

SEPARATE OPINION OF JUDGE AL-KHASAWNEH

Sovereignty over Zubarah and over the Hawars — Court declined to rule on: uti possidetis juris, original title, and impact of effectivités — Preference for comprehensive treatment of the arguments presented — Confinement by the Court to the validity and binding force of the 1939 British decision — Too restrictive — Territorial claims open to judicial scrutiny — Absence of reference to substantive law in the part of the Judgment dealing with the Hawar Islands.

No rigorous examination of the British decision in the Judgment — Qatari claim of bias and prejudgment is not answered — Qatari consent to entrust the British Government with resolving the dispute — Doubts as to the reality of the consent — Consent artificially held to be freely given — Dubai/Sharjah arbitration fundamentally different.

Uti possidetis juris argument — Status of Qatar and Bahrain — "Protected States" or "States in special treaty relations with His Majesty's Government" — Control of the British Government over the Sheikhdoms — No right of the British Government to alienate parts of the Sheikhdoms' territories without the Rulers' consent — No British territorial title to the Sheikhdoms — Uti possidetis juris is inapplicable — Intertemporal law — Originally seen as a Latin American principle — Doubtful applicability of the principle in the Middle East.

Ascertaining the historic title — Necessary given the uncertainty of the other grounds for determination of territorial title — Al-Khalifah Sheikhs exercised influence over the affairs of the Qatari peninsula mainland — In precario possessionis — Claim of Qatari independence in 1868 — Not upheld — Ottoman sovereignty on Qatar in 1872 — Qatari independence in 1913 under the Anglo-Ottoman Convention — No indication of the spatial extent of the authority of the Ruler — No firm evidence permits to conclude that the Hawars belonged to Qatar — Relationship between geographic proximity, effectivités and title — Evidence of Bahrain effectivités before 1913 — Recognition by the Ottomans that the Ruler of Bahrain had ownership rights with respect to the islands — Other effectivités shown until 1936 — Absence of effectivités adduced by Qatar.

1. I am in substantive agreement with the majority view on the attribution of sovereignty over Zubarah to Qatar and over the Hawars to Bahrain. With respect to the Hawars, the Court came to its conclusion on the basis that, whilst the British decision of 1939 was not an arbitration that had attained a *res judicata* character, it was nevertheless a valid political decision that binds the Parties.

2. Having reached this conclusion, the Court expressly declined (paragraph 148 of the Judgment) to rule on:

OPINION INDIVIDUELLE DE M. AL-KHASAWNEH

[Traduction]

Souveraineté sur Zubarah et sur les Hawar — La Cour ne s'est pas prononcée sur: l'uti possidetis juris, le titre originaire et l'impact des effectivités — Préférence pour un traitement exhaustif des arguments présentés — La Cour s'est limitée à la validité et au caractère obligatoire de la décision britannique de 1939 — Approche trop restrictive — Revendications territoriales susceptibles d'examen judiciaire — Absence de renvoi au fond du droit dans la partie de l'arrêt concernant les îles Hawar.

Absence d'examen rigoureux de la décision britannique dans l'arrêt — Allégation qatarie de parti pris et de préjugé laissée sans réponse — Consentement de Qatar à confier au Gouvernement britannique le règlement du différend — Doutes quant à la réalité du consentement — Consentement artificiellement réputé avoir été librement donné — L'arbitrage Chardjah/Doubai est fondamentalement différent.

Argument lié à l'uti possidetis juris — Statut de Qatar et de Bahreïn — « Etats protégés » ou « Etats ayant des relations conventionnelles spéciales avec le gouvernement de Sa Majesté » — Contrôle du Gouvernement britannique sur les Emirats — Pas de droit pour le Gouvernement britannique d'aliéner des parties des territoires des Emirats sans le consentement des souverains de ceux-ci — Absence de titre territorial britannique sur les Emirats — L'uti possidetis juris est inapplicable — Droit intertemporel — Considéré à l'origine comme un principe latino-américain — Doutes quant à l'applicabilité du principe au Moyen-Orient.

Recherche du titre historique — Nécessaire étant donné l'incertitude des autres bases pour la détermination du titre territorial — Les cheikhs Al-Khalifah ont exercé une influence sur les affaires de la péninsule qatarie — In precario possessionis — Argument de Qatar concernant son indépendance en 1968 — Rejeté — Souveraineté ottomane sur Qatar en 1872 — Indépendance de Qatar en 1913 en vertu de la convention anglo-ottomane — Aucune indication de l'étendue territoriale de l'autorité du souverain — Aucune preuve solide ne permet de conclure que les Hawar appartenaient à Qatar — Relation entre la proximité géographique, les effectivités et le titre — Preuve des effectivités de Bahreïn avant 1913 — Reconnaissance par les Ottomans des droits de propriété du souverain de Bahreïn sur les îles — Autres effectivités démontrées jusqu'en 1936 — Absence d'effectivités qataries.

1. Je souscris en substance à l'opinion majoritaire sur l'attribution de la souveraineté sur Zubarah à Qatar et sur les Hawar à Bahreïn. En ce qui concerne les Hawar, la Cour a ainsi conclu au motif que, bien que la décision britannique de 1939 ne fût pas une décision arbitrale ayant acquis l'autorité de la chose jugée, elle n'en constituait pas moins une décision politique valide qui liait les Parties.

2. Etant parvenue à cette conclusion, la Cour s'est expressément considérée comme dispensée (arrêt, par. 148) de se prononcer sur:

- (a) The applicability of the principle *uti possidetis juris*;
- (b) whether one or the other Party holds an original title; and
- (c) the impact of the respective weight of *effectivités* which the Parties claim to have carried out on the Hawar Islands.

3. It is of course not unusual for the Court, when faced with what appears as alternative lines of reasoning to be satisfied, in finding its own jurisdiction or in reaching a substantive conclusion, with only one line of argumentation¹. An analysis of the merits and demerits of such an approach is beyond the scope of this separate opinion. Suffice it to recall that I have had occasion in my dissenting opinion² in the *Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v. India)* case to express a preference for a more comprehensive treatment of the various arguments presented by the Parties and a reluctance to yield too readily to formalism. These are considerations that guide me also in dealing with the present case.

4. In confining itself to the issue of the validity and binding force of the British decision of 1939, the Court risks the not unreasonable criticism of having been excessively restrictive, all the more so since the Bahraini formula of 1988 opened all territorial claims to judicial scrutiny and did not confine itself to the legal status of the British decision. Moreover, that decision was based on an assessment, by the British officials at the time, of substantive law, regardless of whether one agrees with that assessment or not. The absence therefore of any reference to substantive law in the part of the Judgment dealing with the Hawars seems to me unwarranted.

5. More importantly, to base the disposition of territorial title to the Hawars solely on the validity of the British decision necessitates subjecting that decision to the most rigorous examination, which was not adequately attempted in the Judgment. Thus for example the Qatari claim that there was bias and prejudgment in violation of the rule which prohibits bias in a decision-maker on the international plane goes unanswered in the Judgment, although there is *prima facie* some evidence to support that allegation. To cite only one example, what is one to make of the undeniable fact that Weightman, then British Political Agent, was at one and the same time laying the ground for an enquiry on title to the Hawar Islands, and also participating in the description of the concession area to be offered by Bahrain which included the Hawars (Reply of Qatar, Vol. 3, p. 389), and indeed in advising the Ruler of Bahrain against offering a concession that would grant the entire unallotted area

¹ *Certain Norwegian Loans, Judgment, I.C.J. Reports 1957*, p. 25; *Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978*, pp. 16-17; *Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v. India), Judgment, I.C.J. Reports 2000*, pp. 23-24, para. 26.

² *Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v. India), Judgment, I.C.J. Reports 2000*, dissenting opinion of Judge Al-Khasawneh, p. 49, para. 6.

- a) l'applicabilité du principe de l'*uti possidetis juris*;
- b) la question de savoir si l'une ou l'autre des Parties possédait un titre originaire; et
- c) l'impact du poids respectif des effectivités que les Parties affirment avoir exercé sur les îles Hawar.

3. Il n'est bien entendu pas inhabituel que la Cour, face à ce qui semble deux raisonnements formant une alternative, se contente, pour se déclarer compétente ou conclure sur le fond, d'en analyser un seul¹. Une étude des avantages et des inconvénients d'une telle démarche sortirait du cadre de la présente opinion individuelle. Il suffit de rappeler que j'ai eu l'occasion, dans mon opinion dissidente² dans l'affaire de l'*Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde)*, de dire ma préférence pour un traitement plus exhaustif des divers arguments présentés par les Parties et ma réticence à céder trop facilement au formalisme. Ce sont des considérations qui me guident également en la présente affaire.

4. En se limitant à la question de la validité et de la force obligatoire de la décision britannique de 1939, la Cour risque de s'exposer à la critique non déraisonnable d'avoir été excessivement restrictive, d'autant plus que la formule bahreïnite de 1988 autorisait l'examen judiciaire de toutes les revendications territoriales et ne se limitait pas au statut juridique de la décision britannique. De plus, cette décision reposait sur une évaluation du droit substantiel par les responsables britanniques de l'époque, et que l'on souscrive ou non à cette évaluation, l'absence de toute référence au droit substantiel dans la partie de l'arrêt concernant les îles Hawar me semble injustifiée.

5. Plus important, pour fonder l'attribution du titre territorial sur les îles Hawar sur la seule validité de la décision britannique, il faut soumettre cette décision à l'examen le plus rigoureux, ce que la Cour n'a pas suffisamment essayé de faire dans l'arrêt. Ainsi, l'argument qatari selon lequel il y a eu parti pris et préjugé en violation de la règle qui interdit tout parti pris de la part de celui qui prend une décision au plan international est laissé sans réponse dans l'arrêt, bien que des éléments de preuve l'étaient *prima facie*. Pour ne citer qu'un exemple, quel poids faut-il accorder au fait indéniable que Weightman, qui était alors l'agent politique britannique, préparait une enquête sur le titre sur les îles Hawar en même temps qu'il participait à la description de la concession, qui comprenait les îles Hawar, devant être accordée par Bahreïn (réplique de Qatar, vol. 3, p. 389) et, de fait, conseillait au souverain de Bahreïn de ne pas offrir une concession qui accorderait la totalité du secteur non

¹ Certains emprunts norvégiens, arrêt, C.I.J. Recueil 1957, p. 25; Plateau continental de la mer Egée, arrêt, C.I.J. Recueil 1978, p. 16-17; Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde), arrêt, C.I.J. Recueil 2000, p. 23-24, par. 26.

² Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde), arrêt, C.I.J. Recueil 2000; opinion dissidente de M. Al-Khasawneh, p. 49, par. 6.

except the Hawars and three miles of sea around them? (Reply of Qatar, Vol. 3, p. 437.)

6. As far as Qatari consent to entrusting resolution of the dispute to the British Government on the basis of "truth and equity" is concerned, doubts also linger regarding the reality of that consent when set within the context of overwhelming British control over the two sheikhdoms and the realization on the part of the Ruler of Qatar that, faced with what he must have seen as a *fait accompli*, he had no one else to turn to. Under these circumstances, to construe his agreement to entrusting the British Government with resolving the dispute as a freely-given consent is possible only through a most nominal and highly artificial and disconnected interpretation of a series of events that started with the 1936 British provisional decision and ended in 1939 when the final decision was made. It should be added here that while the conclusion of the Arbitral Court in the *Dubai/Sharjah Border* case on the validity of the British decisions of 1956 and 1957, as administrative decisions, might recommend that conclusion as a model for the present case, that decision is fundamentally different from the present one in that, consent, thought necessary by the Court of Arbitration, had been freely given by the six Trucial States, together with an express undertaking by the Rulers of Dubai and Sharjah not to "dispute or object to any decision that may be decided by the Political Agent regarding the question of the boundaries" between the sheikhdoms.

7. For these reasons the Judgment would have been based on firmer ground had the Court laid the British decision of 1939 to rest and instead embarked on an exploration of the, admittedly, much more arduous path of ascertaining original title to the Hawars, which is what I shall endeavour to do in this separate opinion. But before that, I should comment briefly on another argument advanced on Bahrain's behalf in support of its claim to the Hawar Islands, namely the applicability of the principle *uti possidetis juris*.

8. Some remarks on the *uti possidetis juris* principle are appropriate for two reasons: firstly, to those who doubt the reality of Qatari consent to the British decision or find that consent vitiated, the decision becomes nothing more than the *uti possidetis juris* principle in disguise. Hence an enquiry into the impact of the principle assumes practical relevance. Secondly, the implications of this principle, which seem to be passing through a new phase of mutation, are profound. Generally speaking, to yield too readily to its applicability would be inimical to other legally protected rights, for example, the right of self-determination (although there is no danger of this in the present case) as well as to the very function of international courts which is not to declare, in the interests of preventing conflicts, pre-existing *de facto* territorial situations legal without regard to title and other relevant criterion, but to uphold justice by correcting illegalities where they occur.

alloué à l'exception des Hawar et de 3 milles de mer autour de celles-ci? (Réplique de Qatar, vol. 3, p. 437.)

6. En ce qui concerne le consentement de Qatar à confier le règlement du différend au Gouvernement britannique sur la base de «la vérité et l'équité», des doutes demeurent également quant à la réalité de ce consentement si on le place dans le contexte du contrôle britannique total sur les deux émirats et de la prise de conscience par le souverain de Qatar que, face à ce qu'il a dû considérer comme un fait accompli, il n'avait personne d'autre vers qui se tourner. Dans ces conditions, on ne peut interpréter son accord s'agissant de confier le règlement du différend au Gouvernement britannique comme un consentement librement donné qu'au prix d'une interprétation extrêmement littérale, hautement artificielle et coupée de la réalité d'une série d'événements qui a commencé avec la décision provisoire britannique de 1936 et pris fin en 1939 avec la décision définitive. Il convient d'ajouter ici que, si la conclusion du Tribunal arbitral dans l'affaire du *Différend frontalier entre Chardjah et Doubaï* sur la validité des décisions britanniques de 1956 et 1957 en tant que décisions administratives pourrait être recommandée comme modèle dans la présente affaire, cette décision est fondamentalement différente de la présente en ce que le consentement, jugé nécessaire par le Tribunal arbitral, avait été librement donné par les six Etats de la côte de la Trêve, accompagné d'un engagement exprès des souverains de Doubaï et de Chardjah de ne pas «contester la décision qui pourra être prise par l'agent politique en ce qui concerne la question des frontières entre les émirats».

7. Pour ces raisons, l'arrêt aurait été plus solidement motivé si la Cour avait laissé de côté la décision britannique de 1939 et avait exploré la voie certes beaucoup plus ardue consistant à établir le titre originaire sur les Hawar, ce que je vais essayer de faire dans la présente opinion. Mais je me dois auparavant de faire de brèves observations sur un autre argument avancé pour Bahreïn à l'appui de sa revendication sur les îles Hawar, à savoir l'applicabilité du principe de l'*uti possidetis juris*.

8. Des observations sur le principe de l'*uti possidetis juris* sont de mise pour deux raisons : premièrement, parce que pour ceux qui doutent de la réalité du consentement de Qatar à la décision britannique ou jugent que ce consentement était vicié, la décision n'est rien d'autre qu'une application déguisée du principe de l'*uti possidetis juris*. De ce fait, étudier l'impact de ce principe devient en pratique pertinent. Deuxièmement, parce que les implications de ce principe, qui semble connaître une nouvelle mutation, sont profondes. D'une manière générale, accepter trop facilement son applicabilité irait à l'encontre d'autres droits juridiquement protégés, par exemple le droit à l'autodétermination (bien qu'un tel danger n'existe pas en la présente affaire), ainsi que de la fonction même des tribunaux internationaux, qui n'est pas de déclarer légales, par souci de prévenir des conflits, des situations territoriales *de facto* préexistantes sans s'arrêter au titre ni aux autres critères pertinents, mais de défendre la justice en corrigeant les illégalités lorsqu'il s'en produit.

9. Both Bahrain and Qatar were classified under British law not as colonies but as “protected States” or sometimes as “States in special treaty relations with His Majesty’s Government”. Such a formal classification notwithstanding, the British Government in fact exercised overwhelming control over the two sheikhdoms, not only in the sphere of international relations but also in domestic affairs. This control was derived from the various treaties with the two sheikhdoms and in addition from “custom, suffrage and acquiescence”. However, regarding the pertinent question of territorial title, the British Government did not claim for themselves a right to alienate parts of the sheikhdoms’ territories without the rulers’ consent. This is clear from the *Dubai/Sharjah* arbitration³. Moreover, the British Government never acquired title in the various sheikhdoms of the Gulf including Bahrain and Qatar, unlike for example the Spanish Crown in Latin America, which had acquired sovereignty and title to territory. This, in itself, should lead us to conclude that the principle *uti possidetis juris* is inapplicable in this case.

10. In addition, in the *Eritreal Yemen* Arbitral Award of 1998 the Tribunal had occasion to consider the argument that the *uti possidetis juris* principle applied and rejected that argument by one of the parties, noting that:

“Added to these difficulties is the question of the intertemporal law and the question whether this doctrine of *uti possidetis juris*, at that time thought of as being essentially one applicable to Latin America, could properly be applied to interpret a juridical question arising in the Middle East shortly after the close of the First World War.”⁴

I find that line of reasoning both persuasive, and by analogy, applicable, to the present situation, where the crystallization of the territorial claims took place before the principle had started to lose its essentially Latin American character and to assume a more international applicability, although it is still very doubtful whether even now it has any applicability in the Middle East.

11. I alluded earlier to the inherent difficulty of ascertaining historic or even original title (para. 7 above) and I would recall in this context Jorge Santayana’s famous words “[t]he future is relatively easy to predict. It is the past that is well-nigh impossible to ascertain.” A measure of this difficulty may be gleaned from Sir Robert Jennings’s classic work on the acquisition of territory in international law. Commenting on the

³ *Dubai/Sharjah Border Arbitration*, Award 1981, *International Law Reports*, Vol. 91, p. 567.

⁴ *Eritreal Yemen Arbitral Tribunal*, Phase One, para. 99.

9. Aussi bien Bahreïn que Qatar étaient considérés en droit britannique non comme des colonies mais comme des « Etats protégés » ou parfois comme des « Etats ayant des relations conventionnelles particulières avec le gouvernement de Sa Majesté ». Malgré cette qualification officielle, le Gouvernement britannique exerçait en fait un contrôle quasi total sur les deux émirats, non seulement dans le domaine des relations internationales mais aussi dans celui des affaires intérieures. Ce contrôle découlait des divers traités conclus avec les deux émirats et également de la « coutume, du consentement et de l'acquiescement ». Toutefois, s'agissant de la question qui nous occupe du titre territorial, le Gouvernement britannique ne revendiquait pas pour lui-même le droit d'aliéner des parties des territoires des émirats sans le consentement des souverains de ceux-ci. Cela ressort clairement de la sentence arbitrale rendue dans l'affaire du *Différend frontalier entre Chardjah et Doubaï*³. De plus, le Gouvernement britannique n'a jamais acquis de titre dans les divers émirats du Golfe, y compris Bahreïn et Qatar, à la différence par exemple de la Couronne espagnole en Amérique latine, qui avait acquis la souveraineté et un titre sur des territoires. Cela devrait en soi nous amener à conclure que le principe de l'*uti possidetis juris* est inapplicable en l'espèce.

10. De surcroît, dans la sentence rendue en 1998 dans le cadre de l'arbitrage *Erythréel Yémen*, le Tribunal arbitral a eu l'occasion d'examiner l'argument selon lequel le principe de l'*uti possidetis juris* s'appliquait et a rejeté cet argument avancé par l'une des parties, en notant :

« viennent s'ajouter à ces difficultés la question du droit intertemporel et celle de savoir si cette doctrine de l'*uti possidetis juris*, dont on pensait à cette époque qu'elle était essentiellement applicable en Amérique latine, pourrait dûment être appliquée pour interpréter une question juridique se posant au Moyen-Orient peu après la fin de la première guerre mondiale »⁴.

Je trouve ce raisonnement persuasif et applicable par analogie à la présente situation, dans laquelle la cristallisation des revendications territoriales s'est produite avant que le principe eût commencé à perdre son caractère essentiellement latino-américain et à s'internationaliser, bien que son applicabilité éventuelle au Moyen-Orient soit même encore aujourd'hui très sujette à caution.

11. J'ai déjà évoqué la difficulté inhérente qu'il y avait à vérifier un titre historique ou même originel (par. 7 ci-dessus) et je rappellerai à cet égard le célèbre aphorisme de Jorge Santayana : « l'avenir est relativement facile à prédire. C'est le passé qui est pratiquement impossible à établir ». L'ouvrage classique de sir Robert Jennings sur l'acquisition de territoire en droit international donne une idée de cette difficulté. Commentant

³ *Différend frontalier entre Chardjah et Doubaï*, Sentence 1981, *International Law Reports*, vol. 91, p. 567.

⁴ Tribunal arbitral *Erythréel Yémen*, première phase, par. 99.

Minquiers and Ecrehos case⁵ he drew attention to the fact that

“There is something a little ironic in the frequent citation of the *Minquiers and Ecrehos* case as an illustration of the importance of historical consolidation; for this was the case where *pleadings of unparalleled learning demonstrating the effect of titles established in feudal times were almost brushed aside* with the observation ‘what is of decisive importance . . . is not indirect presumptions deduced from events in the Middle Ages, but the evidence which relates directly to the possession of the Ecrehos and Minquiers groups’.”⁶ (Emphasis added.)

In the present case, while the events surrounding the ascertainment of title did not take place in the Middle Ages, they go back to the eighteenth century and indeed, if the Ottoman dimension of the two Sheikhdoms’ diplomatic history is to be fully taken into account as it should have been, to 1517 when Ottoman sovereignty was extended to the whole of Arabia regardless of the fact that, for the most part, particularly in the Gulf region, it was a loose or nominal one.

12. Those difficulties were compounded in the present case by the fact that, though the Court was inundated with a mass of information, some of doubtful probative value and some of questionable relevance, on the crucial question of Qatar’s territorial extent the indigenous sources are more notable for their paucity of information than for their content. Similarly the evidence on Bahraini *effectivités* is relatively modest. There is no doubt that this is a reflection of the underdevelopment of the political and economic situation in the two Sheikhdoms at the time. These difficulties notwithstanding, the only way to dispose of the question of sovereignty over the Hawars is to embark on an enquiry into the two Sheikhdoms’ diplomatic history; especially in view of the fact that what appeared at first glance as alternative lines of reasoning, i.e., the validity of the British decision and the applicability of the *uti possidetis juris* principle, have proved on closer examination to be uncertain grounds for the determination of territorial title.

13. What emerges with relative clarity from the historical record is that the Al-Khalifah Sheikhs exercised considerable influence over the affairs of the Qatari peninsular mainland from some time in the second part of the eighteenth century and up to 1868. Evidence also suggests that this influence was not absolute and was exercised more strongly over the settled segments of the population on the coastal areas than over the nomadic tribes. Even with regard to the former, this influence was intermittent and occasioned violent opposition. Thus it is safe to say that while the Al-

⁵ *Minquiers and Ecrehos (France/United Kingdom)*, Judgment, I.C.J. Reports 1953, p. 47.

⁶ R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law*, p. 27.

l'affaire des *Minquiers et Ecréhous*⁵, il y appelait l'attention sur ce qui suit :

« Il y a quelque ironie à citer — fréquemment — l'affaire des *Minquiers et des Ecréhous pour illustrer l'importance de la consolidation historique; car c'est une affaire dans laquelle des pièces d'une érudition sans pareille démontrant l'effet de titres établis à l'époque féodale ont presque été écartées* au motif que « ce qui ... a une importance décisive, ce ne sont pas des présomptions indirectes déduites d'événements du Moyen Age, mais les preuves se rapportant directement à la possession des groupes des Ecréhous et des Minquiers. »⁶ (Les italiques sont de moi.)

Dans la présente espèce, si les événements entourant l'établissement du titre ne se sont pas produits au Moyen Age, ils remontent au XVIII^e siècle et, de fait, si l'on tient dûment compte, comme il aurait fallu le faire, de la dimension ottomane de l'histoire diplomatique des deux émirats, à 1517, année où la souveraineté ottomane a été étendue à l'ensemble de l'Arabie même si, pour la plus grande part, en particulier dans la région du Golfe, cette souveraineté était relâchée ou symbolique.

12. Ces difficultés ont été aggravées en la présente affaire par le fait que, bien que la Cour fût inondée d'une masse d'informations, parfois d'une valeur probante douteuse ou d'une pertinence contestable, sur la question cruciale de l'étendue territoriale de Qatar, les sources autochtones sont plus remarquables par le peu d'informations qu'elles recèlent que par leur contenu. De même, les preuves des effectivités bahreïnites sont relativement modestes. Il n'est pas douteux que cet état de fait reflète le sous-développement de la situation politique et économique dans les deux émirats à l'époque. Nonobstant ces difficultés, la seule manière de trancher la question de la souveraineté sur les Hawar est d'étudier l'histoire diplomatique des deux émirats; en particulier si l'on tient compte du fait que ce qui apparaissait au premier abord comme des moyens subsidiaires, à savoir la validité de la décision britannique et l'applicabilité du principe de *l'uti possidetis juris*, s'est révélé après examen des bases précaires pour déterminer le titre territorial.

13. Il ressort avec une clarté relative du dossier historique que les cheikhs Al-Khalifah ont exercé une influence considérable sur les affaires du continent péninsulaire qatari depuis une certaine époque de la seconde moitié du XVIII^e siècle jusqu'en 1868. Les preuves donnent aussi à penser que cette influence n'était pas absolue et s'exerçait plus fortement sur les populations établies dans les zones côtières que sur les tribus nomades. Même en ce qui concerne les premiers, cette influence était intermittente et suscitait une opposition violente. Il est ainsi légitime de dire que si

⁵ *Minquiers et Ecréhous (France/Royaume-Uni)*, C.I.J. Recueil 1953, p. 47.

⁶ R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law*, p. 27.

Khalifah *animus possidendi* was strong, the actual *corpus possessionis* was weak, resulting in a situation where their hold on the peninsula could be interpreted, at best, as having been one of *in precario possessionis*.

14. In 1861 Mohammed bin Khalifah entered into a treaty of protection with the British in which he was styled "The Independent Ruler of Bahrain". In return for British protection, he agreed not to disturb maritime peace. It is obvious that at that time the British authorities considered the Qatari peninsula to be a dependency of the Ruler of Bahrain.

15. All this was to change in 1868 when Mohammed bin Khalifah, together with the Sheikh of Abu Dhabi, led a punitive expedition against the eastern coast of the peninsula in the course of which the towns of Bida'a, Wakra and Doha were destroyed. Having breached his obligations not to disturb maritime peace, Mohammed Al-Khalifah was heavily punished by the British, who deposed him and installed his brother Ali Al-Khalifah. At the same time the British authorities entered into a separate treaty with the sheikhs of Qatar, paramount among whom was Mohammed Al-Thani, in accordance with which Mohammed bin Thani was to retire to his abode in Doha and to continue certain payments to Ali Al-Khalifah which were to be forwarded to the Wahabis as part of the *zakat* (a religious tax) that was collected from the people and tribes of Qatar.

16. It has been argued for Qatar that the events of 1868 marked the independence of Qatar and the consolidation of Al-Thani rule over the peninsula. This claim cannot in my view withstand the test of critical examination. In the first place, the treaties were primarily concerned with the maintenance of maritime peace and not with territorial title; secondly, because Mohammed Al-Thani was required to retire to Doha and its environs; and thirdly because the continued payment of sums to Ali Al-Khalifah, stipulated in the treaty, confirms vestiges of Bahraini authority over the peninsula.

17. But beyond these questions lies a more fundamental one. The events of 1868 clearly confirm that the British authorities in the Gulf thought it more expedient to deal with the sheikhs of Qatar directly. Can this in itself create title? The answer must be in the negative, for the British position in the Gulf itself depended on *de facto* ascendancy and not on any recognized title. Moreover the views of regional powers who had or claimed sovereignty were completely opposed to the British position. Thus Persia, which had a long-running claim to Bahrain, abandoned only on the eve of the termination of Bahrain's treaty relations with the United Kingdom in 1971, never extended her territorial claim to Qatar. Similarly, the Ottoman Empire, which undoubtedly had sovereignty over Qatar and Bahrain — though, with regard to the latter such claims remained nominal and were never pressed — could not have entertained notions of Qatari dependence on Bahrain.

l'*animus possidendi* des Al-Khalifah était fort, le *corpus possessionis* effectif était faible, et que de ce fait la mainmise des Al-Khalifah sur la péninsule pouvait être interprétée, au mieux, comme *in precario possessionis*.

14. En 1861, Mohamed bin Khalifah conclut avec les Britanniques un traité de protection dans lequel il était désigné comme «le souverain indépendant de Bahreïn». En échange de la protection britannique, il s'engageait à ne pas porter atteinte à la paix maritime. Il est évident qu'à l'époque les autorités britanniques considéraient la péninsule qatarie comme un domaine du souverain de Bahreïn.

15. Tout cela devait changer en 1868 lorsque Mohamed bin Khalifah lança avec le cheikh d'Abou Dhabi une expédition punitive contre la côte orientale de la péninsule au cours de laquelle les villes de Bida, Wakrah et Doha furent détruites. Ayant manqué à ses obligations de ne pas troubler la paix maritime, Mohamed Al-Khalifah fut sévèrement puni par les Britanniques, qui le déposèrent et installèrent son frère Ali Al-Khalifah sur le trône. Dans le même temps, les autorités britanniques signèrent un traité distinct avec les cheikhs de Qatar, dont le principal était Mohamed Al-Thani, aux termes duquel Mohamed bin Thani devait se retirer dans son palais à Doha et continuer de verser certaines sommes à Ali Al-Khalifah, sommes qui devaient être transmises aux Wahabis au titre du *zakat* (un impôt religieux) dont étaient redevables les populations et les tribus de Qatar.

16. On a soutenu pour Qatar que les événements de 1868 ont marqué l'indépendance de Qatar et la consolidation du pouvoir des Al-Thani sur la péninsule. A mon avis, cet argument ne résiste pas à un examen critique. Premièrement, parce que les traités concernaient principalement le maintien de la paix maritime et non le titre territorial; deuxièmement, parce que Mohamed Al-Thani était tenu de se retirer à Doha et dans les environs; et troisièmement, parce que la poursuite des versements à Ali Al-Khalifah, prévue dans le traité, confirme l'existence de vestiges d'autorité bahreïnite sur la péninsule.

17. Mais par-delà ces questions, il en est une plus fondamentale. Les événements de 1868 confirment à l'évidence que les autorités britanniques dans le Golfe ont jugé plus commode de traiter directement avec les cheikhs de Qatar. Cela peut-il en soi créer un titre? La réponse à cette question ne peut être que négative, car la position britannique dans le Golfe reposait elle-même sur une autorité *de facto* et non sur un titre reconnu. De plus, les vues des puissances régionales qui avaient ou revendiquaient la souveraineté étaient complètement opposées à la position britannique. Ainsi, la Perse, qui revendiquait Bahreïn depuis longtemps et qui n'a renoncé à ses prétentions qu'à la veille de la fin des relations conventionnelles de Bahreïn avec le Royaume-Uni en 1971, n'a jamais étendu sa revendication territoriale à Qatar. De même, l'Empire ottoman, dont la souveraineté sur Qatar et Bahreïn était incontestable — même si, en ce qui concerne ce dernier, ces revendications demeurerent symboliques et ne furent jamais poursuivies —, n'a pu considérer qu'il existait une dépendance de Qatar vis-à-vis de Bahreïn.

18. Be that as it may, any theory of Qatari independence *erga omnes* as of 1868 is gravely weakened by the fact that the Ottomans asserted their sovereignty to the peninsula in 1872 and remained there until just before the outbreak of the First World War. The fact that for most of their stay in Qatar, Jasim bin Thani was kaimakam, i.e., district governor, does not alter this fact. The reasons for Ottoman resurgence in the nineteenth century are beyond the scope of this opinion. Suffice it to say that the Ottoman State's fear for its Arab possessions from encroaching European expansion was a primary motive⁷. To an over-burdened empire the co-option of influential local leaders or families as middle-ranking officials of the Imperial Ottoman Administration was a practical way of dealing with the need to expand its control. This was a process that was being repeated all over those parts of the Ottoman Empire where, hitherto, the central administration was not directly felt.

19. The real date for Qatari independence is 1913, the date on which the Anglo-Ottoman Convention was concluded (but not ratified). Although the treaty was primarily concerned with the delimitation of Qatar from Najd, i.e., central Arabia, it refers to the Qatari peninsula continuing to be ruled by Al-Thani "as in the past". However there is no clear indication of the spatial extent of that authority, nor can the spatial extent of that authority be ascertained from the 1914 Treaty of Aden between the Ottoman Empire and Great Britain, which was ratified and in fact made a renvoi to the relevant provisions of the 1913 Anglo-Ottoman Convention. Were the Hawars intended to lie within the nascent authority of the Al-Thanis? The provisions of the Convention are silent and the words "as in the past" are not conducive to such an interpretation, for that authority, independently of Ottoman power, was restricted to the environs of Doha and to the north of the peninsula around Zubarah. Moreover, there is no express reference to the Hawars in the Convention nor do we find any expression such as "the Qatari peninsula and the islands immediately off its coast" from which a reasonably firm inference may be drawn. There is however a map which forms Annex V to the Anglo-Ottoman Convention of 1913 which may lend support to the inclusion of the Hawars within the Qatari peninsula (this map is reproduced as map 46 in the Map Atlas of the Reply of Qatar), but even here it is difficult to come to any firm conclusions. That map was primarily concerned with delimiting the territories that were to remain under Ottoman sovereignty after the conclusion of the Treaty of Aden. As far as other territories are concerned the map seems to follow a geographic rather than a political criterion.

⁷ Interestingly as it had been in 1517 when the Ottoman Sultan Selim (Yildirim) interrupted his successful European campaigns and moved southwards to meet Portuguese threats to the Gulf, the Red Sea and the Indian Ocean.

18. Quoi qu'il en soit, la thèse de l'indépendance qatarie *erga omnes* à compter de 1868 est sérieusement battue en brèche par le fait que les Ottomans ont affirmé leur souveraineté sur la péninsule en 1872 et y sont restés pratiquement jusqu'au moment où la première guerre mondiale a éclaté. Le fait que durant la plus grande partie de leur séjour à Qatar Jasim bin Thani ait été *kaimakam*, c'est-à-dire gouverneur de district, n'y change rien. Les raisons de la résurgence ottomane au XIX^e siècle sortiraient du cadre de la présente opinion. Il suffit de dire qu'un des principaux motifs était que l'Etat ottoman craignait pour ses possessions arabes face à l'expansionnisme européen⁷. Pour un empire surchargé, être coopté par des familles ou des dirigeants locaux influents en leur qualité de fonctionnaires de l'administration impériale ottomane était un moyen commode de faire face à la nécessité d'étendre son contrôle. Ce processus s'est répété dans toutes les parties de l'Empire ottoman où, jusqu'alors, l'action de l'administration centrale ne se faisait pas directement sentir.

19. En réalité, la date de l'indépendance qatarie est 1913, date à laquelle la convention anglo-ottomane a été conclue (mais non ratifiée). Bien que ce traité concernât principalement la délimitation de Qatar par rapport au Najd, c'est-à-dire l'Arabie centrale, il indique que la péninsule qatarie continue d'être dirigée par les Al-Thani «comme par le passé». Toutefois, il n'y a pas d'indication claire quant à l'étendue territoriale de cette autorité, et cette étendue ne peut non plus être établie à partir du traité d'Aden de 1914 entre l'Empire ottoman et la Grande-Bretagne, qui a été ratifié et comportait en fait un renvoi aux dispositions pertinentes de la convention anglo-ottomane de 1913. Les Hawar devaient-elles se trouver placées sous l'autorité naissante des Al-Thani? Les dispositions de la convention sont muettes et les mots «comme par le passé» ne militent pas en faveur d'une telle interprétation, car cette autorité, indépendamment du pouvoir ottoman, était limitée aux environs de Doha et au nord de la péninsule, autour de Zubarah. De plus, il n'y a aucune mention expresse des Hawar dans la convention, pas plus que n'y figure une expression comme «la péninsule qatarie et les îles situées immédiatement au large de ses côtes», dont on puisse tirer une conclusion raisonnablement solide. Toutefois, la convention anglo-ottomane de 1913 comporte une carte, qui constitue son annexe V, qui étaye peut-être l'inclusion des Hawar dans la péninsule qatarie (cette carte est reproduite en tant que carte 46 dans l'atlas cartographique de la République de Qatar), mais même sur cette carte il est difficile de parvenir à des conclusions solides. Cette carte visait en premier lieu à délimiter les territoires devant demeurer sous la souveraineté ottomane après la conclusion du traité d'Aden. Pour ce qui est des autres territoires, elle semble obéir à des critères géographiques plutôt que politiques.

⁷ Il est intéressant de noter que tel avait été le cas en 1517 lorsque le sultan ottoman Selim (Yildirim) a interrompu ses campagnes européennes qui étaient couronnées de succès et s'est déplacé vers le sud pour faire face aux menaces portugaises dans le Golfe, dans la mer Rouge et dans l'océan Indien.

20. In the absence of clear guidance from the Anglo-Ottoman Convention, Qatar's claim to the Hawars would rest on the strong presumption that islands proximate to the mainland appertain to that mainland. This presumption is however rebuttable. Geographic proximity cannot displace a clearly established title. It would be crucial therefore to examine the subtle interplay between the concept of geographic proximity on the one hand and that of established title on the other; taking into account the weight of *effectivités* which cannot in themselves displace title, but come to the forefront when that title or its territorial expanse are not clear. As the Court cogently put it:

“Finally, there are cases where the legal title is not capable of showing exactly the territorial expanse to which it relates. The *effectivités* can then play an essential role in showing how the title is interpreted in practice.”⁸

21. Bahrain has claimed to have demonstrated *effectivités* on the Hawars for a period of almost a century and a half, including the claim that the original Dawasir settlement on Hawars was effected through grant by a Qadi of Zubarah (circa 1800) when that town was still under Al-Khalifah rule. The evidence surrounding this particular *effectivité* is however so clouded in uncertainty and hearsay that not much probative value can be attached to it. What is more pertinent are the Bahraini *effectivités* carried out in the period 1872-1913, i.e., during the Ottoman presence in Qatar, for it is most unlikely that the Ottomans who were the title-holders in Qatar would have acquiesced to such *effectivités* had they not been carried out on territory to which their claims of sovereignty were nominal. One may cite in this regard the 1909 Bahraini court decisions relating to land rights and fishing traps in the Hawars, as well as the arrest and compelled attendance in Bahraini courts of Hawar Island residents. As to external supporting evidence, one may also cite the use of the same colour for the Hawars and Bahrain in a survey carried out in 1878 by Captain Izzet Bey, an officer of the Ottoman Army. Unlike the map annexed to the Anglo-Ottoman Convention of 1913, the Izzet Bey map leaves no room for different interpretations.

22. These facts carry an important evidentiary value, for they confirm that the Ottomans, the sovereigns of Qatar at that time, recognized that the Ruler of Bahrain, although he had no title to the peninsular mainland, nevertheless continued to have ownership rights over the islands on the western coast of Qatar, a view not at all unreasonable in view of the fact that for a seafaring people the links of these islands were perceived as

⁸ *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, I.C.J. Reports 1986, p. 587, para. 63.

20. En l'absence d'indications claires dans la convention anglo-ottomane, la revendication de Qatar sur les Hawar reposerait sur une forte présomption, à savoir que des îles proches d'un continent appartiennent à ce continent. Cette présomption est toutefois réfragable. La proximité géographique ne peut écarter un titre clairement établi. Il serait donc crucial d'examiner l'interaction subtile entre la notion de proximité géographique d'une part et celle de titre établi de l'autre en tenant compte du poids des effectivités qui, si elles ne peuvent en elles-mêmes écarter le titre, prennent une place de premier plan lorsque ce titre ou son étendue territoriale ne sont pas clairs. Comme la Cour l'a dit de manière persuasive :

« Il est enfin des cas où le titre juridique n'est pas de nature à faire apparaître de façon précise l'étendue territoriale sur laquelle il porte. Les effectivités peuvent alors jouer un rôle essentiel pour indiquer comment le titre est interprété dans la pratique. »⁸

21. Bahreïn a affirmé avoir démontré des effectivités sur les Hawar durant une période de presque un siècle et demi ; et notamment que l'établissement originel des Dawasir sur ces îles s'est effectué en vertu d'une concession accordée par un certain *cadi* de Zubarah (autour de 1800) alors que cette ville était toujours sous la souveraineté des Al-Khalifah. Les preuves quant à cette effectivité particulière sont toutefois si incertaines et si indirectes qu'on ne peut guère leur accorder de valeur probante. Plus pertinentes sont les effectivités bahreïnites durant la période allant de 1872 à 1913, c'est-à-dire durant la présence ottomane à Qatar, car il est très peu vraisemblable que les Ottomans qui étaient les détenteurs du titre sur Qatar eussent acquiescé à de telles effectivités si elles n'avaient pas été mises en œuvre sur un territoire où leurs revendications de souveraineté étaient symboliques. On peut à cet égard citer les décisions de tribunaux bahreïnites de 1909 au sujet de droits fonciers et de pièges à poissons aux îles Hawar, ainsi que l'arrestation et la comparution forcée de résidents de ces îles devant les tribunaux de Bahreïn. Quant aux corroborations extérieures, on peut aussi citer l'utilisation de la même couleur pour les Hawar et pour Bahreïn sur un levé effectué en 1878 par le capitaine Izzet Bey, un officier de l'armée ottomane. A la différence de la carte annexée à la convention anglo-ottomane de 1913, les cartes établies par Izzet Bey n'autorisent pas d'interprétations différentes.

22. Ces faits ont une valeur probante importante, car ils confirment que les Ottomans, qui avaient la souveraineté sur Qatar à cette époque, reconnaissaient que le souverain de Bahreïn, bien qu'il n'eût pas de titre sur la péninsule, n'en continuait pas moins de détenir des droits de propriété sur les îles situées au large de la côte occidentale de Qatar, une opinion qui n'est pas du tout déraisonnable si l'on considère que pour un

⁸ *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, C.I.J. Recueil 1986, p. 587, par. 63.

being greater with the main islands of Bahrain than with Doha, which is separated from the Hawars by a daunting desert.

23. Additionally, until 1936, the date of the provisional British decision, Bahrain continued to show a number of other *effectivités* on the Hawars. For example, the licensing of gypsum quarrying, which, in addition to being normally a governmental activity, also suggests the settled nature of the presence on the Hawars of persons closely linked with Bahrain. To be sure such *effectivités* are not numerous and in some cases are not free of controversy. However, by contrast Qatar could not demonstrate any comparable *effectivités*, indeed any *effectivités* at all, over the islands. In the period 1936-1939 there was a flurry of *effectivités* by Bahrain, but these should be discounted as no more than attempts to introduce new evidence after the commencement of the dispute.

24. In conclusion, lack of clarity regarding Qatar's original title to the Hawar Islands gives to the *effectivités*, adduced by Bahrain in support of its contention that it continued to have original title over the Hawars, a crucial role notwithstanding their small number and modest status; for under similar circumstances international law has been satisfied with little evidence, undoubtedly as a reflection of the varying standards of time and place. Following this line of reasoning, I concur with the majority view.

(Signed) Awn Shawkat AL-KHASAWNEH.

peuple de marins ces îles avaient des liens plus étroits avec les îles principales de Bahreïn qu'avec Doha, qui est séparée des Hawar par un redoutable désert.

23. En outre, jusqu'à 1936, date de la décision provisoire britannique, Bahreïn a continué de mettre en œuvre un certain nombre d'autres effectivités sur les Hawar. Par exemple, l'autorisation de l'exploitation du gypse qui, outre qu'il s'agit normalement d'une activité gouvernementale, donne aussi à penser que des personnes étroitement liées à Bahreïn avaient une présence bien établie sur les îles Hawar. En revanche, Qatar n'a pu quant à lui démontrer aucune effectivité comparable, de fait aucune effectivité, sur les îles. Durant la période allant de 1936 à 1939, il y a eu toute une série d'effectivités bahreïnites, mais celles-ci doivent être écartées car il ne s'agit que de tentatives visant à introduire de nouveaux éléments de preuve alors que le différend avait commencé.

24. En conclusion, l'absence de clarté en ce qui concerne le titre originel de Qatar sur les îles Hawar donne aux effectivités invoquées par Bahreïn à l'appui de son argument selon lequel il a conservé le titre originel sur les Hawar un rôle crucial, nonobstant leur petit nombre et leur modestie; car dans des circonstances similaires le droit international s'est satisfait de peu de preuves, à n'en pas douter en fonction de normes fluctuantes de temps et de lieu. Suivant ce raisonnement, je souscris à l'opinion majoritaire.

(Signé) Awn Shawkat AL-KHASAWNEH.