

## DISSENTING OPINION OF VICE-PRESIDENT SCHWEBEL

I regret that I have been unable to join in supporting the Judgment of the Court.

In the law of treaties, “the primary object of interpretation, namely, the revealing of the intention of the parties”, is, in the words of that late, great Judge and authority on the law of treaties, Sir Hersch Lauterpacht, paramount:

“The intention of the parties — express or implied — is the law. Any considerations — of effectiveness or otherwise — which tend to transform the ascertainable intention of the parties into a factor of secondary importance are inimical to the true purpose of interpretation.” (H. Lauterpacht, “Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties”, *British Year Book of International Law*, 1949, Vol. XXVI, p. 73.)

As Lord McNair, no less an authority on the law of treaties and an eminent former President of this Court, put it:

“Many references are to be found . . . to the primary necessity of giving effect to the ‘plain terms’ of a treaty, or construing words according to their ‘general and ordinary meaning’ . . . But this so-called rule of interpretation like others is merely a starting-point, a prima facie guide, and cannot be allowed to obstruct the essential quest in the application of treaties, namely to search for the real intention of the contracting parties in using the language employed by them.” (Lord McNair, *The Law of Treaties*, 1961, p. 366.)

“The intention of the parties”, in law, refers to the common intention of both parties. It does not refer to the singular intention of each party which is unshared by the other. To speak of “the” intention of “the parties” as meaning the diverse intentions of each party would be oxymoronic.

In the jurisprudence of this Court, jurisdiction can be conferred upon it only by the common intention of both parties to the case. As held by a Chamber of this Court in the case concerning the *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* “it is only from the meeting of minds . . . that jurisdiction is created” (*I.C.J. Reports 1992*, p. 585, para. 378). That intention may be jointly expressed, as by the conclusion of a special agreement. It may be unilaterally expressed, as by the invocation of overlapping or identical acceptances of the Court’s compulsory jurisdiction under the optional clause or through treaty proviso. But if that common intention

OPINION DISSIDENTE DE M. SCHWEBEL, VICE-PRÉSIDENT

[Traduction]

Je suis au regret de n'avoir pu me rallier à l'arrêt de la Cour.

En droit des traités, selon les termes de feu sir Hersch Lauterpacht, juge éminent et autorité en matière de droit des traités, «l'objet essentiel de l'interprétation, à savoir la mise au jour de l'intention des parties», est primordial:

«Expresse ou tacite, l'intention des parties est la loi. Toutes considérations — relatives à l'effet utile ou à d'autres aspects — qui tendent à transformer l'intention vérifiable des parties en un facteur d'importance secondaire sont contraires au but véritable de l'interprétation.» (H. Lauterpacht, «Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties», *The British Year Book of International Law*, 1949, vol. XXVI, p. 73.)

Comme l'a écrit lord McNair, autorité non moins distinguée en matière de droit des traités et ancien président éminent de la Cour:

«On trouvera de nombreuses références ... à la nécessité essentielle de donner effet aux «simples termes» d'un traité, ou d'interpréter les mots suivant leur «sens général et ordinaire»... Mais cette prétendue règle d'interprétation semblable à d'autres n'est qu'un point de départ, un guide à priori, et elle ne saurait faire obstacle à la quête essentielle dans l'application des traités, à savoir la recherche de l'intention que les parties contractantes avaient réellement en s'exprimant comme elles l'ont fait.» (Lord McNair, *The Law of Treaties*, 1961, p. 366.)

En droit, on entend par «intention des parties» l'intention commune aux deux parties. Il ne s'agit pas de l'intention particulière de chacune, que l'autre ne partage pas. Il serait antinomique de parler de «l'»intention «des parties» pour dénommer l'intention distincte de chacune d'elles.

Selon la jurisprudence de la Cour, seule l'intention commune des deux parties est attributive de compétence. Comme une chambre de la Cour l'a dit dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, «c'est seulement de la rencontre des volontés ... que naît la compétence» (*C.I.J. Recueil 1992*, p. 585, par. 378). Cette intention peut être exprimée conjointement, comme par la conclusion d'un compromis. Elle peut s'exprimer unilatéralement, comme sur la base de déclarations concordantes ou identiques d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour faites conformément à la clause facultative ou sur la base de clauses

is lacking, if the intention to submit to the Court's jurisdiction is that of one but not both parties, the Court is without jurisdiction to decide the merits of the dispute.

In my view, these axiomatic considerations combine to defeat the Court's jurisdiction in this case.

Before explaining why I so conclude on the facts of this case, an exposition of elements of the law respecting the interpretation of treaties may be in order.

#### PREPARATORY WORK IN THE PERSPECTIVE OF THE VIENNA CONVENTION

The Vienna Convention on the Law of Treaties is accepted by this Court as an authoritative codification of international law. Its provisions on interpretation of treaties however were particularly contested, to some extent in the International Law Commission which composed them, and much more acutely in the United Nations Conference on the Law of Treaties itself. Nevertheless they were adopted by large majorities. The Convention, as of this writing, has 78 parties, not including Bahrain and Qatar (and not including the United States of America, the principal critic of those provisions).

In his Third Report on the Law of Treaties, the distinguished Special Rapporteur of the Commission, Sir Humphrey Waldock, set out an approach which was sustained in the further work of the Commission on treaty interpretation and ultimately by the Vienna Conference itself:

“Writers also differ to some extent in their basic approach to the interpretation of treaties according to the relative weight which they give to —

- (a) the text of the treaty as the authentic expression of the intentions of the parties;
- (b) the intentions of the parties as a subjective element distinct from the text; and
- (c) the declared or apparent objects and purposes of the treaty.

Some, like Sir H. Lauterpacht, place the main emphasis on the intentions of the parties and in consequence admit a liberal recourse to the *travaux préparatoires* and to other evidence of the intentions of the contracting States as means of interpretation. Some give great weight to the objects and purposes of the treaty and are in consequence more ready, especially in the case of general multilateral treaties, to admit teleological interpretations of the text which go beyond, or even diverge from, the original intentions of the parties as expressed in the text. The majority of modern writers, however, insists upon the primacy of the text as the basis for the interpretation

conventionnelles. Mais si cette intention commune fait défaut, si une seule des parties, et non les deux, entend conférer compétence à la Cour, cette dernière n'est pas compétente pour trancher le fond du différend.

De mon point de vue, les principes élémentaires que je viens de rappeler se conjuguent pour faire échec à la compétence de la Cour en l'espèce.

Avant d'expliquer ce qui m'amène à une telle conclusion sur les faits de l'instance, il peut être utile d'exposer certaines règles de droit relatives à l'interprétation des traités.

#### LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DANS LA PERSPECTIVE DE LA CONVENTION DE VIENNE

La Cour reconnaît que la convention de Vienne sur le droit des traités est une codification du droit international faisant autorité. Toutefois, les dispositions de cette convention relatives à l'interprétation des traités ont été particulièrement contestées, jusqu'à un certain point au sein de la Commission du droit international qui les a rédigées et beaucoup plus vivement au sein de la conférence des Nations Unies sur le droit des traités. Elles ont néanmoins été adoptées à de larges majorités. A la date de rédaction de la présente opinion, la convention compte soixante-dix-huit parties, au nombre desquelles ne figurent ni Bahreïn ni Qatar (ni les Etats-Unis d'Amérique, principal auteur des critiques à l'encontre de ces dispositions).

Dans son troisième rapport sur le droit des traités, l'éminent rapporteur spécial de la Commission, sir Humphrey Waldock, a exposé une méthode que la Commission a admise dans ses travaux ultérieurs relatifs à l'interprétation des traités et que la conférence de Vienne elle-même a finalement adoptée :

« Les auteurs diffèrent aussi en quelque mesure dans leur attitude fondamentale à l'égard de l'interprétation des traités selon l'importance relative qu'ils attachent

- a) au texte du traité en tant qu'expression authentique des intentions des parties;
- b) aux intentions des parties en tant qu'élément subjectif distinct du texte; et
- c) à l'objet et au but déclarés ou apparents du traité.

Certains auteurs, comme sir H. Lauterpacht, font porter l'accent principal sur les intentions des parties et, par conséquent, admettent qu'on fasse amplement appel aux travaux préparatoires et à d'autres preuves des intentions des Etats contractants en tant que moyens d'interprétation. D'autres auteurs attachent beaucoup d'importance à l'objet et aux buts du traité et sont par conséquent plus disposés, notamment dans le cas de traités multilatéraux généraux, à admettre des interprétations téléologiques du texte allant au-delà ou s'écartant même des intentions primitives des parties telles qu'elles sont exprimées dans le texte. Mais la plupart des auteurs modernes insistent

of a treaty, while at the same time giving a certain place to extrinsic evidence of the intentions of the parties and to the objects and purposes of the treaty as means for correcting or, in limited measure, supplementing the text." (*Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol. II, pp. 53-54, para. 4.)

At the same time, Sir Humphrey continued,

"recourse to many of these principles is discretionary rather than obligatory, and the interpretation of documents is to some extent an art, not an exact science" (*ibid.*, p. 54, para. 6).

By no means were the intentions of the parties to be depreciated; on the contrary,

"the text must be presumed to be the authentic expression of the intentions of the parties; . . . in consequence, the starting point and purpose of interpretation is to elucidate the meaning of the text, not to investigate *ab initio* the intentions of the parties. While not excluding recourse to other indications of the intentions of the parties in appropriate cases, it makes the actual text the dominant factor in the interpretation of a treaty." (*Ibid.*, p. 56, para. 13.)

He further explained his proposals which, in substance, today are reflected in the text of the Vienna Convention, as follows:

"where either the natural and ordinary meaning of the terms in their context does not give a viable result or for one reason or another the meaning is not clear . . . it is permissible to fix the meaning of the terms by reference to evidence or indications of the intentions of the parties outside the ordinary sense of their words . . ." (*ibid.*, p. 57, para. 16).

Accordingly, the text proposed:

"recognizes the propriety of recourse to extraneous evidence or indications of the intentions of the parties for the purpose of: (a) *confirming* the natural and ordinary meaning of a term; (b) *determining* the meaning of an ambiguous or obscure term or of a term whose natural and ordinary meaning gives an absurd or unreasonable result; and (c) *establishing* the use of a term by the parties with a special meaning" (*ibid.*, p. 58, para. 20).

Sir Humphrey pointed out that,

"Moreover, it is the constant practice of States and tribunals to examine any relevant *travaux préparatoires* for such light as they may throw upon the treaty . . .

sur la primauté du texte en tant que base d'interprétation des traités, tout en accordant une certaine place aux preuves extrinsèques des intentions des parties et à l'objet et aux buts du traité en tant que moyens permettant de redresser ou, dans une mesure limitée, de compléter le texte.» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1964, vol. II, p. 54-55, par. 4.)

En même temps, sir Humphrey Waldock ajoutait que:

«l'application d'un grand nombre de ces principes est plutôt discrétionnaire qu'obligatoire, et l'interprétation des documents est dans une certaine mesure un art, non une science exacte» (*ibid.*, p. 55, par. 6).

En aucun cas, les intentions des parties ne devraient être dépréciées. Au contraire,

«il faut présumer que le texte est l'expression authentique de l'intention des parties et que, par suite, le point de départ, comme aussi le but de l'interprétation est d'élucider le sens du texte, et non pas de rechercher *ab initio* quelle était l'intention des parties. Sans exclure le recours à d'autres indices de l'intention des parties, s'il y a lieu, l'article fait du texte lui-même le facteur primordial de l'interprétation du traité.» (*Ibid.*, p. 57, par. 13.)

Sir Humphrey Waldock a expliqué plus avant ses propositions, qui sont aujourd'hui reprises, pour l'essentiel, dans le texte de la convention de Vienne:

«[quand] le sens naturel et ordinaire des termes, dans leur contexte, n'aboutit pas à un résultat plausible ou [quand], pour une raison ou l'autre, le sens n'est pas clair ... il est admissible que le sens des termes soit déterminé, d'après des preuves ou des indications relatives aux intentions des parties, en dehors du sens ordinaire des mots employés» (*ibid.*, p. 58, par. 16).

En conséquence, le texte proposait de reconnaître:

«que l'on peut avoir recours à des preuves ou indices extérieurs de l'intention des parties aux fins: a) de *confirmer* le sens naturel et ordinaire d'un terme; b) de *déterminer* le sens d'un terme ambigu ou obscur ou d'un terme dont le sens naturel et ordinaire conduit à une interprétation absurde ou déraisonnable; c) d'*établir* le sens spécial que les parties ont attribué à un terme» (*ibid.*, p. 59, par. 20).

Sir Humphrey Waldock a fait observer:

«De plus, c'est la pratique constante des Etats et des tribunaux d'examiner les travaux préparatoires pertinents pour y chercher tout ce qui peut éclairer le sens du traité. ...

Recourse to *travaux préparatoires* as a subsidiary means of interpreting the text . . . is frequent both in State practice and in cases before international tribunals." (*Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol. II, p. 58, paras. 20 and 21.)

He continued:

"Today, it is generally recognized that some caution is needed in the use of *travaux préparatoires* as a means of interpretation. They are not, except in the case mentioned, an authentic means of interpretation. They are simply evidence to be weighed against any other relevant evidence of the intentions of the parties, and their cogency depends on the extent to which they furnish proof of the *common* understanding of the parties as to the meaning attached to the terms of the treaty." (*Ibid.*, p. 58, para. 21.)

The subsequent evolution of what came to be Articles 31 and 32 of the Vienna Convention, in the Commission and in the light of the commentaries and proposals of Governments, and climactically at the Conference itself, is well known and fundamentally consonant with what has been described. But it may be instructive for present purposes to quote a few more elements of the *travaux préparatoires* of the Vienna Convention, as they are first of all to be found in the exchanges in the body which prepared the draft of it:

"It was true that there existed a number of apparently consistent pronouncements by the International Court of Justice and arbitral tribunals to the effect that *travaux préparatoires* had only been used to confirm what had been found to be the clear meaning of the text of a treaty. However, that case-law would be much more convincing if from the outset the Court or tribunal had refused to admit consideration of *travaux préparatoires* until it had first established whether or not the text was clear, but in fact, what had happened was that on all those occasions the *travaux préparatoires* had been fully and extensively placed before the Court or arbitral tribunal by one or other of the parties, if not by both. In the circumstances, to state that the *travaux préparatoires* had been used only to confirm an opinion already arrived at on the basis of the text of the treaty was coming close to a legal fiction. It was impossible to know by what processes judges reached their decisions and it was particularly difficult to accept the proposition that the *travaux préparatoires* had not actually contributed to form their opinion as to the meaning of a treaty which, nevertheless, they stated to be clear from its text, but which, as the pleadings in fact showed, was not so. At all events, it could be supposed that all practitioners of international law were free in their use of *travaux préparatoires*." (*Yearbook of the*

Le recours aux travaux préparatoires en tant que moyens subsidiaires d'interprétation du texte est fréquent ... tant dans la pratique des Etats que dans les affaires dont sont saisis les tribunaux internationaux.» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1954, vol. II, p. 59, par. 20 et 21.)

Il ajoutait:

«Il est généralement reconnu aujourd'hui qu'une certaine prudence est de mise dans l'utilisation des travaux préparatoires comme moyens d'interprétation. Sauf dans le cas mentionné, ils ne constituent pas des moyens authentiques d'interprétation. Ce ne sont que de simples preuves à mettre en regard des autres preuves pertinentes de l'intention des parties, et leur force dépend de la mesure dans laquelle ils témoignent de l'accord *commun* des parties sur le sens attaché aux termes du traité.» (*Ibid.*, p. 59-60, par. 21.)

On sait bien comment ce qui allait devenir les articles 31 et 32 de la convention de Vienne a évolué par la suite au sein de la Commission, à la lumière des commentaires et propositions des gouvernements et, à son point culminant, au sein de la conférence elle-même; cette évolution correspond pour l'essentiel à ce qui vient d'être retracé. Mais il pourrait être instructif, aux présentes fins, de citer certains éléments supplémentaires des travaux préparatoires de la convention de Vienne, tels qu'ils ressortent en premier lieu des débats de l'organe qui a élaboré le projet de convention:

«Il est vrai qu'il existe plusieurs décisions de la Cour internationale de Justice et des tribunaux arbitraux qui vont toutes apparemment dans le même sens, selon lesquelles les travaux préparatoires n'ont servi qu'à confirmer ce qui avait été jugé comme étant le sens clair du texte d'un traité. Cependant, ces précédents seraient beaucoup plus convaincants si, dès le début, la Cour ou le tribunal avait refusé d'admettre tout recours aux travaux préparatoires tant qu'ils n'auraient pas établi si le texte était clair ou ne l'était pas; or, ce qui est arrivé, en fait, c'est que, dans tous ces cas, les travaux préparatoires ont été amplement produits devant la Cour ou le tribunal arbitral par l'une ou par l'autre partie, voire par les deux parties. Dans ces conditions, c'est côtoyer de bien près la fiction juridique que de dire que les travaux préparatoires n'ont été utilisés que pour confirmer une opinion à laquelle on serait déjà arrivé en prenant pour base le texte du traité. Il est impossible de savoir par quels procédés les juges parviennent à leur décision et il est particulièrement difficile de souscrire à la proposition selon laquelle les travaux préparatoires n'auraient pas effectivement contribué à former leur opinion sur le sens d'un traité qu'ils ont néanmoins dit être clair d'après le texte, alors que les plaidoiries ont montré en réalité qu'il ne l'était pas. Quoi qu'il en soit, on peut supposer que les praticiens du droit inter-

*International Law Commission*, 1964, Vol. I, Mr. Rosenne, p. 283, para. 17.)

“the clearness or ambiguity of a provision was a relative matter; sometimes one had to refer [to] the preparatory work or look at the circumstances surrounding the conclusion of the treaty in order to determine whether the text was really clear and whether the seeming clarity was not simply a deceptive appearance” (*ibid.*, Mr. Yasseen, p. 313, para. 56).

“In his view, it was unrealistic to imagine that the preparatory work was not really consulted by States, organizations and tribunals whenever they saw fit, before or at any stage of the proceedings, even though they might afterwards pretend that they had not given it much attention . . . the reference to confirmation and, *a fortiori*, verification tended to undermine the text of a treaty in the sense that there was an express authorization to interpret it in the light of something else; nevertheless that was what happened in practice.” (*Ibid.*, Sir Humphrey Waldock, p. 314, para. 65.)

The text of the Convention adopted in Vienna respecting “Supplementary means of interpretation” (Art. 32) provides that,

“Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure . . .”

But what was not settled was, what happens when the *travaux préparatoires* turn out not to confirm but contradict the meaning arrived at by application of the general rule of interpretation? There are a few passages in statements of the Special Rapporteur that appear to cut one way or another; quoted above is an indication by him that the process of confirmation or verification could indeed tend to “undermine” the text of a treaty.

Surprisingly little attention was directed to this critical question. The most pertinent answer may have been that proffered by the representative of Portugal at the Vienna Conference:

“What would happen if, though the text of a treaty was apparently clear, in seeking confirmation in the preparatory work and other surrounding circumstances a divergent meaning came to light? It was impossible to be sure in advance that those circumstances would confirm the textual meaning of the treaty. If the emphasis were placed on good faith, it would appear that in such a case those circumstances should be taken into consideration, although they did

national sont tous libres d'utiliser à leur guise les travaux préparatoires.» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1964, vol. I, M. Rosenne, p. 296-297, par. 17.)

«la notion de clarté ou d'ambiguïté d'une disposition est toute relative; parfois il faut se reporter aux travaux préparatoires ou examiner les circonstances de la conclusion du traité afin de savoir si le texte est vraiment clair et si sa clarté apparente n'est pas en fait trompeuse» (*ibid.*, M. Yasseen, p. 327, par. 56).

«A son avis, c'est ne pas tenir compte de la réalité que d'imaginer que les Etats, les organisations et les tribunaux ne consultent pas vraiment les travaux préparatoires chaque fois qu'ils le jugent nécessaire, avant le début ou durant une phase donnée de la procédure, encore qu'ils puissent prétendre ensuite n'y avoir pas attaché beaucoup d'importance. ... la mention de la confirmation et, *a fortiori*, de la vérification, tend à affaiblir le texte d'un traité en ce sens qu'elle donne l'autorisation expresse de l'interpréter à la lumière d'autres éléments; c'est néanmoins ce qui se produit dans la pratique.» (*Ibid.*, sir Humphrey Waldock, p. 328, par. 65.)

Le texte de la convention adopté à Vienne au sujet des «moyens complémentaires d'interprétation» (art. 32) dispose que:

«Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31:

a) laisse le sens ambigu ou obscur...»

Mais ce qui n'a pas été réglé, c'est ce qui advient quand les travaux préparatoires ne confirment pas, mais contredisent le sens dégagé par l'application de la règle générale d'interprétation. Quelques passages, dans les exposés du rapporteur spécial, semblent pencher dans un sens ou dans un autre. Dans la citation qui précède, celui-ci indique que le processus de confirmation ou de vérification pourrait effectivement contribuer à «affaiblir» le texte d'un traité.

Il est étonnant que cette question capitale ait si peu retenu l'attention. Sans doute est-ce le représentant du Portugal à la conférence de Vienne qui a apporté la réponse la plus pertinente:

«Que se passerait-il dans l'hypothèse où, en présence d'un traité dont le texte est apparemment clair, l'examen des travaux préparatoires et des autres circonstances environnantes, qui devait confirmer le sens de ce texte, viendrait à révéler une signification différente? On ne peut jamais être sûr d'avance que ces circonstances confirmeront le sens littéral du traité. Si l'on met l'accent sur la bonne foi, il semble que l'on devrait alors tenir compte de telles circonstances, même

not lead to the confirmation of the meaning . . .” (United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, 1968, *Official Records*, p. 183.)

It is significant for the case now before the Court that it does not seem to have occurred to counsel on either side that their concentration on the content of the *travaux préparatoires* could be questionable or beside the point. Neither Party suggested that the text of the treaty was so clear that the Court would be justified in declining to weigh the preparatory work in the scales of justice. Mired as they were in the ample ambiguities of the text, that suggestive omission is understandable. Nor did either Party suggest that the preparatory work was fragmentary, inconclusive, or otherwise open to discounting or disregard.

#### THE FACTS AND LAW OF THIS CASE

The Court finds its jurisdiction upon the commitments entered into by Qatar and Bahrain in 1987 and in 1990. It has concluded that the 1987 exchanges of letters and the 1990 Doha Minutes are international agreements creating rights and obligations for the Parties. It does not conclude — nor, for that matter, did Qatar maintain — that the commitments undertaken in 1987 of themselves suffice to sustain the Court’s jurisdiction. Thus it is undisputed that the consent of Qatar and Bahrain to the provision that

“All the disputed matters shall be referred to the International Court of Justice, at The Hague, for a final ruling binding upon both parties . . .”

of itself is not determinative. As the Parties agree, and the Court records, what those disputed matters were was not settled in 1987. Moreover, the 1987 exchanges of letters provided for the creation of a Tripartite Committee

“for the purpose of approaching the International Court of Justice, and satisfying the necessary requirements to have the dispute submitted to the Court . . .”.

In Bahrain’s view, the latter provision imported that the Tripartite Committee would prepare a special agreement, an interpretation, it contends, that is borne out by the subsequent activities of the Tripartite Committee which were in fact exclusively directed towards conclusion of a special agreement. Why create the machinery of a Tripartite Committee if not to prepare, and only to prepare, a special agreement? If the intention had been to authorize unilateral application, no committee at all would have been needed or established.

Qatar in these proceedings has however maintained that, by reason of

si elles n'apportent pas la confirmation du sens...» (Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, 1968, *Documents officiels*, p. 198.)

Il est révélateur pour l'affaire dont la Cour est saisie qu'aucun des conseils de l'une ou l'autre Partie ne semble avoir envisagé qu'il puisse être discutable ou hors de propos de centrer leur argumentation sur le contenu des travaux préparatoires. Aucune des deux Parties n'a laissé entendre que le texte du traité était tellement clair que la Cour serait fondée à refuser d'apprécier dans sa décision le poids des travaux préparatoires. Embourbées comme elles l'étaient dans les profondes ambiguïtés du texte, les Parties ont pu commettre cette omission significative. De même, aucune des Parties n'a fait valoir que les travaux préparatoires étaient fragmentaires, peu concluants ou justifiaient par ailleurs qu'on en fasse abstraction ou l'économie.

#### LES FAITS ET LE DROIT EN L'ESPÈCE

La Cour fonde sa compétence sur les engagements pris par Qatar et Bahreïn en 1987 et en 1990. Elle a conclu que les échanges de lettres de 1987 et le procès-verbal de Doha de 1990 constituaient des accords internationaux créant des droits et des obligations pour les Parties. Elle ne dit pas — et Qatar ne le soutenait pas davantage en l'occurrence — que les engagements pris en 1987 suffisent à fonder sa compétence. Il n'est donc pas contesté que le consentement de Qatar et de Bahreïn à être liés par la disposition aux termes de laquelle

«toutes les questions en litige seront soumises à la Cour internationale de Justice, à La Haye, pour qu'elle rende une décision définitive et obligatoire pour les deux parties...»

n'est pas en lui-même déterminant. Comme les Parties en conviennent, et comme la Cour leur en donne acte, le contenu de ces questions en litige n'a pas été défini en 1987. En outre, les échanges de lettres de 1987 prévoyaient la constitution d'une commission tripartite

«en vue d'entrer en rapport avec la Cour internationale de Justice et d'accomplir les formalités requises pour que le différend soit soumis à la Cour...»

De l'avis de Bahreïn, cette dernière disposition signifiait que la commission tripartite élaborerait un compromis, interprétation corroborée, d'après lui, par les travaux ultérieurs de la commission tripartite qui, de fait, ont porté exclusivement sur la rédaction d'un compromis. Pourquoi créer un organe comme la commission tripartite si ce n'était pour préparer, et seulement pour préparer, un compromis? Si l'intention avait été d'autoriser le dépôt d'une requête unilatérale, une commission n'aurait été ni nécessaire ni créée.

Quant à lui, Qatar a soutenu en l'espèce que, par les engagements

the cumulative commitments undertaken in 1987 and 1990, the Parties unconditionally conferred jurisdiction on the Court to deal with the matters in dispute between them. Qatar contends that, in the intention of the Parties, a special agreement was but one possible mode of approaching the Court and satisfying its requirements for submission of the dispute, a position with which the Court agrees in today's Judgment.

Yet, in 1987, in the draft letter to the Court's Registrar which it presented to Bahrain for its agreement with a view to submitting the case to the Court, Qatar provided for "preparing the *necessary* Special Agreement in this respect . . ." (Memorial of Qatar, Ann. II.18, p. 2; emphasis added). Qatar's letter hardly supports the Court's conclusion in this Judgment that

"everything tends to suggest that, if the Committee explored that possibility [of a special agreement], it did so simply because that course appeared to it, at the time, to be the most natural and the best suited to give effect to the consent of the Parties" (para. 28).

On the contrary, the contemporaneous evidence of Qatar itself indicates that the Parties — Qatar no less than Bahrain — saw conclusion of a special agreement as "necessary". So the Court's conclusion in this regard may be one of several that is not so "clear".

Be that as it may, it remains uncontested that of themselves the 1987 exchanges of letters are accepted by the Parties as insufficient to found the jurisdiction of the Court. If it had been the meaning of the 1987 exchanges to authorize immediate and unilateral application to the Court, one or the other Party presumably would have exercised that authority. Yet it took Qatar another four years to submit its Application. Moreover, in the oral hearings, Qatar's counsel acknowledged that:

"Qatar has not asserted that the terms of the 1987 Agreement by themselves provided an immediate basis for enabling the Court to exercise its jurisdiction." (CR 94/1, p. 49.)

Thus any finding of jurisdiction can be based only on the combined effect of the 1987 and 1990 commitments. It is accordingly necessary to examine the meaning of the 1990 Doha Minutes. In pertinent part, they provide:

"The good offices of the Custodian of the Two Holy Mosques, King Fahd Ben Abdul Aziz, shall continue between the two countries until . . . May 1991. Once that period has elapsed, the two parties may submit the matter to the International Court of Justice in accordance with the Bahraini formula, which has been accepted by Qatar, and with the procedures consequent on it. The good offices of the Kingdom of Saudi Arabia will continue during the period when the matter is under arbitration."

cumulés auxquels elles ont souscrits en 1987 et en 1990, les Parties avaient inconditionnellement conféré compétence à la Cour pour que celle-ci examine toutes les questions en litige entre elles. Qatar a fait valoir que, dans l'intention des Parties, la conclusion d'un compromis n'était que l'une des manières d'entrer en rapport avec la Cour et de satisfaire aux exigences applicables pour saisir celle-ci du différend; par le présent arrêt, la Cour se rallie à cette thèse.

Néanmoins, le projet de lettre au Greffier que Qatar avait soumis en 1987 à l'approbation de Bahreïn en vue de porter le différend devant la Cour indiquait qu'il faudrait «rédiger le compromis *nécessaire* à cet égard...» (mémoire de Qatar, annexe II.18, p. 2; les italiques sont de moi). Cette lettre de Qatar n'était guère la conclusion à laquelle la Cour est arrivée dans le présent arrêt, quand elle dit que:

«tout porte à croire que si la commission a exploré cette voie [du compromis], c'est simplement parce que celle-ci lui a paru, à l'époque, la plus naturelle et la plus propre à donner effet au consentement des Parties» (par. 28).

Au contraire, les éléments de preuve de l'époque, que Qatar lui-même a apportés, indiquent que les Parties — Qatar tout autant que Bahreïn — considéraient la conclusion d'un compromis comme «nécessaire». Ainsi, la conclusion de la Cour sur ce point est sans doute au nombre de celles qui ne sont pas si «claires».

Quoi qu'il en soit, il demeure admis que les Parties considèrent que les échanges de lettres de 1987 ne suffisent pas à fonder la compétence de la Cour. Si ces échanges avaient autorisé le dépôt immédiat d'une requête unilatérale, l'une ou l'autre des Parties aurait sans doute exercé cette faculté. Or, quatre ans se sont écoulés avant que Qatar ne dépose sa requête. De plus, lors des audiences, le conseil de Qatar a reconnu que:

«Qatar n'a[vait] pas prétendu que les termes de l'accord de 1987 constituaient en eux-mêmes une base immédiate qui permette l'exercice de la compétence de la Cour.» (CR 94/1, p. 49.)

Par conséquent, toute conclusion sur la compétence ne peut se fonder que sur les effets conjugués des engagements de 1987 et de 1990. Il convient donc de rechercher le sens du procès-verbal de Doha de 1990. Son passage pertinent est ainsi libellé:

«Les bons offices du Serviteur des deux Lieux saints, le roi Fahd Ben Abdul Aziz, se poursuivront entre les deux pays jusqu'au mois de ... mai 1991. A l'expiration de ce délai, les deux parties pourront soumettre la question à la Cour internationale de Justice conformément à la formule bahreïnite, qui a été acceptée par Qatar, et aux procédures qui en découlent. Les bons offices de l'Arabie saoudite se poursuivront pendant que la question sera soumise à l'arbitrage.»

The main difference between the Parties in this phase of the case, the focus of dispute in their exchange of written pleadings and of expert opinions and in oral argument, was over the meaning of the phrase, “the two parties”, as it was rendered in the original Arabic by the expression “al-tarafan”. As the Court recalls in its Judgment, this provision derived from a draft presented at Doha by the Government of Oman, which, as proposed by Oman, read: “Once that period has elapsed, either of the two parties may submit the matter to the International Court of Justice.” Bahrain required the amendment of this provision to specify in place of “either of the two parties” the expression “al-tarafan”, i.e., “the two parties”. Bahrain thus insisted on deletion of authorization for “either of” the two Parties to seise the Court. Qatar accepted that amendment.

There are three views about the significance of the change in the Omani text which was brought about in this way.

Bahrain maintains that its insistence, as the price of its signature of the Doha Minutes, on changing “either of the two parties” to “the two parties” demonstrates that its intention was to exclude unilateral recourse to the Court. In my view, that interpretation is not only plausible but persuasive.

Qatar claims that the purpose of the change was to make “clear that both Qatar *and* Bahrain had the right to make a unilateral application to the Court”. The Agent of Qatar maintained in the second round of the hearings — in the ultimate word of Qatar on this crucial question — the following:

“Now, what about the Omani draft? Again, there is no evidence of a rejection of unilateral application. On the Omani draft, Bahrain simply changed ‘either of the parties’ to ‘the parties’, thus making clear that both Qatar *and* Bahrain had the right to make a unilateral application to the Court. Bahrain also added a reference to the Court’s procedures. I believe that these objective changes to the text are not at all rejections of the agreement reached during discussions at Doha that reference to the Court could now be by unilateral application, but rather subjective statements of the alleged intentions of Bahrain’s negotiators.” (CR 94/7, p. 16.)

One has only to read this argument to reject it.

If the object of the Parties — if their common intention — was to make clear that “both Qatar *and* Bahrain had the right to make a unilateral application to the Court”, the provision that “either of the two parties may submit the matter” would have been left unchanged. That wording achieved that object clearly, simply, and precisely. As it was, that unchanged phraseology authorized either of the two Parties to make unilateral application to the Court. To suggest that the change of that

Le principal sujet de désaccord entre les Parties au cours de la phase actuelle de la procédure, ainsi que la question litigieuse sur laquelle se sont centrés leurs échanges de pièces écrites et d'expertises et leurs plaidoiries, porte sur le sens du membre de phrase «les deux parties», rendu dans l'original arabe par l'expression «*al-tarafan*». Comme la Cour le rappelle dans son arrêt, cette disposition est tirée d'un projet présenté à Doha par le Gouvernement omanais, qui, dans la version proposée par Oman, se lisait comme suit: «A l'expiration de ce délai, l'une ou l'autre des parties peut soumettre l'affaire à la Cour internationale de Justice.» Bahreïn a demandé que cette disposition fût amendée, pour remplacer «l'une ou l'autre des parties» par «*al-tarafan*», c'est-à-dire «les deux parties». Bahreïn a donc insisté pour que l'autorisation de saisir la Cour donnée à «l'une ou l'autre des parties» fût supprimée, et Qatar a accepté cet amendement.

Trois points de vue s'affrontent sur la portée de la modification ainsi apportée au texte omanais.

Bahreïn soutient que son insistance à faire remplacer «l'une ou l'autre des parties» par «les deux parties», remplacement qu'il a posé comme condition de sa signature du procès-verbal de Doha, démontre qu'il avait pour intention d'exclure une saisine unilatérale de la Cour. A mon sens, cette interprétation est non seulement plausible, mais convaincante.

Qatar fait valoir que ce changement visait à indiquer «clairement que Qatar et Bahreïn avaient chacun le droit de déposer une requête unilatérale auprès de la Cour». Lors du deuxième tour de plaidoiries, l'agent de Qatar a soutenu ce qui constitue la dernière position de Qatar sur cette question cruciale:

«Maintenant, qu'en est-il du projet omanais? Là encore, il n'existe aucune preuve de l'exclusion d'une requête unilatérale. Sur le projet omanais, Bahreïn a simplement remplacé «l'une ou l'autre des parties» par «les parties», indiquant ainsi clairement que Qatar *et* Bahreïn avaient chacun le droit de déposer une requête unilatérale auprès de la Cour. Bahreïn a également ajouté une référence aux procédures de la Cour. Je pense que ces modifications objectives du texte ne constituent nullement des répudiations de l'accord réalisé durant les discussions à Doha pour que la Cour puisse désormais être saisie par la voie d'une requête unilatérale, mais plutôt des affirmations subjectives des intentions qui auraient été celles des négociateurs de Bahreïn.» (CR 94/7, p. 16.)

Il suffit de lire cet argument pour le rejeter.

Si l'objectif des Parties — si leur intention commune — était d'indiquer clairement que «Qatar *et* Bahreïn avaient chacun le droit de déposer une requête unilatérale auprès de la Cour», la disposition aux termes de laquelle «l'une ou l'autre des parties peut soumettre l'affaire...» n'aurait pas été modifiée. Sous cette forme, elle atteignait cet objectif clairement, simplement et précisément. Tel quel, non modifié ce libellé permettait à l'une ou à l'autre Partie de déposer une requête unilatérale auprès de la

phraseology to “the two parties” rather imports that each of the Parties — because of that change — is entitled to make a unilateral application to the Court is unintelligible. And for the Qatari Agent to state that these “objective changes to the text” of the Omani draft — to the *text* — are “subjective statements of the alleged intentions of Bahrain’s negotiators” is equally incomprehensible. How could recorded changes in a text accepted by both sides have been no more than “subjective statements of the alleged intentions of Bahrain’s negotiators”?

Moreover, even if, as Qatar appears to argue, the change in the text is taken to have manifested the intentions only of Bahrain’s negotiators, and not Qatar’s, does not this argument of Qatar concede that a common intention of both Parties to authorize unilateral application was lacking?

For its part, the Court states:

“the Court does not consider it necessary to resort to supplementary means of interpretation in order to determine the meaning of the Doha Minutes . . . however, as in other cases . . . it considers that it can have recourse to such supplementary means in order to seek a possible confirmation of its interpretation of the text” (Judgment, para. 40).

It then summarizes the arguments of the Parties on the *travaux préparatoires*, and concludes:

“The Court notes that the initial Omani draft expressly authorized a seisin by one or the other of the Parties, and that that formulation was not accepted. But the text finally adopted did not provide that the seisin of the Court could only be brought about by the two Parties acting in concert, whether jointly or separately. The Court is unable to see why the abandonment of a form of words corresponding to the interpretation given by Qatar to the Doha Minutes should imply that they must be interpreted in accordance with Bahrain’s thesis. As a result, it does not consider that the *travaux préparatoires*, in the form in which they have been submitted to it — i.e., limited to the various drafts mentioned above — can provide it with conclusive supplementary elements for the interpretation of the text adopted; whatever may have been the motives of each of the Parties, the Court can only confine itself to the actual terms of the Minutes as the expression of their common intention, and to the interpretation of them which it has already given.” (Para. 41.)

In my view, such explanation as the Court thus offers in support of its position that the *travaux préparatoires* do not provide it with conclusive supplementary elements for interpretation of the text is unconvincing. Because “the text finally adopted did not provide that the seisin of the Court could only be brought about by the two Parties acting in con-

Cour. On ne s'explique pas comment le remplacement de ce libellé par «les deux parties» pourrait signifier que chacune des Parties — en raison de ce changement — était autorisée à déposer une requête unilatérale auprès de la Cour. Et il est tout aussi incompréhensible de soutenir, comme l'agent de Qatar l'a fait, que ces «modifications objectives du texte» du projet omanais — du *texte* — étaient des «affirmations subjectives des intentions qui auraient été celles des négociateurs de Bahreïn». Comment des modifications consignées dans un texte agréé par les deux Parties auraient-elles pu n'être rien de plus que des «affirmations subjectives des intentions qui auraient été celles des négociateurs de Bahreïn»?

En outre, même si, comme semble le soutenir Qatar, on considère que la modification apportée au texte exprimait l'intention des négociateurs de Bahreïn, et non pas celle des négociateurs de Qatar, cet argument de Qatar ne revient-il pas à admettre que l'intention commune des deux Parties d'autoriser le dépôt d'une requête unilatérale faisait défaut?

Pour sa part, la Cour dit que:

«[elle] ne considère pas nécessaire de faire appel à des moyens complémentaires d'interprétation pour déterminer le sens du procès-verbal de Doha ... toutefois, comme dans d'autres affaires ..., elle estime pouvoir recourir à ces moyens complémentaires pour y rechercher une confirmation éventuelle de l'interprétation qu'elle a tirée du texte» (arrêt, par. 40).

Elle résume ensuite les arguments des Parties sur les travaux préparatoires et conclut:

«La Cour constate que le projet omanais initial autorisait explicitement une saisine par l'une ou l'autre des Parties et que cette formulation n'a pas été retenue. Mais le texte finalement agréé ne dispose pas que la saisine de la Cour ne peut être opérée que par les deux Parties agissant de concert, soit conjointement, soit séparément. La Cour ne voit pas pourquoi l'abandon d'une rédaction correspondant à l'interprétation que Qatar donne du procès-verbal de Doha impliquerait que celui-ci dût être interprété selon la thèse de Bahreïn. En conséquence elle n'estime pas pouvoir tirer des travaux préparatoires tels qu'ils lui ont été présentés — c'est-à-dire réduits aux divers projets susmentionnés — d'éléments complémentaires déterminants pour l'interprétation du texte agréé; quelles qu'aient pu être les motivations de chacune des Parties, la Cour ne peut que s'en tenir aux termes mêmes du procès-verbal traduisant leur commune intention et à l'interprétation qu'elle en a déjà donnée.» (Par. 41.)

A mon sens, l'explication ainsi avancée par la Cour, pour étayer son point de vue selon lequel les travaux préparatoires ne lui fournissent pas d'éléments complémentaires déterminants pour l'interprétation du texte, n'est pas convaincante. Parce que «le texte finalement agréé ne dispose pas que la saisine de la Cour ne peut être opérée que par les deux Parties

cert . . .”, the Court “is unable to see why the abandonment of a form of words corresponding to the interpretation given by Qatar to the Doha Minutes should imply that they must be interpreted in accordance with Bahrain’s thesis”. But since deletion of the specification, “either of the two parties may submit the matter to the International Court of Justice” in favour of the adopted provision, “the two parties may submit the matter . . .” surely manifested Bahrain’s intention that “either of the two parties” may *not* submit the matter, the Court’s inability to see so plain a point suggests to me its unwillingness to do so.

In preceding passages of the Judgment, the Court holds that an interpretation other than that it chooses “would deprive the phrase of its effect and could well, moreover, lead to an unreasonable result” (para. 35). But in interpreting the meaning of the deletion of the phrase, “either of”, the Court deprives that deletion — and hence the text adopted by the Parties — of its effect and produces what in my view is “an unreasonable result”. If it was not the intention of Bahrain to require joint seisin of the Court by insisting on, and achieving, the excision of the provision permitting “either of” the two Parties to submit the matter to the Court, what was its intention?

The Court concludes that,

“whatever may have been the motives of each of the Parties, the Court can only confine itself to the actual terms of the Minutes as the expression of their common intention, and to the interpretation of them which it has already given” (para. 41).

The Court’s choice of the word “motives” is revealing of its devaluation of the intention of the Parties. But the fundamental flaw in its reasoning, as I see it, is the contention that it adheres to the actual terms of the Minutes “as the expression of their common intention” when I believe that it is demonstrable — and has been demonstrated — that their common intention could not have been to authorize unilateral application to the Court.

Thus in my view the Court’s construction of the Doha Minutes is at odds with the rules of interpretation prescribed by the Vienna Convention. It does not comport with a good faith interpretation of the treaty’s terms “in the light of its object and purpose” because the object and purpose of both Parties to the treaty was not to authorize unilateral recourse to the Court. It does not implement the Convention’s provision for recourse to the preparatory work, because, far from confirming the meaning arrived at by the Court’s interpretation, the preparatory work vitiates it. Moreover, the Court’s failure to determine the meaning of the treaty in the light of its preparatory work results, if not in an unreasonable interpretation of the treaty itself, in an interpretation of the preparatory work which is “manifestly . . . unreasonable”.

Since, by using evidence submitted by both sides whose accuracy and comprehensiveness is contested by neither, Bahrain has demonstrated that its intention in signing the Doha Minutes was to exclude unilateral

agissant de concert», la Cour «ne voit pas pourquoi l'abandon d'une rédaction correspondant à l'interprétation que Qatar donne du procès-verbal de Doha impliquerait que celui-ci dût être interprété selon la thèse de Bahreïn». Mais la suppression des mots «l'une ou l'autre des parties peut soumettre l'affaire à la Cour internationale de Justice» et leur remplacement par «les deux parties pourront soumettre l'affaire...» indiquaient de manière manifeste que Bahreïn *n'*entendait pas que l'une ou l'autre des parties puisse soumettre l'affaire; il me semble que si la Cour ne voit pas quelque chose d'aussi clair, c'est faute d'être disposée à le voir.

Plus haut dans son arrêt, la Cour a conclu qu'une interprétation différente de celle qu'elle retient «priverait le membre de phrase de son effet utile et risquerait en outre d'aboutir à des résultats déraisonnables» (par. 35). Mais l'analyse que fait la Cour de la suppression du membre de phrase «l'une ou l'autre des parties» prive justement cette suppression — et, partant, le texte adopté par les Parties — de son sens utile et conduit, à mon sens, à un «résultat déraisonnable». Si, en insistant pour que la disposition permettant à «l'une ou l'autre des parties» de soumettre l'affaire à la Cour fût supprimée, et en obtenant cette suppression, Bahreïn n'avait pas pour intention d'exiger la saisine conjointe de la Cour, alors quelle était son intention?

La Cour conclut que

«quelles qu'aient pu être les motivations de chacune des Parties, la Cour ne peut que s'en tenir aux termes mêmes du procès-verbal traduisant leur commune intention et à l'interprétation qu'elle en a déjà donnée» (par. 41).

Que la Cour ait choisi le mot «motivations» est révélateur de sa dépréciation de l'intention des Parties. Mais, à mon avis, la faille essentielle de son raisonnement réside en ce qu'elle prétend s'en tenir aux termes mêmes du procès-verbal «traduisant leur commune intention», alors que je pense que l'on peut démontrer — ce qui a été fait — que leur intention commune ne pouvait être d'autoriser une saisine unilatérale de la Cour.

Ainsi, à mon sens, l'analyse que la Cour fait du procès-verbal de Doha est en désaccord avec les règles d'interprétation de la convention de Vienne. Elle ne satisfait pas à l'exigence d'une interprétation de bonne foi des termes du traité «à la lumière de son objet et de son but», puisque l'objet et le but des deux Parties au traité n'étaient pas d'autoriser la saisine unilatérale de la Cour. Elle ne met pas en œuvre la disposition de la convention sur le recours aux travaux préparatoires parce que, loin de confirmer le sens que son interprétation a dégagé, les travaux préparatoires le contredisent. En outre, la carence de la Cour à déterminer le sens du traité à la lumière des travaux préparatoires conduit, si ce n'est à une interprétation déraisonnable du traité lui-même, du moins à une interprétation «manifestement ... déraisonnable» des travaux préparatoires.

Vu que, sur la base des moyens de preuve produits par les deux Parties dont le caractère exact et complet n'est contesté par aucune d'elles, Bahreïn a démontré qu'en signant le procès-verbal de Doha son intention

application to the Court, since Qatar's rebuttal of that demonstration is unconvincing, and since the Court's analysis on that critical point is no more convincing, it follows that the 1987 exchanges of letters and 1990 Minutes do not suffice to support a finding of the Court's jurisdiction. The requisite common, ascertainable intention of the Parties to authorize unilateral reference to the Court is absent. Its absence is — or should have been — determinative.

The Court may believe itself justified in discounting the *travaux préparatoires* because the meaning of the actual terms of the Doha Minutes as it construes them is "clear". But if that is the purport of the Court's Judgment, that position is hardly tenable. The expression in the Doha Minutes of "al-tarafan", however translated, is quintessentially unclear; as the Court itself acknowledges, it is capable of being construed as meaning jointly or separately. The term is inherently ambiguous. Is the Court's analysis of other provisions of the Doha Minutes such as to render clear what is opaque?

Not in my view. The Court's analysis consists of several, cumulative arguments. The first turns on the provision of the Doha Minutes that, "Once that period has elapsed, the two parties may submit the matter to the International Court of Justice." The Court maintains that the word "may", in its ordinary meaning, envisages a possibility, or even a right. Accordingly, in the first place, and in its most natural sense, the provision suggests the option or right for them to seise the Court:

"Taken as such, in its most ordinary meaning, that expression does not require a seisin by both Parties acting in concert but, on the contrary, allows a unilateral seisin." (Para. 35.)

True enough. But equally, that expression does not require a unilateral seisin, or disallow a joint seisin. What clear light then does the word "may" shed?

The Court then maintains that the proviso, "Once that period has elapsed", imports that unilateral application is in order. Any other interpretation would, the Court maintains, deprive the provision of its effect. But that is not so, if the provision is interpreted to mean no more than that, during the renewed five-month period of the good offices of the Saudi Arabian Government, there may be no recourse to the Court; once that period has elapsed, there may be.

The Court continues that the purpose of the Doha Minutes was "to advance the settlement of the dispute by giving effect to the formal commitment of the Parties to refer it to the Court" and that this purpose implies that unilateral application is permitted since joint application had been shown to have been unachievable. But does not the Court thereby assume what is in dispute, namely, that the purpose of both Parties in signing the Doha Minutes was to advance settlement of the dispute by

était d'exclure le dépôt d'une requête unilatérale auprès de la Cour; vu que Qatar n'a réfuté cette démonstration que d'une manière peu convaincante; et vu que l'analyse de la Cour sur ce point crucial n'emporte guère plus la conviction, il s'ensuit que les échanges de lettres de 1987 et le procès-verbal de 1990 ne suffisent pas à fonder la compétence de la Cour. La nécessaire intention commune et vérifiable des Parties d'autoriser une saisine unilatérale de la Cour fait défaut. Cette absence est — ou aurait dû être — déterminante.

La Cour peut s'estimer fondée à faire abstraction des travaux préparatoires parce que le sens qu'elle dégage des termes mêmes du procès-verbal de Doha est «clair». Mais si tel est l'objectif visé par l'arrêt de la Cour, cette position est à peine soutenable. Quelque traduction qu'on en donne, l'expression «*al-tarafan*», dans le procès-verbal de Doha, est fondamentalement équivoque: elle peut signifier «conjointement» ou «séparément», comme la Cour elle-même le reconnaît. Le terme est intrinsèquement ambigu. Mais l'analyse que la Cour fait d'autres dispositions du procès-verbal de Doha est-elle de nature à clarifier ce qui est obscur?

Je ne le pense pas. L'analyse de la Cour cumule plusieurs arguments. Le premier se fonde sur la disposition du procès-verbal de Doha aux termes de laquelle «A l'expiration de ce délai, les deux parties pourront soumettre la question à la Cour internationale de Justice». La Cour soutient que, dans son sens ordinaire, le mot «pourront» vise une possibilité, voire un droit. En conséquence, en premier lieu et dans son sens le plus naturel, la disposition confère aux Parties la faculté ou le droit de saisir la Cour:

«prise comme telle, dans son sens le plus ordinaire, cette expression n'impose pas une saisine par les deux Parties agissant de concert, mais permet bien au contraire une saisine unilatérale.» (Par. 35.)

Certes. Mais cette expression n'impose pas davantage une saisine unilatérale ni n'interdit une saisine conjointe. En ce cas, quels éclaircissements le mot «pourront» apporte-t-il?

La Cour affirme ensuite qu'il découle de l'expression «A l'expiration de ce délai» que la saisine unilatérale est régulière. Selon elle, toute autre interprétation priverait ce membre de phrase de son effet utile. Mais tel n'est pas le cas si l'on considère que cette disposition signifiait simplement qu'il ne serait pas possible de saisir la Cour au cours de la nouvelle période de cinq mois impartie aux bons offices du Gouvernement saoudien, et qu'une telle saisine deviendrait possible à l'expiration de ce délai.

La Cour poursuit en affirmant que le procès-verbal de Doha avait pour but de «faire progresser le règlement du différend en donnant effet à l'engagement formel des Parties d'en saisir la Cour» et que ce but supposait la possibilité d'une requête unilatérale, puisque la saisine conjointe s'était avérée irréalisable. Mais la Cour ne postule-t-elle pas ainsi ce qui constitue l'objet du différend, à savoir que le but des deux Parties, en signant le procès-verbal de Doha, était de faire progresser le règlement

authorizing unilateral application? An equally plausible construction of the events that transpired at Doha was that Bahrain inexorably maintained its position that the dispute could be settled only by joint referral to the Court by way of special agreement of the dispute in all its elements. If that position constituted no “advance”, it may nevertheless have constituted Bahrain’s position.

All this is not to say that the Court’s construction of the provision that, once the period for the renewed good offices of Saudi Arabia has elapsed, the two Parties may submit the case to the Court, is implausible. It is to say that it is not the sole, or necessarily the most, plausible construction that can be made. It may alternatively be maintained that these provisions of the Doha Minutes rather mean that (a) the good offices of Saudi Arabia in addressing the substance of the dispute between Bahrain and Qatar shall continue until May 1991; (b) during that period, the case cannot be submitted to the Court; (c) once that period has elapsed, the two Parties may submit the case to the Court; (d) during the time of the consideration of the case by the Court, Saudi Arabia may continue its good offices directed to a substantive settlement; and (e) if such a settlement is attained, the case shall be withdrawn from the Court.

What do these provisions, so interpreted, do that would not have obtained without them?

They do indicate that, not only would Saudi Arabia extend its efforts to bring about a substantive settlement, but that, during the five months of that period, the case could not be brought; thereafter it could be. The text has its striking ambiguities about whether the case then could be brought jointly or separately. But these provisions of themselves do not demonstrate that the meaning of the Doha document is that, after the end of the five-month period, each of the two Parties unilaterally could submit the case and effectively seize the Court of it. For five months, the Parties agreed to deny themselves recourse to the Court in deference to a renewed Saudi Arabian effort to settle their differences; after that period, “the two parties may” — not shall but may — submit it to the Court. The word “may” imports uncertainty and permissiveness rather than certainty and obligation. Why? It may be argued, because, given the record of their negotiations, it was clear that the Parties might or might not reach agreement on the terms of a special agreement. Thus, contrary to the Court’s interpretation, the word “may” can be interpreted to cut not in favour but against the Qatari contentions.

What the text and context of the Doha Minutes leave so unclear is, however, crystal clear when those Minutes are analysed with the assistance of the *travaux préparatoires*. None of the usual arguments mar-

du différend en autorisant la saisine unilatérale? Il est tout aussi plausible de considérer qu'il ressort des événements qui ont eu lieu à Doha que Bahreïn a maintenu imperturbablement sa position selon laquelle le différend ne pouvait être réglé que s'il était soumis conjointement à la Cour dans son intégralité par la voie d'un compromis. Telle pourrait bien avoir été la position de Bahreïn, même si elle ne représentait pas un «progrès».

Tout cela ne revient pas à dire que la Cour donne de cette disposition une interprétation qui n'est pas plausible en considérant qu'à l'expiration de la nouvelle période dévolue aux bons offices de l'Arabie saoudite les deux Parties pourraient lui soumettre le différend. Cela revient à dire que ce n'est pas la seule interprétation possible, ni même nécessairement la plus plausible. On peut aussi bien faire valoir que ces dispositions du procès-verbal de Doha signifiaient plutôt: *a)* que les bons offices de l'Arabie saoudite consacrés à l'examen au fond du différend entre Bahreïn et Qatar devaient se poursuivre jusqu'en mai 1991; *b)* qu'au cours de cette période le différend ne pourrait être porté devant la Cour; *c)* qu'à l'expiration de cette période les deux Parties pourraient soumettre l'affaire à la Cour; *d)* qu'au cours de l'examen de l'affaire par la Cour l'Arabie saoudite pourrait poursuivre ses bons offices en vue du règlement quant au fond; et *e)* qu'au cas où un tel règlement interviendrait les Parties se désisteraient de leur action devant la Cour.

Quel est l'effet de ces dispositions, selon l'interprétation que je viens d'en donner, qui n'aurait pu être obtenu sans elles?

Elles indiquent non seulement que l'Arabie saoudite poursuivrait ses efforts en vue d'un règlement quant au fond, mais aussi qu'au cours de cette période de cinq mois le différend ne pourrait pas être soumis à la Cour; à l'expiration de cette période, une telle soumission serait possible. Le texte présente des ambiguïtés saisissantes quant au point de savoir si l'affaire pourrait alors être portée devant la Cour conjointement ou séparément. Mais ces dispositions ne démontrent pas que le document de Doha signifie qu'à l'expiration de la période de cinq mois chacune des deux Parties pourrait unilatéralement soumettre l'affaire et en saisir la Cour valablement. Par respect pour le nouvel effort déployé par l'Arabie saoudite en vue de régler leurs différends, les Parties sont convenues de s'interdire de recourir à la Cour pour une période de cinq mois; à l'expiration de cette période, «les deux parties pourront soumettre» — non pas «soumettront» mais «pourront soumettre» l'affaire à la Cour. Le verbe «pourront» dénote une incertitude et une faculté plutôt qu'une certitude et une obligation. Pourquoi? On peut soutenir qu'à en juger par l'historique de leurs négociations il était clair que les Parties pourraient parvenir ou non à un accord sur les termes d'un compromis. Ainsi, contrairement à ce qu'a fait la Cour, on peut interpréter le verbe «pourront» comme étant non pas favorable, mais contraire aux prétentions qataries.

Toutefois, ce qui reste si confus d'après le texte et le contexte du procès-verbal de Doha devient évident quand on analyse ce procès-verbal à l'aide des travaux préparatoires. Aucun des arguments habituellement

shalled in opposition to the use of *travaux* apply. The preparatory work in this instance is not fragmentary, it is complete. Neither of the Parties suggested that there is a scrap more; the whole of the record has been placed before the Court. The preparatory work is not composed of partial, self-serving statements made by one side or another in the course of a complex multilateral negotiation. Rather, a negotiation leading to signature of what has been held by the Court to be an international agreement — essentially bilateral, in form trilateral, but certainly not the complex type of multinational agreement that emerges from a global conference — produced a terse but comprehensive preparatory document which comprises all that the two Parties directly concerned had to say on the matter at that juncture of their relationship. None of the preparatory work at issue was or is secret, or known to one but not another Party. Finally, the preparatory work of itself is not ambiguous; on the contrary, a reasonable evaluation of it sustains only the position of Bahrain.

The Court provides no more explanation of why the *travaux préparatoires* do not provide it with conclusive supplementary elements for the interpretation of the text adopted than described above. But it also implies — in referring “to resort to supplementary means of interpretation — in order to seek a possible confirmation of its interpretation of the text” — that it discounts the *travaux préparatoires* on the ground that they do not confirm the meaning to which its analysis has led. In my view, such a position, if it be the position, would be hard to reconcile with the interpretation of a treaty “in good faith” which is the cardinal injunction of the Vienna Convention’s rule of interpretation. The *travaux préparatoires* are no less evidence of the intention of the parties when they contradict as when they confirm the allegedly clear meaning of the text or context of treaty provisions.

These considerations have special force when the treaty at issue is one that is construed to confer jurisdiction on the Court. Where the *travaux préparatoires* of a treaty demonstrate the lack of a common intention of the parties to confer jurisdiction on the Court, the Court is not entitled to base its jurisdiction on that treaty.

(Signed) Stephen M. SCHWEBEL.

---

avancés contre l'utilisation des travaux n'est valable en l'occurrence. En l'espèce, les travaux préparatoires ne sont pas fragmentaires, ils sont complets. Aucune des deux Parties n'a laissé entendre qu'ils comprennent la moindre pièce supplémentaire; le dossier tout entier a été mis à la disposition de la Cour. Les travaux préparatoires ne sont pas constitués de déclarations partiales et intéressées faites par l'une ou l'autre Partie au cours d'une négociation multilatérale complexe. Au contraire, des négociations aboutissant à la signature de ce que la Cour a considéré comme un accord international — bilatéral quant au fond et trilatéral dans la forme, mais certainement pas le genre d'accord multilatéral complexe issu d'une conférence à l'échelle mondiale — ont débouché sur un document préparatoire concis mais complet qui contient tout ce que les deux Parties directement concernées avaient à dire sur la question à ce stade de leur relation. Aucun élément des travaux préparatoires n'est ou n'était confidentiel ou connu d'une seule Partie. Enfin, les travaux préparatoires ne sont pas ambigus; au contraire, une appréciation raisonnable de ceux-ci milite uniquement en faveur de la position de Bahreïn.

La Cour n'explique pas davantage pourquoi les travaux préparatoires ne lui fournissent aucun moyen de preuve complémentaire déterminant aux fins de l'interprétation du texte adopté. Mais elle laisse aussi entendre — en parlant de «recourir à ces moyens complémentaires pour y rechercher une confirmation éventuelle de l'interprétation qu'elle a tirée du texte» — qu'elle fait abstraction des travaux préparatoires parce qu'ils ne confirment pas le sens que son analyse a dégagé. A mon avis, si telle est bien la position de la Cour, elle serait difficilement compatible avec une interprétation de «bonne foi», conformément à la règle qui, selon la convention de Vienne, s'impose en matière d'interprétation des traités. Les travaux préparatoires ne témoignent pas moins de l'intention des parties lorsqu'ils contredisent que lorsqu'ils confirment le sens prétendument clair du texte ou du contexte des dispositions conventionnelles.

Ces considérations sont particulièrement importantes quand le traité débattu est interprété de manière à attribuer compétence à la Cour. Si les travaux préparatoires d'un traité démontrent que les parties n'ont pas eu pour intention commune de conférer compétence à la Cour, celle-ci ne peut pas se prévaloir de ce traité pour établir sa compétence.

(Signé) Stephen M. SCHWEBEL.