu'il envisageait en proposant ses projets de compromis. Bahreïn n'a toutefois pas dit que ces différences ou désavantages constituent des «inégalités».

Voilà pourtant comment M. Salmon a qualifié ce point; il l'a dit en fait à trois reprises. Il a même ajouté que c'était «un affront à la Cour, à l'impartialité et à la peine que la Cour se donne à cet égard...» (CR 94/3, 2 mars 1994, p. 42). Pour réfuter ces termes il n'est besoin que de citer notre duplique :

«L'argument de Bahreïn n'est pas que la Cour ne sera pas en mesure de préserver l'égalité absolue des Parties - ce qu'elle fera bien évidemment - mais plutôt qu'il subsiste une différence importante d'atmosphère entre une affaire engagée par une requête unilatérale et une affaire engagée par notification d'un compromis». (Duplique de Bahreïn, p. 76, par. 7.23; les italiques sont de moi.)

046  
Ce que nous disons en réalité, c'est donc qu'il existe nombre de différences naturelles entre le contexte et l'atmosphère de l'une de ces catégories d'affaires et ceux de l'autre et que - dans la perspective de la présente instance, ces différences naturelles oeuvrent au détriment de Bahreïn dans des conditions très précises. C'est la pleine égalité des positions des parties - et non l'égalité des parties elles-mêmes - qui fait défaut dans l'instance introduite par le Qatar.

Ce genre d'affaire n'est pas de ceux auxquels Bahreïn a jamais consenti. Là réside l'essentiel de la position de Bahreïn. Bahreïn a accepté en principe de porter ce différend devant la Cour, mais seulement de façon conjointe, au moyen d'un compromis qui eût permis à chaque partie de se trouver sur un pied d'égalité ou d'équivalence complète avec l'autre. Il en eût été ainsi pour chaque aspect d'une telle affaire : la tâche de discerner et formuler les points litigieux soumis à la Cour, les délais et autres procédures à suivre, ainsi que toutes restrictions spécifiques apportées à la faculté de l'une ou l'autre partie de se servir d'éléments de preuve issus de négociations antérieures. Aucun de ces éléments n'est présent dans l'affaire introduite par le Qatar.

Le second point préliminaire qui appelle des éclaircissements est le suivant. L'agent du Qatar a déclaré :

«Bahreïn a fait valoir dans ses écritures que c'est un outrage et un déshonneur pour un Etat d'être traduit devant la Cour par un autre Etat et d'être placé dans la situation de défendeur.» (CR 94/1, 28 février 1994, p. 15; les italiques sont de moi.)

M. Salmon a aussi répété cela (CR 94/3, 2 mars 1994, p. 42). Monsieur le Président, quand nous avons dit que la «tradition arabo-islamique» peut être du moins censée signifier «qu'un Etat arabe ne peut en déshonorer un autre», nous ne nous référions ainsi à aucun «déshonneur» résultant de la qualité de défendeur. Au contraire la cause du déshonneur allégué tenait



à l'attitude adoptée par le Qatar en

«introduisant, soudainement et sans avertissement pour Bahreïn, une instance d'un type très différent de celles qui faisaient l'objet de discussions depuis plusieurs années» (contre-mémoire de Bahreïn, p. 115, par. 9.1; les italiques sont de moi).

047

### Les inconvénients en général

Je passe maintenant aux inconvénients d'ordre général qu'inflige à Bahreïn la situation de défendeur. Le Qatar s'est efforcé d'atténuer certaines des causes de préoccupation indiquées par Bahreïn. Son agent a dit que le Qatar accepterait la présentation simultanée des pièces de procédure «dans la prochaine phase de la procédure»; il a encore ajouté que le Qatar ne s'opposerait pas à la jonction si Bahreïn déposait une requête distincte (CR 94/1, 28 février 1994, p. 29). Bien qu'il ait pris soin de dire que ces concessions sont faites «afin d'éviter tout prétendu désavantage» (*ibid.*, les italiques sont de moi), le fait est qu'en l'occurrence ces mesures - significatives ou non - n'avaient pas été prises avant. Elles n'avaient guère pu être proposées au moment du procès-verbal de Doha, car on n'envisageait pas une requête unilatérale. Elles n'ont pas accompagné la requête du Qatar en juin 1991. Le fait qu'elles apparaissent maintenant va dans le sens de ce que nous nous efforçons d'établir : dans le contexte de la présente affaire, il y a des différences appréciables entre un défendeur et une partie conjointe, entre un compromis et une requête.

Bien plus, ces mesures établissent que le Qatar veut cumuler les bénéfiques des deux méthodes : il cherche les avantages d'une action unilatérale et, en même temps, il essaie de désamorcer son comportement inattendu en semblant concéder à Bahreïn certains des éléments d'une instance introduite de façon conjointe. Tel n'était pas le marché conclu entre les deux Parties et la Cour ne devrait pas se laisser utiliser de cette manière.

Pour revenir à mon sujet principal, il existe, bien entendu, des différences manifestes entre les deux catégories d'affaires. Sinon

048

pourquoi des Etats se sont-ils servis de compromis quand ils pouvaient aisément introduire une instance en vertu d'une clause facultative ou d'une clause attributive de compétence figurant dans un traité ? On pense aux affaires introduites par voie de compromis telles que les *Minquiers et Ecréous*, les *Parcelles frontalières* ou le *Golfe du Maine*, qui toutes opposaient des gouvernements amis ayant des clauses facultatives en vigueur et toutes concernaient des questions territoriales. La réponse est relativement simple. Il ne s'agit pas d'éviter «l'inégalité», comme l'aurait dit M. Salmon, et certes pas d'éviter «un outrage et un déshonneur», selon les termes de l'agent du Qatar. Il s'agit de reconnaître les différences manifestes, pratiques, entre une affaire introduite par un acte unilatéral et le fait, pour les parties, de «[comparaître] devant la Cour sur un *pied de parfaite égalité, mues par l'intérêt commun* que l'une et l'autre portaient à une action menée dans un esprit d'harmonie», pour citer notre contre-mémoire (p. 113, par. 8.15; les italiques sont de moi).

Une partie a toujours avantage à pouvoir formuler les points litigieux à son gré, dès le départ. Comme il arrive en l'espèce, les conclusions du demandeur sont incluses dans sa requête et n'attendent pas le dépôt de mémoires, ce qui serait le cas dans une affaire introduite par un compromis. Certes, quand les pièces de procédure sont simultanées, il y a une équivalence, ou un contrepoids réciproque immédiat des conclusions et allégations; l'affaire est tout à fait symétrique. Le Qatar a même maintenant reconnu l'existence du problème en s'engageant à accepter des pièces de procédure simultanées. Toutefois, le Qatar n'a pas réussi à fournir une entière compensation, car ses conclusions sont déjà soumises à la Cour depuis deux ans et demi. Si l'instance avait été introduite conjointement par un compromis, les conclusions des deux Parties auraient été déposées de façon simultanée; elles seraient restées confidentielles jusqu'à l'ouverture de la procédure orale; et de façon générale elles se seraient équilibrées pendant la durée de l'affaire.

049

Un déséquilibre - et non une «inégalité» - s'attache donc au fait que la requête imprimée du Qatar avec ses annexes a été distribuée dans le monde entier il y a plus de trente mois. A la Cour, j'ai remarqué hier que les étudiants qui assistaient à notre audience en avaient des copies. Si l'affaire avait été introduite de façon harmonieuse par un acte commun des deux parties, *al-tarafan*, la seule publicité donnée aurait porté sur le compromis lui-même, ce qui se serait réduit à une énumération des questions à soumettre à la Cour : pas d'allégations, pas d'arguments, pas de justifications historiques.

L'une des différences principales entre une affaire formulée par un demandeur et une affaire formulée par deux codemandeurs, c'est à l'évidence la neutralité qui caractérise la présentation des points litigieux à la Cour. Si la présente affaire avait été introduite par un compromis, on aurait pu s'attendre, par exemple, à voir articuler la question de la délimitation en termes neutres. Elle n'aurait certes pas été formulée comme elle l'a été dans la conclusion II du Qatar : à savoir que la Cour devrait tracer la limite maritime unique «compte dûment tenu de la ligne de partage des fonds marins des deux Etats décrite dans la décision britannique du 23 décembre 1947». Elle aurait revêtu une forme semblable, pour l'essentiel, au paragraphe 1 de l'article II du projet de compromis présenté par Bahreïn en juin 1992 (n° 10 dans le livre d'audience).

050

Mes collègues, M. Jiménez de Aréchaga et M. Weil, ont également relevé ce point, et observé de même que la première conclusion du Qatar peut dans une certaine mesure préjuger la question en qualifiant Dibal et Qi'tat Jaradah de «hauts-fonds». Bahreïn est placé dans une situation désavantagée par la formulation tendancieuse de ces questions. Aucun de ces biais subtils n'aurait été introduit dans la formulation des questions si l'instance avait été introduite par la voie d'un compromis. Ils sont cependant presque inévitables dans une instance introduite par voie de requête, car en pareil cas c'est le demandeur qui a l'initiative, et le demandeur qui définit les questions. Ainsi que nous l'avons dit

dans la duplique : «les *éléments essentiels d'une affaire contentieuse* engagée par le dépôt d'une requête sont dans une large mesure *fixés par le demandeur.*» (par. 7.23, p. 53; les italiques sont de moi).

Et il ne sert de rien pour le Qatar de dire que c'était la formule bahreïnite qui avait défini les questions. Elle ne les avait pas définies : elle n'était en réalité qu'une formule ouverte conçue en vue d'un compromis. Il aurait appartenu aux Parties de définir les questions - de manière neutre et succincte - dans un compromis semblable au compromis proposé par Bahreïn en juin 1992. Les conclusions des Parties concernant ces questions, bien entendu, sont une toute autre affaire.

C'est là le type de procès que Bahreïn aurait voulu. Bahreïn aurait souhaité être une «copartie», un «codemandeur», un corequérant devant la Cour, dans des conditions d'absolue égalité, sur la base d'un compromis énonçant de manière neutre le cadre, ou le domaine, dans lequel les questions devaient être soumises à la Cour (et comprenant également des dispositions procédurales comme l'article V). On se serait ainsi conformé, en gros, aux compromis proposés en 1988 et 1992 par Bahreïn. A vrai dire, un compromis eût été normal dans une affaire de ce genre, qui est une affaire territoriale. Sur les treize affaires soumises à la Cour par voie de compromis depuis 1948, neuf étaient des différends concernant des territoires : *Minquiers et Ecréhous, Souveraineté sur certaines parcelles frontalières, Plateau continental de la Mer du Nord, Tunisie/Libye, Golfe du Maine, Libye/Malte, Burkina Faso/Mali, El Salvador/Honduras* et plus récemment *Libye/Tchad*. Seul un petit nombre d'affaires concernant des territoires ont été soumises à la Cour en vertu de la clause facultative ou d'un instrument conventionnel, sans doute parce qu'ainsi que notre agent l'a déjà observé, pour des motifs de sensibilité nationale, les affaires concernant des questions territoriales et frontalières doivent de préférence être soumises à la Cour par la voie d'un compromis - ce qui permet qu'elles soient tranchées dans une situation de complète égalité des deux parties au regard de l'instance sur la base d'un consentement *post hoc* complet et exprès de

051

chacune d'elles. De plus, aucun litige concernant la ratification ne risque de survenir en pareil cas.

Malgré cette importante distinction générale entre les deux types d'instances - celles introduites par voie de requête et celles introduites par voie de compromis - le Qatar prétend toujours, ainsi que mon collègue M. Weil l'a fait observer juste avant la pause, que peu de différence les sépare. Le Qatar est ainsi conduit à conclure que plongés dans des négociations serrées sur le libellé précis d'un compromis, le Qatar et Bahreïn étaient d'une certaine manière pleinement d'accord que s'ils ne parvenaient pas à mettre au point les détails de ce compromis, chacune des parties pourrait tout simplement prendre le devant et introduire par voie de requête une instance générale sans se soucier de ces détails.

Ainsi que M. Weil l'a déjà fait observer, il est à peine nécessaire de spéculer sur les effets qu'aurait une telle proposition sur la conduite de futures négociations pour la conclusion de compromis. Il serait dangereux, et absurde, que les observations et les propositions faites au cours des négociations puissent soudainement être «promues» au rang de «pseudo-traités» distincts et autonomes, contenant des «clauses quasi-compromissoires» capables de donner compétence à la Cour - et effectuant la saisine, comme ce fut ici le cas, en vertu d'un imaginaire article «38 1/2» du Règlement.

Ce que dit en substance le Qatar c'est que le procès-verbal de 1990 constituait un engagement pour qu'en l'absence d'accord sur un compromis exprès, la lacune puisse soudainement être remplie par une «clause compromissoire» occulte. Le contenu de cette «clause compromissoire» est conçu par le Qatar comme étant la formule bahreïnite, d'une certaine manière amplifiée ou sanctionnée par le procès-verbal de 1990. Cependant, comme nous l'avons vu, il existe assurément assez de différences entre les instances introduites par voie de compromis et celles qui sont introduites par voie de requête pour qu'il soit impossible de confondre l'accès à la Cour suivant ces deux types de

saisine. Une «promotion» d'un compromis avorté ou incomplet au rang d'une clause compromissoire valide ne peut pas être présumée, certainement pas sans une preuve crédible que cette métamorphose - ou cette «promotion» - était voulue par les deux Parties, et que chacune y avait consenti. Cette preuve devrait être claire et dépourvue d'ambiguïté. Nous n'avons rien de tel ici, absolument pas.

Il est également ironique que ce soit le Qatar, et non Bahreïn, qui ait été réticent à accepter d'inclure certains éléments dans cette affaire et que ce soit précisément cette réticence qui a empêché les Parties de mener à bien leurs négociations. Ce qu'essaie de faire le Qatar est de transformer des négociations inachevées en vue de la conclusion d'un compromis en l'«équivalent» de négociations couronnées de succès d'une clause compromissoire. Le Qatar s'est servi de la réunion de Doha de 1990 comme d'un moyen pour introduire devant la Cour une instance contre Bahreïn par la voie d'une requête contenant seulement les questions qu'il voulait lui soumettre. Peut-être le Qatar pense-t-il qu'il n'avait rien à perdre en essayant; car - s'il réussissait - il atteindrait devant la Cour les objectifs qu'il n'avait pas pu atteindre dans les négociations : introduire une instance concernant les îles de Hawar et la délimitation, mais sans l'article V, et sans Zubarah.

#### Zubarah

053  
Ceci m'amène à la difficile question de Zubarah. En l'absence d'un compromis, comment Bahreïn peut-il saisir la Cour de la question de Zubarah ? Nous n'avons ici aucun accord analogue à celui qui existait entre la Norvège et le Danemark dans l'affaire du *Territoire du Sud-est du Groenland*, ou entre la Colombie et le Pérou dans l'affaire du *Droit d'asile*. Pourtant, la voie suggérée par le Qatar est pour les Parties de déposer deux requêtes distinctes - une sorte de solution «Sud-est/Asile». Mais même si cette méthode était praticable, elle resterait désavantageuse pour le Bahreïn par rapport à un compromis : joindre deux requêtes distinctes relève toujours de la discrétion de la Cour, et non de celle des parties; la recevabilité de la question de Zubarah serait

inévitablement contestée; et il serait difficile de faire jouer l'article V dans la procédure.

Bien que M. Salmon ait dit que si une requête distincte était déposée par Bahreïn, la compétence de la Cour pourrait s'étendre à la question de Zubarah (CR 94/3, 2 mars 1994, p. 46), il ne peut toujours pas rendre les armes sur le plan de la recevabilité. Il a donné plus d'une douzaine d'exemples de la manière dont pourraient se poser des questions de recevabilité (*ibid.*, p. 49-50), et déclaré sans équivoque que le Qatar ne pourrait jamais renoncer à son droit de soulever des objections à la recevabilité de la question de Zubarah, même dans une instance complètement distincte :

« Cette liste ... suffit ... pour faire apparaître que ce que demande Bahreïn ne peut raisonnablement être accepté. Le Qatar ne peut s'engager, à l'avance, à renoncer à soulever des exceptions éventuelles relatives à la recevabilité des demandes de son adversaire, avant d'en connaître le premier mot. »  
(*Ibid.*, p. 50; les italiques sont de moi.)

Bahreïn a certainement fait connaître au Qatar plus que « le premier mot » de ses revendications sur Zubarah, et la Cour doit supposer que le Qatar trouverait tentantes au moins quelques-unes des objections à la recevabilité qui ont été si obligeamment suggérées par M. Salmon.

054  
Le fait que le Qatar contestera la recevabilité de la question de Zubarah constitue pour Bahreïn un autre désavantage d'importance déterminante de cette manière hypothétique de procéder. Mais parmi cette douzaine d'objections de M. Salmon, combien auraient pu jouer si les deux Parties avaient soumis à la Cour la question de Zubarah par la voie d'un compromis ? Aucune - absolument aucune. Les Parties à une instance introduite par la voie d'un compromis - les co-demandeurs - conviennent de demander à la Cour de statuer sur certaines questions de droit international, et les questions de recevabilité sont bien loin derrière. Mais telle n'était pas l'attitude du Qatar en décembre 1990 ni la semaine dernière. Le Qatar persiste à rejeter l'inclusion de la question de Zubarah, en disant en fait : « Vous pouvez soulever la question de Zubarah, mais nous nous réservons le droit de la repousser. » Tout autre

est de dire : «Vous pouvez soulever la question de Zubarah; elle fera l'objet d'un procès entre nous; et nous essaierons d'avoir gain de cause sur le fond.»

#### Article V

J'en viens à l'article V. Le texte est reproduit dans le projet de compromis proposé par Bahreïn en 1988, document n° 3 de notre livre d'audience. Il exprime la règle énoncée de longue date dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, à savoir :

«la Cour ne saurait faire état des déclarations, admissions ou propositions qu'ont pu faire les Parties au cours des négociations directes qui ont eu lieu entre elles lorsque ces négociations n'ont pas abouti à un accord complet» (C.P.I.J. série A n° 17, p. 51; cité dans la duplique de Bahreïn, à la page 69, au paragraphe. 7.09).

Pourquoi Bahreïn a-t-il jugé nécessaire d'énoncer cette règle dans le cadre d'un compromis ?

La première raison est que le Qatar avait annoncé très tôt à Bahreïn qu'il n'aurait aucun scrupule à ne faire aucun cas de la règle de *Chorzów*. Il se disait en droit de révéler les détails des négociations et des propositions de règlement, et il a dit aussi qu'il entendait le faire. Je rappelle à la Cour le mémoire du Qatar du 27 mars 1988, commentant le projet de compromis de Bahreïn de mars 1988 - il est reproduit (dans la traduction fournie par le Qatar) à l'annexe 1.2, aux pages 87 à 93 de la duplique de Bahreïn. Le texte qui figure aux pages 91 et 92 est particulièrement fort. Permettez-moi de le citer directement :

«c) Dans les principes du droit international, rien n'autorise l'une des parties à un différend international à interdire à l'autre partie de porter à la connaissance de l'autorité judiciaire compétente les pièces, mémoires et documents en général qui ont été échangés entre elles au cours de négociations ou des contacts qui ont eu lieu avant que le différend ne soit porté devant ledit organe judiciaire, et qui sont en rapport avec le différend. La seule exception est celle des textes non signés, qui ne lient évidemment personne.»

«le Gouvernement de l'Etat du Qatar - pour les motifs exposés ci-dessus - ne consent pas du tout à l'exclusion de tels éléments, qui sont indubitablement de la plus haute importance parce qu'ils aident à mieux saisir l'origine du différend et ses développements, ainsi que ses diverses phases et les



contacts, propositions et prises de position qui ont eu lieu au cours desdites phases, en particulier lors de la médiation saoudienne.»

Monsieur le Président, cela se passe de commentaires.

La deuxième raison est qu'à cause du contexte de cette affaire, il importe particulièrement qu'aucune des deux Parties ne tente même d'enfreindre la règle de *Chorzów* en essayant d'introduire des moyens de preuve non recevables. Non que la Cour ne sache pas comment traiter de tels moyens lorsqu'on les lui présente : bien sûr, elle le sait. Mais une fois qu'un moyen de preuve a été avancé, il est là; et la simple présence au dossier d'éléments de preuve irrecevables - même si finalement la Cour n'en tient pas compte - risque encore d'entraver et de déformer les arguments. Le Qatar ayant annoncé qu'à son avis il y avait lieu de porter ces moyens à la connaissance de la Cour malgré la règle de *Chorzów*, il faut donc le dissuader de faire la moindre tentative pour les présenter.

056  
Le Qatar a cherché à prouver que l'article V est excessif et inapplicable. Ainsi, M. Salmon a élargi avec imagination l'objet de l'article V pour lui faire même couvrir «une proposition concrétisée par un accord» (CR 94/3, 2 mars 1994, p. 52), allant donc au-delà de la règle de *Chorzów*. Mais l'article V est limité par ses termes à l'utilisation de «propositions en vue d'un règlement» - ce qui sous-entend manifestement qu'il ne s'appliquerait pas à des situations où un règlement est effectivement intervenu. M. Salmon se plaint aussi que l'article V exclurait des propositions de *procédure* faites pendant la médiation (*ibid.*). Là encore le cas semble imaginaire, sauf votre respect, puisque l'article V concerne des «propositions en vue d'un règlement des questions», c'est-à-dire sur le fond du différend.

Le reproche le plus fondamental de M. Salmon à l'égard de l'article V est toutefois qu'il exclurait des propositions de règlement sans limite de date, tant qu'elles ont été «faites ... avant la date du présent compromis». Mais la règle de *Chorzów* ne s'efface tout de même pas, ni ne s'estompe avec le temps. Quelle raison de principe pourrait

justifier que des moyens de preuve des années cinquante soient recevables, quand d'autres, des années quatre-vingt, ne le seraient pas ? De plus, le fait que le Qatar soit privé, dans les termes de M. Salmon, du droit d'utiliser «une vaste documentation» (CR 94/3, 2 mars 1994, p. 54) signifie seulement que les négociations se poursuivent depuis longtemps - et non que l'on puisse maintenant faire état de propositions qui ont été avancées pendant ce temps. En outre, le fait que cette documentation soit par ailleurs disponible dans les archives importe peu. Qu'elle soit ou non accessible au public, cela n'a aucune incidence sur sa recevabilité comme moyen de preuve devant la Cour. On pense à bien des informations qui, bien que de notoriété publique, ne seraient néanmoins pas recevables ou ne pourraient être invoquées au préjudice de quelqu'un devant un tribunal, comme l'existence de condamnations antérieures, en droit interne.

057

Il a été dit aussi que le caractère déraisonnable de la proposition de Bahreïn est trahi par le fait que Bahreïn lui-même a invoqué les textes de la médiation saoudienne dans la présente procédure (CR 94/3, 2 mars 1994, p. 56). C'est peut-être un lapsus freudien. L'article V n'a rien à voir avec la présente affaire relative à la compétence; l'interdiction de révélation portait seulement sur «la nature ou le contenu des propositions tendant à un règlement des questions visées par l'article II du présent accord». Autrement dit, des propositions visant réellement à régler les questions de fond, et non des propositions portant sur les modalités par lesquelles elles pourraient être réglées.

Finalement, ce qui importe au sujet de l'article V, c'est que Bahreïn insistait pour qu'il figure dans le texte, et le Qatar pour qu'il n'y soit pas. Bien que nous affirmions qu'il n'était absolument pas déraisonnable que Bahreïn insiste sur son inclusion, ce n'est pas la question. La Cour n'est pas maintenant invitée à appliquer l'article V. Ce qui nous occupe maintenant, c'est de savoir si Bahreïn a jamais signifié son consentement à une procédure susceptible d'être introduite sans l'article V. Eh bien, la réponse est tout simplement que non.

058

A moins que l'article V ne figure dans un compromis, il est bien sûr inapplicable. Il n'y a pas eu de discussion entre les Parties sur la portée et la teneur de l'article V; et si elles ne parviennent pas à élaborer d'un commun accord des limites et des directives concernant la recevabilité des moyens de preuve, dans un compromis, l'article V ou son équivalent ne pourrait en fait jamais être invoqué dans une affaire. Même si la Cour devait être saisie (comme le suggère le Qatar) de deux requêtes parallèles, dont l'une demanderait la protection de moyens de preuve, comme par l'article V, la Cour devrait décider s'il y a lieu d'appliquer l'article V (et comment l'appliquer) en l'espèce si elle devait joindre les instances. Il ne pourrait donc y avoir de solution similaire à celle des affaires du Territoire du Sud-est du Groenland ou du Droit d'asile, dont le Qatar fait si grand cas.

#### **La constitution de Bahreïn**

Enfin, j'en viens à la question des dispositions constitutionnelles de Bahreïn. Ce que demande Bahreïn, c'est que l'on définisse correctement la nature du procès-verbal de Doha, comme l'a indiqué mon collègue M. Lauterpacht. L'article 37 de la constitution de Bahreïn figure comme document n° 21 du livre d'audience, et je cite le passage pertinent : «Un traité a force de loi quand il a été signé, ratifié et publié au *Journal officiel*.» Comme nous l'avons signalé dans nos écritures, cette disposition était bien connue du Qatar - elle faisait même partie du projet bahreïnite de compromis de 1988, et le Qatar la connaît fort bien, comme l'a démontré M. Bowett.

Or un véritable accord pour aller devant la Cour, comme un compromis véritable (ou un traité véritable comportant une clause compromissoire véritable), aurait manifestement dû être ratifié et publié conformément à la constitution de Bahreïn. Le Qatar le savait, à l'époque, et aujourd'hui ! Preuve en est, l'article VIII du projet de compromis de Bahreïn du 19 mars 1988. Il est à la page 4 de ce document, document n° 3 du livre d'audience. Le texte est aussi clair que possible. Le libellé est exactement le même que celui de l'article VII

du projet de compromis proposé par Bahreïn le 20 juin 1992, qui figure comme document n° 10 dans le livre d'audience.

059

En déposant unilatéralement une requête, le Qatar cherche en fait à accélérer le processus de règlement judiciaire par transformation de l'accord de 1987 et du procès-verbal de 1990 - qui en vertu de la constitution bahreïnite n'avaient ni l'un ni l'autre besoin d'être ratifiés - en un engagement ou un accord qui aurait incontestablement dû être ratifié par Bahreïn. Il s'ensuit que les procédures expressément prévues dans la constitution bahreïnite, que le Qatar connaissait parfaitement depuis mars 1988 au moins, sont éludées ou tournées. Pire encore, le Qatar affirme que, - s'agissant du problème de la ratification - c'est à Bahreïn d'actualiser ses procédures constitutionnelles internes et non au Qatar d'attendre, pour introduire l'instance, que le consentement bahreïnite ait été exprimé en bonne et due forme ou que l'approbation ou la ratification requise ait été notifiée.

Monsieur le Président, aux yeux de Bahreïn, un accord qui tend à faire trancher par la Cour la question de la souveraineté sur une partie du territoire bahreïnite, comme les îles de Hawar, revêt une importance telle qu'à l'évidence un *compromis consciencieusement négocié ne saurait suffire; encore faut-il que ce compromis soit ratifié en bonne et due forme et publié, conformément à la constitution bahreïnite*. L'idée que le *procès-verbal* de Doha aurait pu de quelque manière être proposé à la ratification est manifestement absurde.

En outre, l'on conçoit difficilement qu'un tel problème de ratification puisse se poser dans une affaire portée devant la Cour par la voie d'un véritable *compromis*. Le cas échéant, il va de soi que les Parties parviendraient à une entente réelle sur leur engagement d'aller devant la Cour et prendraient les mesures nécessaires au bon déroulement de la procédure. Un simple retour sur l'affaire des *Minquiers et Ecréhous* (C.I.J. Recueil 1953, p. 47-49), par exemple, permet de voir

comment, dans la pratique, les parties procèdent pour conclure un compromis et échanger leurs instruments de ratification.

De plus, on imagine difficilement qu'une requête, déposée en vertu d'une clause compromissoire véritable, puisse se heurter à la thèse d'un manquement du défendeur à ratifier le traité en cause. Selon toute probabilité, le demandeur aurait examiné cette question bien avant d'introduire l'instance. Mais en l'espèce le Qatar a cherché à créer une «quasi-clause compromissoire» et s'est montré impatient. Il s'ensuit qu'il est assurément «désavantageux» pour Bahreïn de s'être trouvé inopinément serait-ce à titre temporaire, dans la position d'un défendeur potentiel. Aucun problème d'ordre constitutionnel ne se serait jamais posé si les choses avaient suivi leur cours normal et prévu, tel que le projet de compromis bahreïnite l'avait ouvertement envisagé dès 1988.

#### Conclusion

J'en viens, Monsieur le Président, à ma conclusion. Pour Bahreïn, ces difficultés et ces différences «portent à conclure qu'il est tout simplement invraisemblable que les parties aient pu, dans leur esprit, assimiler les deux types de procédure». (Contre-mémoire de Bahreïn, p. 114, par. 8.17, les italiques sont de nous.) En outre, si l'on réfléchit plus particulièrement sur ce point, on comprend pourquoi le Qatar a introduit l'instance de la manière dont il l'a fait. On est inévitablement amené à conclure que le Qatar voulait que la Cour établisse entre lui et Bahreïn une frontière maritime correspondant à la décision britannique de 1947, sans voir la Cour aborder la question de Zubarah, et en se réservant la possibilité d'introduire des moyens de preuve préjudiciels dérivés de négociations préalables. Selon la théorie qatarienne concernant le procès-verbal de Doha, l'occasion d'essayer d'atteindre cet objectif s'était finalement offerte en 1990-1991.

La requête déposée par le Qatar en juillet 1991 est suffisamment éloquente en elle-même. On n'y trouve aucune preuve quelle qu'elle soit attestant que Bahreïn avait renoncé à ce que la question de Zubarah soit

061  
expressément traitée dans la même procédure que les autres questions. On n'y trouve pas davantage la moindre preuve que Bahreïn avait aucunement modifié sa position quant à la nécessité d'introduire l'article V dans cette procédure. Enfin, aucune preuve quelle qu'elle soit n'établit que Bahreïn avait modifié ses règles constitutionnelles selon lesquelles tout accord visant à la saisine de la Cour avait besoin d'être ratifié. On ne peut en conclure qu'une seule chose, M. le Président : Bahreïn n'a jamais consenti à saisir la Cour dans ces conditions, c'est-à-dire sans que soient prises en considération la question de Zubarah, et l'article V, et sans ratification préalable.

Ces conclusions sont confirmées par les déductions qu'on peut tirer du projet de compromis proposé par Bahreïn en 1992. Au cours des présentes audiences, le Qatar a à peine évoqué ce projet - si tant est qu'il l'ait fait. Quelle raison le Qatar peut-il avancer à l'appui de sa non-acceptation de ce projet ? Si le Qatar l'avait accepté, nous ne serions pas ici aujourd'hui. Toutefois, la non-acceptation même de la part du Qatar ne fait que confirmer la thèse de Bahreïn selon laquelle il n'y a pas accord entre les parties sur la compétence de la Cour.

La requête du Qatar est loin, très loin d'avoir engagé une procédure conjointe, neutre, exhaustive, équilibrée et mutuellement convenue. Pour Bahreïn, il y a manifestement une nette différence entre le fait d'être défendeur dans une action engagée par le Qatar et le fait d'être «copartie» sur un pied d'égalité dans une instance introduite conjointement par les deux Parties, comme Bahreïn l'escomptait et l'espérait. C'est à l'évidence un désavantage réel pour Bahreïn que d'être placé dans sa position actuelle, à laquelle il n'a jamais consenti. Bahreïn prie respectueusement la Cour de bien vouloir reconnaître cette absence de consentement, remédier à cet inconvénient et mettre fin à cette situation.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je vous remercie de votre patience et de votre attention. Puis-je maintenant vous prier, Monsieur le Président, de bien vouloir appeler à la barre l'agent de

Bahreïn, M. Hussain Al Baharna, qui conclura le premier tour des plaidoiries de Bahreïn ? Je vous remercie, Monsieur le Président.

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Highet. Je donne maintenant la parole à S. Exc. Monsieur Al Baharna.

062 M. AL BAHARNA : Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, en ma qualité d'agent de l'Etat de Bahreïn, il m'incombe maintenant de prendre la parole pour clore son premier tour de plaidoiries.

Comme la Cour s'en sera rendu compte, le Qatar a cherché à démontrer que Bahreïn a accepté la compétence de la Cour, en l'espèce. Mais il est clair que le Qatar s'est systématiquement abstenu d'accepter, pour sa part, les éléments essentiels de tout accord prévoyant une saisine de la Cour. Le tableau que le Qatar s'efforce de brosser et où il apparaît comme un requérant empressé et bien disposé, Bahreïn étant présenté comme un adversaire récalcitrant et temporisateur, est sans rapport aucun avec la réalité.

Parmi les nombreuses questions soulevées par le Qatar dans ses argumentations, nous en avons retenu sept qui revêtent une importance particulière. Nous invitons le Qatar à fournir une réponse claire à ces questions. Elles sont les suivantes :

*Premièrement*, dans le cadre des travaux de la commission tripartite, où apparaît-il que chaque Partie a estimé qu'il devrait y avoir deux instances distinctes, l'une étant introduite par le Qatar et l'autre par Bahreïn - au lieu que deux demandes distinctes seraient formulées dans le cadre d'une instance unique ? Où est la preuve que Bahreïn a, à aucun moment, consenti à l'introduction de deux instances distinctes en tant que moyen de régler le désaccord sur le contenu de la question à soumettre à la Cour ? M. Shankardass et l'agent du Qatar ont beau faire valoir que c'est là ce à quoi Bahreïn a consenti, et citer des extraits de déclarations que j'ai faites à la sixième réunion de la commission tripartite - réunion des experts juridiques - en décembre 1988. Comme la Cour se rappellera, aussi bien l'agent que le conseil du Qatar ont

063  
prétendu que dans ces déclarations, j'aurais interprété la formule bahreïnite comme autorisant chaque Partie à présenter ses demandes à la Cour au moyen d'une requête distincte. Comme M. Bowett l'a très justement relevé dans sa plaidoirie, vendredi dernier, M. Shankardass «a mal lu les déclarations faites par M. Al Baharna». Et je tiens à souligner une fois de plus, aujourd'hui, qu'une lecture objective de mes déclarations peut uniquement déboucher sur une interprétation exigeant que les demandes soient formulées dans le cadre d'une saisine conjointe et sur la base d'un compromis. Les paroles que j'ai prononcées en décembre 1988 étaient censées expliquer la signification de la formule neutre et large que nous dénommons «formule bahreïnite», formule proposée en octobre 1988 pour remplacer la question qui apparaissait précédemment au paragraphe 1 de l'article II du projet d'accord de Bahreïn de mars 1988.

Comme je l'ai dit en décembre 1988 - et comme il ressort clairement du dossier (contre-mémoire de Bahreïn, vol. II, annexe 1.17, p. 106), le caractère général de la formule bahreïnite permettait à chaque Partie de spécifier, dans son cadre, ses propres revendications en vue de les soumettre à la Cour dans le contexte d'une action unique engagée en vertu d'un compromis. Il appartenait alors à la Cour de décider, sur la base des pièces de procédure et des plaidoiries, du contenu des questions qu'il lui incomberait de trancher.

Le conseil du Qatar dénature le procès-verbal de 1988 dès lors qu'il invoque mes déclarations, telles qu'elles y sont consignées, à l'appui d'une interprétation selon laquelle la formule bahreïnite permettait à chaque Partie d'introduire une requête distincte si bien que deux affaires seraient portées devant la Cour. L'idée directrice du débat à la commission, compte tenu de ma propre contribution à ce débat, allait parfaitement à l'encontre de cette interprétation.

Deuxièmement, quel était donc, selon le Qatar, l'objet de la modification qu'à Doha Bahreïn a proposé d'apporter au projet omanais initial ? Si je pose cette question c'est parce que la réponse la plus



récente du Qatar - à savoir que les modifications ne changeaient rien au fond du texte et que le Qatar les a en conséquence acceptées - s'est révélée très peu convaincante.

064  
*Troisièmement*, si, comme le Qatar le soutient, tout ce qu'il fallait pour parachever l'engagement de 1987 d'aller devant la Cour était un accord sur l'objet de ce différend, et si cet élément manquant était apporté par l'acceptation qatarienne de la formule bahreïnite, pourquoi le Qatar n'a-t-il accepté ni le projet de compromis présenté par l'Arabie saoudite en septembre 1991 (contre-mémoire de Bahreïn, vol. II, p. 143) ni la proposition de compromis faite par Bahreïn le 20 juin 1992 (duplique de Bahreïn, annexe 1.3) ? Les deux textes contenaient la formule bahreïnite.

*Quatrièmement*, si la raison en était Zubarah, peut-on toujours affirmer que l'acceptation par le Qatar de la formule bahreïnite est sincère ? Si je dis cela c'est parce que la formule bahreïnite fait référence à « toute question » et que le Qatar sait que la formule était censée, dans l'esprit de Bahreïn, viser également Zubarah. Toutefois, dans sa requête, le Qatar ne retient pas la question de Zubarah et subordonne, partant, son acceptation de la formule bahreïnite à une qualification qui exclut cette question. Bahreïn n'accepte pas cette réserve à l'égard de la portée de sa formule. Il n'y a donc pas, en fait, application effective de l'accord s'agissant de l'objet du différend en l'espèce, à savoir les conditions énoncées dans la formule bahreïnite. En déclarant « Tentez votre chance en intentant une autre instance ! », le Qatar ne répond aucunement à la question posée.

*Cinquièmement*, que craint le Qatar ? Si les revendications de Bahreïn concernant Zubarah sont dénuées de tout fondement, pourquoi le Qatar ne se contente-t-il pas de les contester sur le fond - sans soulever aucune question de recevabilité ? Pourquoi chercher à empêcher la Cour de se prononcer sur ces revendications ? Inversement, si les revendications de Bahreïn sont fondées, pourquoi le Qatar s'attendrait-il à ce que Bahreïn accepte de faire des îles de Hawar un sujet de

controverse - des îles longtemps placées sous l'autorité de Bahreïn, mais jamais sous celle du Qatar - alors que le Qatar n'est pas disposé à prendre un engagement comparable en ce qui concerne Zubarah ?

065  
Sixièmement, si c'est l'article V du projet de compromis de Bahreïn qui dissuade le Qatar de prendre un tel engagement, le Qatar peut-il expliquer pourquoi il a des objections contre une disposition dont le seul but est d'empêcher qu'il soit tiré parti, en l'espèce, de propositions de règlement ou d'offres de compromis pour compromettre la situation juridique de l'une ou l'autre des Parties ?

En insistant sur un droit de présenter des propositions de règlement, le Qatar donne nécessairement l'impression qu'il n'a jamais formulé de propositions qui eussent pu lui causer quelque embarras. Le Qatar tient-il vraiment à donner l'impression que dans toutes les discussions qui se sont déroulées entre les deux Parties en vue du règlement du différend de fond, Bahreïn est la seule partie qui ait pu formuler une proposition contenant effectivement quelque élément de compromis ?

Septièmement, si les raisons pour lesquelles le Qatar n'a pas participé à une saisine conjointe n'ont rien à voir avec la portée des questions posées plus haut, le Qatar peut-il expliquer quelles sont ses vraies raisons ?

J'espère que le Qatar sera à même d'apporter des réponses claires et complètes à ces questions. Ses réponses aideront grandement, j'en suis convaincu, la Cour à trancher les questions dont elle est saisie.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, Bahreïn a le même droit que le Qatar de formuler les questions sur lesquelles il voudrait que la Cour se prononce. Bahreïn a le même droit que le Qatar de spécifier les conditions dans lesquelles il est disposé à se présenter devant la Cour. Bahreïn a le même droit que le Qatar de défendre ses propres intérêts de la manière qui lui semble la plus appropriée. Bahreïn a le même droit que le Qatar d'insister sur sa position, qui est parfaitement équitable et raisonnable. Il n'y a aucune raison de permettre que les préférences

066

du Qatar l'emportent. Rien ne saurait justifier une interprétation selon laquelle l'acceptation de la position du Qatar exprimerait le consentement commun des deux Parties, et c'est pour cette raison que je fais respectueusement observer, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, que la requête unilatérale du Qatar doit être rejetée comme ne pouvant aucunement être considérée, d'un point de vue défendable, comme recueillant le consentement de Bahreïn.

Je réserverai la présentation des conclusions formelles de Bahreïn pour la fin du deuxième tour de plaidoirie.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, ainsi s'achève mon exposé et la présentation par Bahreïn de son premier tour de plaidoiries.

The PRESIDENT: Thank you, Your Excellency. As the two Parties know, Members of the Court may, during the proceedings raise any questions they wish with either or both of the Parties, *al-tarafan*; this is provided for in Articles 61 and 72 of the Rules of Court. But before giving the floor to Vice-President Schwebel, who would like to put questions to the two Parties, I should like to say, first of all, that it will perhaps be difficult for you to take down, even at dictation speed, the full text of the questions. These will be distributed to you very soon, after they have been formulated by the Vice-President. Secondly, I should like to say that it is for each of the two delegations to decide whether they wish to reply to these questions orally or in writing. Thirdly, if it is a matter of replying orally, then this possibility is naturally open to both Parties or to whichever of them wishes to do so at our next, second round of oral arguments. If they opt for replying in writing, the Court requests the Parties to be so good as to submit to it their replies within a reasonable time. I now give the floor to the Vice-President for the questions he wishes to ask.

067

Le VICE-PRESIDENT : Merci, Monsieur le Président. Ma première question est la suivante :

1. Le procès-verbal de Doha (dans la traduction établie par les Nations Unies) précise que les «bons offices» du roi d'Arabie saoudite «à l'égard du différend entre les deux pays» doivent se poursuivre jusqu'en mai 1994;

«A l'expiration de ce délai, les deux parties pourront soumettre l'affaire à la Cour internationale de Justice, conformément à la formule bahreïnite acceptée par l'Etat du Qatar et aux arrangements s'y rapportant.»

Cette disposition signifie-t-elle a) que pendant la prolongation de des bons offices saoudiens, l'Arabie saoudite s'efforcera de parvenir à un règlement sur le fond du différend; b) qu'au cours de cette période, les deux parties ne peuvent pas soumettre leur différend à la Cour et c) qu'à l'expiration de ce délai, les deux parties peuvent porter leur différend devant la Cour ?

Cette question et les suivantes s'adressent aux deux Parties. Quant aux autres questions, je sais bien que les spécialistes qui ont exposé leur avis devant la Cour y ont répondu au moins dans une certaine mesure, mais je serais néanmoins intéressé par ce que pourraient dire à ce sujet les conseils des Parties. Ma deuxième question est la suivante :

2. Le paragraphe 2 du procès-verbal de Doha (dans la traduction établie par les Nations Unies) spécifie que «les deux Parties («the two Parties», en anglais) pourront soumettre l'affaire» à la Cour, alors que le paragraphe 3 stipule que «Si un accord fraternel acceptable pour les deux Parties («both Parties», en anglais) est réalisé» par la suite, l'affaire sera retirée. Les termes de la traduction anglaise «the two Parties» et «both Parties» correspondent-ils, dans le texte arabe, à une expression identique dans les deux paragraphes, ou bien les paragraphes 2 et 3 emploient-ils des termes (ou membres de phrase) différents ?

Ma troisième question est la suivante :

3. La traduction du projet du 24 décembre 1990, présenté sur papier à en-tête du ministère des affaires étrangères de l'Arabie saoudite, est libellée comme suit :

«Ces consultations ont abouti à l'accord des deux parties sur la formulation de la question qui sera portée devant la Cour internationale par chacune d'entre elles [«each of them», en anglais], formulation qui est la suivante : - telle qu'elle est énoncée dans le mémorandum bahreïnite.

Les deux Parties [«The two Parties», en anglais] prient la Cour de trancher...»

Le texte original arabe, dont ce qui précède est la traduction, employait-il ou non une expression unique pour désigner ce qui a été traduit par «chacune d'entre elles» («each of them», en anglais) et «Les deux Parties» («The two Pparties», en anglais) ?

Je vous remercie, Monsieur le Président.

The PRESIDENT: Thank you very much. This concludes the first round of oral arguments by Bahrain. The Court will resume its session on the day after tomorrow, Thursday 10 March, at 10 a.m. for the second stage of the oral proceedings, and will begin by hearing the representatives of Qatar. The session is adjourned.

*The Court rose at 12.40 p.m.*

---