

## DECLARATION OF JUDGE VERESHCHETIN

*Exclusive reliance of the Court on the 1939 decision by Great Britain relating to the Hawar Islands — Presumed consent by the Rulers of Qatar and Bahrain as the basis of this reliance — Historical and legal context of the 1939 British decision — Failure of the Court to assess the substantive legality of the 1939 decision — Disagreement with the Court's finding on the status of Qit'at Jaradah.*

1. The core issue of the dispute before the Court is the appurtenance of the Hawar Islands. Of all the possible grounds for the resolution of this principal disagreement between the Parties (original title, the principle of proximity and territorial unity, *effectivités*, the principle of *uti possidetis*, and the 1939 decision by Great Britain), the Court has chosen exclusive reliance on the latter. In my view, in the particular circumstances of the case, reliance on the decision of the former protecting Power could be possible and legally correct only in combination with recourse by the Court to the principle of *uti possidetis*, the essence of which, according to the Court's jurisprudence, lies "in its primary aim of securing respect for the territorial boundaries at the moment when independence is achieved" (*Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 566).

2. However, the Court has opted to found its Judgment purely on the presumed consent by the Rulers of Qatar and Bahrain to refer their dispute, which originated in the mid-1930s, to the British Government. Thus the Judgment of the Court on sovereignty over the Hawar Islands rests plainly and simply on the decision taken by the British Government in 1939. The Judgment states that the decision was binding at the time it was taken and "continued to be binding on [Bahrain and Qatar] after 1971, when they ceased to be British protected States" (paragraph 139 of the Judgment).

3. This characterization by the Court of the 1939 British decision implies that it was and remains a sort of legally binding third-party settlement of a territorial dispute between two sovereign States. Of necessity, this assumption must also imply that the two States under British protection at the relevant time could freely express their sovereign will to be legally bound by the British decision. They must actually, in one form or another, have made their commitments to be legally bound by this decision. In turn, the British authorities which rendered the decision must be presumed to be a neutral and impartial "third party", acting at the request of the Parties in dispute.

## DÉCLARATION DE M. VERESHCHETIN

[Traduction]

*Choix fait par la Cour de se fonder exclusivement sur la décision britannique de 1939 relative aux îles Hawar — Choix se fondant sur le consentement présumé des souverains de Qatar et de Bahreïn — Contexte historique et juridique de la décision britannique de 1939 — Défaut de la Cour d'apprécier la légalité matérielle de la décision de 1939 — Désaccord avec la conclusion à laquelle est parvenue la Cour sur le statut de Qit'at Jaradah.*

1. Le différend dont est saisie la Cour porte essentiellement sur la question de savoir à qui appartiennent les îles Hawar. Parmi tous les moyens auxquels elle pouvait recourir pour régler ce principal point de désaccord entre les Parties — le titre originaire, le principe de proximité et d'unité territoriale, les effectivités, le principe de *l'uti possidetis* et la décision britannique de 1939 —, c'est sur cette dernière que la Cour a choisi de s'appuyer exclusivement. J'estime dans les circonstances particulières de la présente affaire que se fonder sur la décision de l'ancienne puissance protectrice n'était possible et juridiquement exact que si la Cour avait invoqué parallèlement le principe de *l'uti possidetis* qui, sous son aspect essentiel, selon la jurisprudence de la Cour, «vise, avant tout, à assurer le respect des limites territoriales au moment de l'accession à l'indépendance» (*Différend frontalier, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 566*).

2. Or la Cour a choisi de fonder son arrêt exclusivement sur le fait que les souverains de Qatar et de Bahreïn auraient consenti à soumettre le différend, né entre eux au milieu des années trente, au Gouvernement britannique. La Cour fonde ainsi le volet de son arrêt concernant la souveraineté sur les îles Hawar purement et simplement sur la décision rendue par le Gouvernement britannique en 1939. Elle y précise que cette décision était obligatoire à l'époque à laquelle elle a été rendue et «a continué de l'être pour [Bahreïn et Qatar] après 1971, année au cours de laquelle ils ont cessé d'être des Etats protégés par la Grande-Bretagne» (paragraphe 139 de l'arrêt).

3. En la qualifiant ainsi, la Cour laisse entendre que la décision britannique constituait et continue de constituer en quelque sorte un règlement par tierce partie juridiquement contraignant d'un conflit territorial entre deux Etats souverains. Ce postulat suppose aussi nécessairement que les deux Etats placés sous la protection britannique à l'époque considérée pouvaient exprimer librement leur volonté souveraine d'être juridiquement obligés par la décision britannique. Ils doivent effectivement avoir pris sous une forme ou sous une autre l'engagement de respecter cette décision. Les autorités britanniques qui ont rendu la décision doivent, pour leur part, être censées avoir été une «tierce partie» neutre et impartiale, agissant à la demande des parties au litige.

4. To assess the real nature of the presumed “agreement” between Qatar and Bahrain to the effect “that the issue [of sovereignty over the Hawar Islands] would be decided by ‘His Majesty’s Government’” (paragraph 114 of the Judgment) and accordingly to assess the nature and validity of the British decision, it would be pertinent to look at the criteria developed in the Institut de droit international, which for a number of years studied the topic of the distinction between international texts with or without legal import. The Institute could not come to any definitive conclusions. Nevertheless, it is interesting to note that its Rapporteur, Professor M. Virally, in the light of the debates there, in 1982 concluded, *inter alia*, that:

“The legal or purely political character of a commitment set forth in an international text of uncertain character depends upon the intention of the parties as may be established by the usual rules of interpretation, including an *examination of the terms used to express such intention, the circumstances in which the text was adopted and the subsequent behaviour of the parties.*” (*Annuaire de l’Institut de droit international, 1992, Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)*, p. 159; emphasis added.)

5. With reference to the above standards of interpretation, one inevitably sees that the circumstances in which the undertakings by the Rulers of Qatar and Bahrain were assumed were to say the very least not conducive to the genuinely free expression of will and the free choice of a third party: the recourse to any other State but Britain, or to any international organ, being practically precluded by the terms of the “special relationship” existing between Britain and the “protected States”.

6. The Court cannot ignore the historical context in which the “consent” was given. In the past, the British Government repeatedly characterized Bahrain and Qatar as “independent States under the protection of His Majesty’s Government” (see, for instance, the statement of the Secretary of State for Foreign Affairs in the House of Commons in 1947, 445 H.C. Deb. (5th Ser.), cols. 1681-1682). However, this characterization did not accord with the terms of the “Exclusive Agreements” of 1880 and 1892 between Bahrain and Great Britain and of the 1916 “General Treaty” between Qatar and Great Britain, as well as with less formal engagements later accepted by the two “protected States” combined with the practices of the British political residents and agents. Not only all the foreign relations of the two States were conducted by the United Kingdom, but also many vital areas of the internal life of Bahrain and Qatar were placed under British control. It was only in the process of decolonization, in 1971, that Bahrain and Qatar attained a full measure of sovereignty, both internal and external.

4. Pour apprécier la véritable nature de l'«accord» présumé entre Qatar et Bahreïn aux termes duquel «la question [de la souveraineté sur les îles Hawar] serait tranchée par «le gouvernement de Sa Majesté» (paragraphe 114 de l'arrêt) et pour apprécier en conséquence la nature et la validité de la décision britannique, il serait utile d'examiner les critères dégagés par l'Institut de droit international qui a étudié pendant un certain nombre d'années la question de la distinction à opérer entre les textes internationaux ayant une portée juridique et ceux qui en sont dépourvus. L'Institut n'est parvenu à aucune conclusion définitive. Mais il vaut la peine de relever que son rapporteur, M. Virally, en 1982, a notamment tiré la conclusion suivante des débats de l'Institut :

«Le caractère, juridique ou purement politique, d'un engagement figurant dans un texte international de nature incertaine dépend de l'intention des parties telle qu'elle peut être établie par les règles habituelles en matière d'interprétation et notamment *par l'examen des termes employés pour exprimer cette intention, des circonstances dans lesquelles le texte a été adopté et du comportement ultérieur des parties.*» (*Annuaire de l'Institut de droit international, 1992, Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)*, p. 158; les italiques sont de moi.)

5. Au regard desdites règles d'interprétation, force est de constater que les circonstances dans lesquelles les souverains de Qatar et de Bahreïn ont pris des engagements n'étaient pas — c'est le moins qu'on puisse dire — propices à l'expression authentiquement libre de leur volonté et au choix libre d'une tierce partie, le recours à tout autre Etat que la Grande-Bretagne ou à tout organe international étant pratiquement interdit par les termes mêmes des «relations spéciales» existant entre la Grande-Bretagne et les «Etats protégés».

6. La Cour ne peut faire abstraction du contexte historique dans lequel ce «consentement» a été donné. Le Gouvernement britannique a dans le passé qualifié à maintes reprises Bahreïn et Qatar d'«Etats indépendants placés sous la protection du gouvernement de Sa Majesté» (voir par exemple la déclaration faite à la Chambre des communes en 1947 par le secrétaire d'Etat aux affaires étrangères, Débats de la Chambre des communes (5<sup>e</sup> série), vol. 445, col. 1681-1682). Or cette qualification ne concorde ni avec les termes des «accords exclusifs» conclus en 1880 et 1892 entre Bahreïn et la Grande-Bretagne et du «traité général» de 1916 conclu entre Qatar et la Grande-Bretagne, ni avec les engagements moins formels acceptés ultérieurement par les deux «Etats protégés», considérés en liaison avec les pratiques des résidents et agents politiques britanniques. Non seulement le Royaume-Uni dirigeait toutes les relations étrangères de ces deux Etats, mais il exerçait aussi son autorité sur de nombreux domaines des affaires intérieures de Bahreïn et de Qatar d'importance cruciale. Ce n'est qu'au cours du processus de décolonisation en 1971 que Bahreïn et Qatar ont acquis une souveraineté pleine et entière, tant sur le plan intérieur que sur le plan extérieur.

7. Also, less than clear for determining the nature of the undertakings are the terms used by the Rulers of Bahrain and Qatar in response to the initiative taken by Great Britain. Thus, as reflected in the Judgment (para. 118), on 10 May 1938 the Ruler of Qatar wrote to the British political Agent to complain that “the Bahrain Government [were] making interferences at Hawar” and to ask the British to “do what is necessary in the matter”. One can hardly read into these words a specific commitment by the Ruler of Qatar to be legally bound by the British actions relating to the attribution of the disputed Islands. In the later stages of the process the Ruler of Qatar repeatedly expressed his expectations that the British Government would approach the matter “in the light of truth and justice” or “in the light of justice and equity”.

8. Certainly, legal characterization of the British involvement in the settlement of the dispute was not a matter of special consideration by the States concerned. For the British authorities it was a matter of course that they could act on their own authority. For Bahrain and Qatar the appeal to the British Government was not a choice, it was the only option, the single avenue open to them. It is regrettable that the Court, having placed complete reliance on the presumed consent by the Rulers of Qatar and Bahrain to be legally bound by the British decision, has not paid due attention to a very revealing document prepared by an official of the British Foreign Office, who in 1964 arrived at the following conclusion based on a thorough study of the history of the British decision:

“Neither of the two Rulers was asked beforehand to promise his consent to the award, nor afterwards to give it. H.M.G. simply ‘made’ the award. Although it followed the form of an arbitration to some extent, it was imposed from above, and no question of its validity or otherwise was raised. It was quite simply a decision which was taken for practical purposes in order to clear the ground for oil concessions.” (Reply of Bahrain, Vol. 2, Ann. 2, p. 4.)

9. As to another criterion for the assessment of international texts of uncertain character mentioned by the Rapporteur of the Institut de droit international — the subsequent behaviour of the Parties — the constant protests of the Ruler of Qatar against the British decision speak for themselves. When the British decision was taken it was immediately protested against by Qatar as “unjust and inequitable”. It was termed by Qatar the “*opinion*” of the British Government on the matter and the request was made that “the question may be considered again and that enquiries may again be made into it”. The Ruler of Qatar stated that he “reserve[d] for [himself his] rights to the Hawar Islands until the true position ha[d] become clear” (paragraph 134 of the Judgment).

7. Les termes employés par les souverains de Bahreïn et de Qatar face à l'initiative prise par la Grande-Bretagne ne sont guère non plus d'une clarté permettant de se prononcer sur la nature des engagements contractés. Comme l'indique l'arrêt (par. 118), le souverain de Qatar écrit le 10 mai 1938 à l'agent politique britannique pour se plaindre de ce que «le Gouvernement de Bahreïn [voulait] s'ingérer dans les affaires de Hawar» et pour demander aux Britanniques de «[faire] le nécessaire dans cette affaire». On ne saurait guère voir dans ces phrases un engagement précis du souverain de Qatar d'être juridiquement lié par les actes du Gouvernement britannique en ce qui concerne l'attribution des îles litigieuses. Le souverain de Qatar a exprimé à maintes reprises par la suite son espoir de voir le Gouvernement britannique aborder la question «dans un esprit de vérité et de justice» ou «en s'inspirant de la justice et de l'équité».

8. Les Etats intéressés ne se souciaient certes pas particulièrement de la qualification juridique à donner à la participation de la Grande-Bretagne au règlement du différend. Pour les autorités britanniques, il était évident qu'elles pouvaient agir de leur propre initiative. Pour Bahreïn et Qatar, s'adresser au Gouvernement britannique n'était pas une faculté, c'était leur seule option, la seule voie qui s'offrait à eux. Il est regrettable que la Cour, s'étant fondée entièrement sur le consentement qu'auraient donné les souverains de Qatar et de Bahreïn à être juridiquement liés par la décision britannique, n'ait pas tenu compte comme il se doit de documents très révélateurs d'un fonctionnaire du Foreign Office qui est parvenu en 1964 à la conclusion suivante à l'issue d'une étude approfondie de l'histoire de la décision britannique :

«Aucun des deux souverains n'a été invité à s'engager au préalable à reconnaître la sentence, ni à le faire par la suite. Le gouvernement de Sa Majesté a simplement «rendu» la sentence. Si celle-ci a pris la forme d'un arbitrage dans une certaine mesure, elle a néanmoins été imposée d'en haut, et aucune question n'a été soulevée quant à sa validité par exemple. Il s'agissait simplement d'une décision prise pour des raisons pratiques afin de préparer le terrain pour les concessions pétrolières.» (Réplique de Bahreïn, vol. 2, annexe 2, p. 4.)

9. Quant à l'autre critère mentionné par le rapporteur de l'Institut de droit international — le comportement ultérieur des Parties — pour apprécier la portée de textes internationaux de nature incertaine, les protestations continues élevées par le souverain de Qatar contre la décision britannique se passent de commentaires. Qatar a immédiatement protesté contre la décision britannique dès qu'elle a été rendue, la qualifiant d'«injuste et inéquitable». Qatar l'a qualifiée d'«avis» du Gouvernement britannique sur la question et a demandé «que la question puisse être réexaminée et que des recherches supplémentaires puissent être effectuées». Le souverain de Qatar a ajouté: «je réserve mes droits sur les îles Hawar jusqu'à ce que la question soit véritablement éclaircie» (paragraphe 134 de l'arrêt).

10. The foregoing does not lead me to conclude that the 1939 British decision is “null and void” or that it has no impact at all on the present legal situation, as contended by Qatar in its pleadings before the Court. I merely wish to say that this decision cannot be viewed as a fully-fledged third-party legal settlement of the dispute; much less can it be mechanically treated by the Court as if it had the character of *res judicata*. The legal effect of this administrative decision of the former protecting Power (the principle of *uti possidetis* set aside) cannot be the same in the assessment of the International Court of Justice in 2001 as it could have been for the two “protected States” at the time of its adoption in 1939, in an absolutely different legal and political setting. Even with the assumptions and presumptions of the consent by the Rulers of Bahrain and Qatar, the Court did not necessarily have to lend its imprimatur to the British decision without looking into its substantive grounding in law. The so-called “Bahraini formula”, although not specifically required to do so, did not exclude a review by the Court of the British decision.

11. The Court should have analysed more deeply not only the formal procedural aspects of the British decision but also, and especially, whether it was well founded in law, in other words, the substance of the decision, and should have rectified it if appropriate. By resorting to the traditional grounds of territorial attribution, some of which were also the grounds allegedly relied on by the British authorities, as evidenced by the Weightman Report, the Court could have verified and if necessary modified the 1939 British decision before lending its authority to it.

12. The subtle interplay of the principle of proximity, *effectivités* and original title (in the absence of one single clearly prevailing ground) might have led the Court either to confirm or reverse the British decision, or else to modify it in the manner proposed by a group of judges (see the joint dissenting opinion of Judges Bedjaoui, Ranjeva and Koroma). In spite of all the pitfalls and uncertainty involved, such an approach would have been much less subject to criticism than mere reliance on the administrative decision of the former “protecting Power”.

13. I regret also being unable to concur with another finding of the Court relating to the characterization of the maritime feature Qit’at Jaradah as “an island” (paragraphs 195 and 252 (4) of the Judgment). The opposing views of the experts, the absence of any evidence whatsoever to the effect that Qit’at Jaradah has ever been shown on nautical charts as an island, the alleged attempts of both States to artificially change the upper part of its surface, do not allow me to conclude that Qit’at Jaradah has the legal status of an island as provided for in the 1982 Convention on the Law of the Sea. In my assessment, this tiny maritime feature (see paragraph 197 of the Judgment), constantly changing its physical condition, cannot be considered an island having its territorial sea. Rather, it is

10. Ce qui précède ne m'amène pas à conclure que la décision britannique de 1939 est «nulle et non avenue» ou qu'elle n'a pas la moindre incidence sur la situation juridique actuelle comme le prétend Qatar dans ses écritures et plaidoiries. Je veux simplement dire que cette décision ne saurait être tenue pour un règlement juridique en bonne et due forme du différend par tierce partie, et la Cour pouvait encore moins la considérer comme automatiquement revêtue de l'autorité de la chose jugée. L'effet juridique de cette décision administrative de l'ancienne puissance protectrice (abstraction faite du principe de l'*uti possidetis*) ne saurait être le même aux yeux de la Cour internationale de Justice en 2001 que celui qu'elle a pu avoir pour les deux «Etats protégés» à l'époque où elle a été rendue, en 1939, dans un contexte juridique et politique totalement différent. Même en supposant et présumant que les souverains de Bahreïn et de Qatar ont donné leur consentement, la Cour n'avait pas nécessairement à entériner la décision britannique sans examiner son fondement matériel juridique. Sans l'exiger expressément, la prétendue «formule bahreïnite» n'interdisait pas à la Cour de réexaminer la décision britannique.

11. La Cour aurait dû se livrer à une analyse plus approfondie non seulement des aspects procéduraux formels de la décision britannique mais aussi plus particulièrement de son fondement et rechercher si elle était bien fondée en droit et la corriger le cas échéant. En examinant les moyens traditionnels sur lesquels se fonde une attribution territoriale, dont certains sont également les moyens sur lesquels les autorités britanniques se seraient appuyées, comme le montre le rapport Weightman, la Cour aurait pu contrôler et modifier le cas échéant la décision britannique de 1939 avant de l'entériner.

12. La dialectique subtile du principe de proximité, des effectivités et du titre originaire (en l'absence d'un moyen unique primant clairement les autres) aurait pu amener la Cour à confirmer ou infirmer la décision britannique ou encore à la modifier ainsi que l'ont proposé des membres de la Cour (voir l'opinion dissidente commune de MM. Bedjaoui, Ranjeva et Koroma). Pareille démarche, malgré tous les écueils et incertitudes qui l'entourent, aurait bien moins prêté le flanc à la critique que le fait de se fonder simplement sur la décision administrative de l'ancienne «puissance protectrice».

13. Je regrette également de ne pouvoir me rallier à une autre conclusion de la Cour, celle dans laquelle elle a qualifié la formation maritime de Qit'at Jaradah d'«île» (paragraphe 195 et 252 4) de l'arrêt). Les divergences de vues entre experts, l'absence de toute preuve indiquant que Qit'at Jaradah ait jamais été qualifié d'île sur des cartes marines, les efforts qu'auraient déployés les deux Etats pour modifier artificiellement la couche supérieure de sa surface, tout cela ne me permet pas de conclure que Qit'at Jaradah a le statut juridique d'île au sens de la convention de 1982 sur le droit de la mer. Pour moi, cette formation maritime minuscule (voir paragraphe 197 de l'arrêt), dont l'aspect physique ne cesse de changer, ne saurait être considérée comme une île dotée

a low-tide elevation, whose appurtenance depends on its location in the territorial sea of one State or the other. Therefore the attribution of Qit'at Jaradah should have been effected after the delimitation of the territorial seas of the Parties and not vice versa.

*(Signed)* Vladlen S. VERESHCHETIN.

---

de sa propre mer territoriale. Il s'agit plutôt d'un haut-fond découvrant qui appartiendra à Qatar ou à Bahreïn selon qu'il se trouve dans la mer territoriale du premier ou du second. Partant, l'attribution de Qit'at Jaradah aurait dû se faire après la délimitation des mers territoriales des Parties et non avant.

*(Signé)* Vladlen S. VERESHCHETIN.

---