

Cour internationale
de Justice
LA HAYE

CR 91/4

International Court
of Justice
THE HAGUE

ANNEE 1991

Audience publique

tenue le vendredi 5 avril 1991, à 10 heures, au Palais de la Paix,

sous la présidence de sir Robert Jennings, Président

en l'affaire relative à la Sentence arbitrale du 31 juillet 1989

(Guinée-Bissau c. Sénégal)

COMPTE RENDU

YEAR 1991

Public sitting

held on Friday 5 April 1991, at 10 a.m., at the Peace Palace,

President Sir Robert Jennings presiding

in the case concerning the Arbitral Award of 31 July 1989

(Guinea-Bissau v. Senegal)

VERBATIM RECORD

Présents:

Sir Robert Jennings, Président
M. Oda, Vice-Président
MM. Lachs
Elias
Ago
Schwebel
Ni
Evensen
Tarassov
Guillaume
Shahabuddeen
Aguilar Mawdsley
Weeramantry
Ranjeva, Juges
MM. Mbaye
Thierry, Juges *ad hoc*

M. Valencia-Ospina, Greffier

Present:

President Sir Robert Jennings

Vice-President Oda

Judges Lachs

Elias

Ago

Schwebel

Ni

Evensen

Tarassov

Guillaume

Shahabuddeen

Aguilar Mawdsley

Weeramantry

Ranjeva

Judges *ad hoc* Mbaye

Thierry

Registrar Valencia-Ospina

—

Le Gouvernement de la Guinée-Bissau est représenté par :

S.Exc. M. Fidélis Cabral de Almada, ministre d'Etat à la
Présidence du Conseil d'Etat,

comme agent;

S.Exc. M. Fali Embalo, ambassadeur de la Guinée-Bissau auprès
du Benelux et de la Communauté économique européenne,

comme coagent;

Mme Monique Chemillier-Gendreau, professeur à l'Université
de Paris VII,

M. Miguel Galvao Teles, avocat et ancien membre du Conseil d'Etat,

M. Keith Highet, professeur adjoint de droit international à
la Fletcher School de droit et diplomatie et membre des barreaux
de New York et du District de Columbia,

M. Charalambos Apostolidis, maître de conférences à l'Université
de Bourgogne,

M. Paulo Canelas de Castro, assistant à la faculté de droit de
l'Université de Coimbra,

M. Michael B. Froman, Harvard Law School,

comme conseils;

M. Mario Lopes, procureur général de la République,

M. Feliciano Gomes, chef d'état-major de la marine nationale

comme conseillers.

The Government of Guinea-Bissau is represented by:

H.E. Mr. Fidélis Cabral de Almada, Minister of State attached to the
Presidency of the Council of State,

as Agent;

H.E. Mr. Fali Embalo, Ambassador of Guinea-Bissau to the Benelux
Countries and the European Economic Community,

as Co-Agent;

Mrs. Monique Chemillier-Gendreau, Professor at the University
of Paris VII,

Mr. Miguel Galvao Teles, Advocate and former Member of the Council
of State,

Mr. Keith Highet, Adjunct Professor of International Law at The
Fletcher School of Law and Diplomacy and Member of the Bars of
New York and the District of Columbia,

Mr. Charalambos Apostolidis, Lecturer at the University of Bourgogne,

Mr. Paulo Canelas de Castro, Assistant Lecturer at the Law Faculty of
the University of Coimbra,

Mr. Michael B. Froman, Harvard Law School,

as Counsel;

Mr. Mario Lopes, Procurator-General of the Republic,

Mr. Feliciano Gomes, Chief of Staff of the National Navy,

as Advisers.

Le Gouvernement du Sénégal est représenté par :

S.Exc. Me Doudou Thiam, avocat à la Cour, ancien bâtonnier, membre
de la Commission du droit international,

comme agent;

M. Birame Ndiaye, professeur de droit,

M. Tafsir Malick Ndiaye, professeur de droit,

comme coagents;

M. Derek W. Bowett, Q.C., professeur de droit international,
titulaire de la chaire Whewell, Queen's College, Cambridge,

M. Francesco Capotorti, professeur de droit international à
l'Université de Rome,

M. Ibou Diaite, professeur de droit,

M. Amadou Diop, conseiller juridique à l'ambassade du Sénégal
auprès du Benelux,

M. Richard Meese, conseil juridique, associé du cabinet Frère
Cholmeley, Paris,

comme conseils.

The Government of Senegal is represented by:

H.E. Mr. Doudou Thiam, Advocate, former Bâtonnier, Member of the
International Law Commission,

as Agent;

Mr. Birame Ndiaye, Professor of Law,

Mr. Tafsir Malick Ndiaye, Professor of Law,

as Co-Agents;

Mr. Derek W. Bowett Q.C., Queen's College, Cambridge; Whewell
Professor of International Law, University of Cambridge,

Mr. Francesco Capotorti, Professor of International Law, University
of Rome,

Mr. Ibou Diaite, Professor of Law,

Mr. Amadou Diop, Legal Advisor, Embassy of Senegal to the Benelux
countries,

Mr. Richard Meese, Legal Advisor, partner in Frere Cholmeley, Paris,

as counsel.

The PRESIDENT: Please be seated.

This morning we are going to hear the pleading of Senegal.

I call Mr. Thiam first.

Me DOUDOU THIAM : Je vous remercie, Monsieur le Président, Monsieur le Vice-Président, Messieurs les Juges.

Tout d'abord, je voudrais dire combien je me sens honoré d'avoir à diriger la délégation sénégalaise devant une instance aussi prestigieuse que la vôtre, et combien la patience et la sérénité dont vous avez fait preuve au cours des premières plaidoiries ont été pour moi une source précieuse d'inspiration.

Aussi, je voudrais déclarer d'emblée que le Sénégal évitera toute polémique, tout échange de propos désagréables devant la Cour. Il ne répondra pas à certains propos, peu courtois, prononcés ici même.

Je crois qu'il ne faut pas passionner les débats, et qu'il ne faut ni abuser de la liberté d'expression, ni tomber dans le travers qui consiste à se croire partout dans un amphi, et à considérer tout prétoire comme un prétoire d'étudiants.

Il ne faut tout de même pas se tromper d'auditoire.

Nous voici arrivés à ce que j'espérais être le dernier acte de ce drame, de cette pièce pleine de péripéties et d'imprévus, où la Partie adverse nous a promenés, d'une scène à l'autre, à travers un dédale de procédures.

Mais la Guinée-Bissau nous annonce déjà une nouvelle procédure.

La Guinée-Bissau aurait pu nous éviter ces longs détours puisqu'elle savait qu'elle ne se soumettrait pas, de toute façon, à une sentence défavorable du juge arbitral. Elle aurait pu suivre notre proposition initiale de soumettre directement ce différend à la Cour internationale de Justice, proposition que le Sénégal avait faite dès l'origine du différend dans une lettre où le Président de la République du Sénégal disait notamment :

"Pour nous, le problème est donc simple. Ou bien on applique à la lettre les conventions franco-portugaises d'avant l'indépendance du Sénégal, ou bien nous portons l'affaire devant la Cour internationale de Justice. Nous nous sommes engagés par avance, à accepter l'arbitrage de cette haute juridiction, quel qu'il puisse être."

Notre surprise est grande de voir la Partie adverse adorer aujourd'hui ce qu'elle avait brûlé hier en repoussant sans ménagement la proposition qui lui avait été faite.

Monsieur le Président, Monsieur le Vice-Président, Messieurs les Juges, bien qu'elle s'en défende, la Guinée-Bissau vous demande de prendre une énorme responsabilité, celle de déclarer nulle ou inexistante la décision d'un juge arbitral. Une telle demande, si elle était accueillie favorablement, constituerait une véritable secousse tellurique et ébranlerait le droit international tout entier. C'est pourquoi on doit espérer que la Cour, gardienne du droit international, ne la considérera - cette demande - qu'avec réserve et circonspection.

Cette première intervention du Sénégal sera consacrée à un bref examen des faits et à la tâche de la Cour dans la présente affaire.

I. Les faits

L'exposé des faits par la Guinée-Bissau frappe par le luxe de détails qu'il comporte, dans un recours où seules sont en cause les questions juridiques.

Ainsi, la Guinée-Bissau aurait pu nous dispenser du rappel, dans son mémoire, de sa position à l'égard de la succession aux traités conclus par le Portugal. Ce rappel ne semble avoir aucune pertinence, à partir du moment où la sentence, aujourd'hui définitive, a tranché le problème soulevé devant le juge arbitral de savoir si la Guinée-Bissau devait ou non succéder à l'accord conclu entre la France et le Portugal.

De même, ne semble plus avoir aucune pertinence la prétendue ignorance par les Parties de l'inexistence de l'accord de 1960, ignorance encore longuement évoquée par la Guinée-Bissau dans son mémoire. La Guinée-Bissau soutenait cet argument devant le Tribunal pour démontrer que ledit instrument était né d'un complot ourdi par le Portugal et la France à son encontre, complot auquel le Sénégal aurait participé comme complice. Dans son souci constant de politiser cette affaire à l'extrême devant le juge du fond, la Guinée-Bissau avait transformé le procès contre l'accord en procès du colonialisme.

Elle avait poussé cet artifice jusqu'à son comble, ne craignant pas au passage des contradictions manifestes. Pour soutenir la thèse d'un complot contre elle, la Guinée-Bissau monta un

drame entre trois acteurs : le Portugal, la France et le Sénégal (qui n'avait pas encore la capacité juridique pour conclure des traités puisqu'il n'était pas encore indépendant), entre trois acteurs imaginant le moyen de la dépouiller d'une partie de ses prétendues possessions maritimes par le moyen diabolique d'un accord de délimitation.

Pour échapper à l'accord, la Guinée-Bissau échafauda la thèse de l'ignorance. Selon elle, cet accord ne lui était pas opposable parce qu'elle n'en a eu connaissance que plusieurs années après son indépendance. La décision du juge arbitral confirmant la validité de l'accord et son opposabilité à la Guinée-Bissau rend inutile tout nouveau débat sur ce point.

Quant à l'ignorance de l'accord par le Sénégal, elle est aussi surprenante qu'elle manque de pertinence.

Elle est surprenante dans la mesure où la Guinée-Bissau avait soutenu que le Sénégal avait participé en tant que complice des puissances coloniales, à sa préparation et à sa conclusion. A moins d'être frappé d'amnésie, comment le Sénégal pouvait-il ignorer l'existence d'un instrument à l'élaboration duquel il aurait participé comme complice ?

Mais cette thèse de la prétendue ignorance de l'accord par le Sénégal est inopportune et sans pertinence. Pour le présent débat la seule question posée est celle de l'existence de l'accord et de sa validité, thèse qui n'a rien à voir avec une prétendue ignorance dudit accord. On se demande en passant comment la Guinée-Bissau peut prétendre que le Sénégal ignorait encore l'existence de l'accord de 1960, et rappeler en même temps que dès le 26 octobre 1977 une patrouille de guerre sénégalaise avait arraisonné un bateau de pêche dans la zone appartenant au Sénégal en vertu des droits qu'il tenait de cet accord (article 29, paragraphe 29, du mémoire guinéen devant la Cour).

Les faits qui furent à l'origine de l'accord de 1960 sont loin d'un complot. Ils résultent d'un désaccord entre la France et le Portugal au sujet de l'octroi de permis de concessions pétrolières dans la zone. Ce fait est confirmé de façon indiscutable par la sentence arbitrale relative au différend entre la Guinée-Bissau et la République de Guinée, autre ancienne colonie française voisine de la Guinée-Bissau. Dans cette sentence qui portait, elle, sur la délimitation maritime entre les deux Etats, il est dit expressément ceci :

"Le Gouvernement français, alors responsable des affaires extérieures du Sénégal,

proposa, pour éviter les risques de chevauchement entre concessions, de négocier une délimitation de la mer territoriale et du plateau continental entre la Guinée portugaise et le Sénégal. A la suite de conversations tenues à Lisbonne du 8 au 10 septembre, le président du Conseil du Portugal et l'ambassadeur de France à Lisbonne convinrent par un échange de lettres du 26 avril 1960 que la frontière de la mer territoriale, puis la délimitation de la zone contiguë et du plateau continental suivraient l'azimut de 240° à partir du Cap Roxo."

¹*Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX, p. 160, par. 26.

Il est donc établi que les faits qui sont à l'origine de l'accord n'avaient rien de politique. C'est un acte d'administration, normal, pour un Etat, que de fixer les limites de ses compétences territoriales. La France et le Portugal, en tant que puissances administrantes, ne faisaient là rien d'anormal, même dans le contexte de l'époque.

De plus la Guinée-Bissau, voulant se faire passer pour la victime du colonialisme et faire passer le Sénégal pour l'allié de ce colonialisme, quelle aberration! avait fait feu de tout bois, allant même jusqu'à nier, contre toute évidence, la contribution importante du Sénégal à sa lutte de libération nationale.

Mais la Cour se rappellera sans doute les résolutions du Conseil de sécurité qui, à l'époque, avaient suffisamment fait ressortir les relations difficiles qui existaient alors entre le Portugal et le Sénégal. Notre territoire a été l'objet de bombardements de la part du voisin portugais, en raison de la participation de notre pays à la lutte de libération nationale de la Guinée-Bissau. On ne reviendra pas sur cette contribution que personne ne peut nier, ne peut plus nier en tout cas.

*

* *

Je voudrais maintenant en venir aux phases ultérieures du déroulement des faits.

LES PRETENTIONS DE LA GUINEE-BISSAU

En 1982, rappelant qu'elle avait fait une réserve générale à l'égard des traités conclus par le Portugal, la Guinée-Bissau voulut, en conséquence, faire table rase de l'accord de 1960, et obtenir une nouvelle délimitation. Mais de cet accord, la Guinée-Bissau ne veut pas en entendre parler; même devant vous elle n'a évoqué, je le dirai tout à l'heure, que le problème de la délimitation (la validité de la délimitation), c'est véritablement faire la politique de l'autruche. Elle rejeta, à cette fin, la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités, en prétendant que celle-ci n'était applicable qu'aux frontières terrestres, excluant ainsi du débat les frontières maritimes. Et pour la première fois, elle montra le bout de l'oreille, en cherchant à faire repousser la frontière vers le nord, à partir de la limite extérieure de la mer territoriale, au-dessus de la ligne des 240° établie par l'accord en 1960. Le Sénégal ayant rejeté cette prétention, il n'y eut donc pas de négociations sur

ces bases. Contrairement aux affirmations de la Guinée-Bissau, il n'y a pas eu de *négociations* sur le fond du différend, après l'exposé par la Guinée-Bissau de ses prétentions.

LES NEGOCIATIONS EN VUE DU COMPROMIS

On décida de recourir à un règlement judiciaire pour éviter un affrontement.

Faillait-il saisir la Cour internationale de justice ?

Ici, la Guinée-Bissau nous a promenés dans un océan de fantaisies. On ne reviendra pas sur les différentes péripéties évoquées tout à l'heure, dans notre introduction. Il suffit de renvoyer à la lettre du premier ministre sénégalais donnant, malgré lui, son accord à la Guinée-Bissau pour *le mode de règlement que celle-ci préférait*, c'est-à-dire le mode arbitral.

Mais le Sénégal ne l'avait pas accepté sans avoir averti la Guinée-Bissau sur les responsabilités qu'elle prenait en choisissant une voie difficile, longue et onéreuse. On est surpris de voir la Guinée-Bissau se plaindre aujourd'hui de ne pas pouvoir saisir ce Tribunal disparu, comme si elle n'était pas pour quelque chose dans le fait dont elle se plaint, et comme si la prétendue omission du Tribunal était un mal irréparable. La Guinée-Bissau est trop avertie des procédures internationales - elle en use et en abuse - pour ignorer les voies et moyens permettant de délimiter une zone économique exclusive. Elle pourrait négocier avec le Sénégal. Elle pourrait saisir le tribunal qui a rendu la sentence. Elle pourrait confier cette tâche à un autre tribunal. Elle pourrait aussi saisir la Cour internationale de justice.

Mais revenons à la négociation du compromis. Celle-ci prit beaucoup de temps, la désignation du président également. Même le choix de l'arbitre du Sénégal, acte qui relevait de la compétence exclusive de ce pays, fut l'objet de contestations de la part de la Guinée-Bissau qui exigea de cet arbitre une déclaration selon laquelle il n'avait pas traité le dossier lorsqu'il exerçait, au quai d'Orsay, les fonctions de conseiller juridique du département français des affaires étrangères.

Le Sénégal aurait pu, lui aussi, soulever une objection sur le choix de l'arbitre de la Guinée-Bissau qui venait de participer, récemment, à un arbitrage entre deux Etats voisins, la Guinée-Bissau et la République de Guinée, arbitrage au cours duquel la présente affaire avait été évoquée à plusieurs reprises (je viens de vous donner lecture de quelques passages qui le prouvent),

arbitrage où les arbitres auraient pu être liés par les positions qu'ils avaient prises précédemment dans cette affaire que je viens d'évoquer.

Nous nous excusons d'avoir été obligés d'évoquer ce détail, mais la Guinée-Bissau a elle-même évoqué le choix de notre arbitre, sous la forme d'une insinuation inacceptable.

Quant à la rédaction du compromis, on se heurta, principalement, à deux difficultés majeures. La première était celle de la question à poser, la seconde était celle du statut de la zone litigieuse au cours de l'arbitrage.

La Guinée-Bissau proposa une "question" qui éludait complètement l'accord de 1960, faisant une impasse complète sur la question de sa validité. Aurait-elle subitement douté de sa position ? Ne voulant manifestement plus se placer sur ce terrain mouvant, elle invitait le Tribunal à une délimitation ex novo, excluant toute référence à l'accord de 1960.

Une telle démarche était évidemment inacceptable pour le Sénégal, dans la mesure où elle écartait des débats devant le Tribunal l'Accord de 1960 dont elle ne faisait même pas mention. En plus, il n'eût pas été honnête vis-à-vis de la juridiction saisie, de masquer l'existence d'un accord que, de toute façon elle aurait découvert, et sur la validité duquel elle n'aurait pas pu se prononcer.

La Guinée-Bissau ne dut finalement accepter de poser la question de la validité de l'accord que sous réserve d'une question subsidiaire, qu'elle proposa, et que le Sénégal finalement accepta. Cette question subsidiaire était la suivante :

"En cas de réponse négative à la première question (celle de la validité de l'accord), quel est le tracé de la ligne délimitant les territoires maritimes qui relèvent respectivement de la République de Guinée-Bissau et de la République du Sénégal ?"

Telle est la question subsidiaire qui a été posée, mais subsidiairement).

La Guinée-Bissau persiste aujourd'hui encore, contre toute évidence, à soutenir que la tâche confiée au Tribunal était une tâche de délimitation (mémoire, par. 27). Mais si le Tribunal était saisi d'une délimitation, il ne l'était que subsidiairement. Il était d'abord saisi directement de la validité d'un accord. A écouter la Guinée-Bissau pendant tous ces jours-ci, on a même l'impression que le Tribunal n'était saisi que d'une seule question, celle de la délimitation d'une frontière. Or le Tribunal était d'abord saisi de la validité d'un accord, question sur laquelle la Guinée-Bissau a jeté un voile

publique, parce qu'elle est embarrassante pour elle. Que la validité de cet accord eut pour conséquence de confirmer l'existence de la frontière que celui-ci avait défini n'est pas contestable. Il n'empêche que la question posée à titre principal, qui est celle de la validité de l'accord, soulevait un débat juridique d'un autre ordre que celui d'une délimitation maritime, et que c'est à tort que la Guinée-Bissau reproche au Tribunal de ne pas avoir procédé à une délimitation complète, incluant celle de la zone économique exclusive. Il ne faut pas faire de l'amalgame.

Certes, il est encore loisible à la Guinée-Bissau, si elle le souhaite, de demander l'ouverture de nouvelles négociations sur la délimitation de cette zone économique exclusive, par les procédures qui lui sont ouvertes. De toute manière, le Sénégal restera toujours disponible et fera preuve d'esprit d'ouverture, de fraternité et de dialogue. Contrairement à ce que l'on croit, et à ce que la Partie adverse a tenté de faire croire, c'est également l'intérêt du Sénégal de faire délimiter cette zone.

Nous sommes également intéressés par la pêche qui est la deuxième activité économique du Sénégal, comme cela résulte d'une note que nous avons déposée devant le Tribunal arbitral, à la demande de celui-ci. C'est par ignorance que la Partie adverse avait soutenu que le Sénégal n'était intéressé que par les ressources du plateau continental. Et de toutes ces ressources, la Guinée-Bissau en est autant pourvue que le Sénégal, sinon plus, et elle le sait. Mais pendant que le Sénégal faisait des recherches, la Guinée-Bissau chantait et dansait bercée par l'insouciance. C'est ici le lieu de répondre à l'argument de l'équité invoqué par un conseil de la Guinée-Bissau, M. Keith Hight. Si mon confrère n'avait pas pris trop tard le train en marche, il aurait eu le temps de lire attentivement les procès-verbaux des débats devant le tribunal et il aurait découvert que le Sénégal avait démontré que même une délimitation *ex novo* aurait abouti à un résultat sensiblement identique à celui de l'accord. Il aurait découvert, avec surprise, qu'au moment des négociations de l'accord avec le Portugal, c'est la France qui avait fait les concessions les plus importantes, notamment sur les lignes de base. Cela résulte du document que la Guinée-Bissau avait imprudemment produit devant le Tribunal arbitral. Tout cela a été débattu.

Ce n'est pas parce que la Guinée-Bissau attaque ce que la Partie adverse appelle un "accord colonial" qu'il faut lui accorder *à priori* un préjugé favorable. Nous sommes tous des Etats

anciennement colonisés, et à ce titre, nous avons droit à une égalité de traitement. En plus, le Sénégal s'appuie sur le principe de l'intangibilité des frontières coloniales. Il ne change pas d'attitude à l'égard des principes suivant que ceux-ci lui sont ou non favorables.

Mais la Guinée-Bissau tente de faire oublier que la délimitation de la frontière maritime n'était qu'une tâche subsidiaire que le Tribunal ne devait entreprendre qu'en cas de réponse négative à la question principale qui était celle de la validité de l'accord.

La deuxième difficulté était relative au statut de la zone litigieuse pendant la durée de l'arbitrage.

Jusqu'à la naissance du différend, le Sénégal avait exercé sur cette zone des activités paisibles et continues. Même pendant la guerre de libération nationale de la Guinée-Bissau où le Sénégal avait pris part activement aux côtés de la Guinée, le Portugal n'avait jamais tenté de remettre en cause ces activités.

La Guinée-Bissau, pour tous remerciements, tenta au contraire de remettre en question l'effectivité dont bénéficiait le Sénégal, et, pour cela, proposa une disposition selon laquelle les activités que le Sénégal exerçait dans la zone depuis longtemps ne préjugeaient pas de ses droits sur cette zone.

Elle fit de l'insertion de cette disposition une condition irréfragable et c'est dans ces conditions que fut signé le compromis d'arbitrage dont le texte est clair. Il posait au Tribunal deux questions. La deuxième question n'ayant qu'un caractère subsidiaire, le Tribunal ne devait y répondre qu'en cas de réponse négative à la première question, celle de la validité de l'accord. "En cas de réponse négative", le sens cette expression est clair et, conformément aux règles d'interprétation des traités, elle ne présente aucune ambiguïté qui nécessiterait une interprétation quelconque. J'ai admiré les efforts de notre collègue de langue anglaise qui essayait, hier, d'interpréter le sens d'un texte rédigé en français par référence à l'expression anglaise "*in the event*". En ce qui me concerne, je ne trouve pas utile de me livrer à un tel exercice. Il n'est pire sourd que celui qui ne veut point entendre. Encore une fois, l'expression "*En cas de réponse négative*" est claire. Elle se suffit à elle-même. Le compromis ne demandait pas au Tribunal de répondre nécessairement à toutes les deux questions en

même temps, ce qui eut été absurde, mais de ne répondre à la deuxième question qu'en cas de réponse négative à la première.

La Guinée-Bissau tenta cependant, au cours des débats devant le Tribunal arbitral, de nier, contre toute évidence, le caractère subsidiaire de la deuxième question. Selon elle, cette deuxième question commençant par les termes : "En cas de réponse négative...", n'était pas une question subsidiaire mais une question *autonome, indépendante* et non subordonnée à la réponse donnée à la première question et qui permettrait au Tribunal de répondre par un "*oui, mais...*", autrement dit de façon partiellement *négative* et partiellement *positive*. Curieux procédé que celui qui consiste à poser une question en suggérant la réponse ! Car, dans l'esprit de la Guinée-Bissau la réponse devait nécessairement aboutir à faire relever la frontière vers le nord, au-dessus de la ligne définie par l'accord de 1960, à partir de la limite extérieure de la mer territoriale. Cela était la préoccupation constante de la Guinée-Bissau.

Mon collègue, M. Bowett, parlera tout à l'heure de l'interprétation du compromis, sur laquelle la Partie adverse revient encore longuement bien qu'elle déclare ne pas remettre en cause le fond de l'affaire et donc l'interprétation qui a été faite par le Tribunal de ce compromis.

Mais je voudrais maintenant passer au prononcé de la sentence et aux phases postérieures.

LE PRONONCE DE LA SENTENCE

La Guinée-Bissau feint de s'étonner de l'absence d'un arbitre à l'audience même où la sentence fut communiquée aux Parties. Mais elle passe sous silence le fait que l'arbitre avait préalablement délibéré et voté comme cela résulte de la sentence même et n'est contesté par personne. Il est vrai que la Guinée-Bissau a tenté ici même, au cours des débats oraux, de diminuer la portée du vote du président Barberis par une distinction hasardeuse (et tellement artificielle qu'elle fait sourire), entre l'opinion d'un juge et son vote. On ne peut cependant pas contester que le vote est l'expression décisive de la conviction du juge. Il n'y en a pas d'autre.

Sur quoi serait donc fondée la prétention d'obtenir de explications sur cette absence formulée au paragraphe 37 de son mémoire lorsqu'elle dit : "Aucune explication de son absence ne fut fournie." Un tribunal doit-il expliquer officiellement et publiquement, à l'audience même, les raisons

de l'empêchement d'un juge ? Au demeurant, à moins que le compromis n'en dispose autrement, rien n'oblige un Tribunal arbitral à tenir une audience publique pour le prononcé de sa sentence. Il peut même la communiquer par lettre aux parties. Ce qui est essentiel encore une fois, c'est le délibéré et l'expression par les arbitres de leur vote.

APRES LA SENTENCE

Dès le prononcé de la sentence, il n'était point nécessaire d'être grand clerc pour deviner que la Guinée-Bissau allait aussitôt contester celle-ci. Les questions que son agent a posées, et les réserves qu'il a formulées publiquement lors de l'audience où fut communiquée la sentence sans la moindre courtoisie, ne laissèrent aucun doute sur ses intentions. La Guinée-Bissau vient d'admettre devant la Cour qu'elle avait exprimé publiquement des réserves à l'égard de la sentence. Elle n'avait pas harcelé le Tribunal dit-elle, mais elle avait exprimé publiquement des réserves, ce n'est pas mieux.

Ce qui avait surpris, c'était plutôt la voie qu'allait choisir la Guinée-Bissau, c'est-à-dire l'acceptation subite de la compétence de la Cour, compétence, faut-il le rappeler que la Guinée-Bissau avait également exclue de son adhésion à la convention de Montego Bay en novembre 1986².

Elle a de la suite dans les idées, du moins elle en a eu jusqu'au prononcé de la sentence. Mais la sentence rendue le 31 juillet 1989, la Guinée-Bissau déclara le 8 août 1989, soit une semaine après, son acceptation de la compétence obligatoire de la Cour. Etrange.

A partir de là, le Sénégal n'avait plus aucun doute sur le fait que la Cour allait être saisie d'une requête contre la sentence. Le Gouvernement du Sénégal tint immédiatement un conseil à l'effet de déterminer sa position à l'égard de cette nouvelle situation aussi étrange qu'imprévue.

Parmi les différentes positions possibles, était celle d'une limitation du champ d'application de son acceptation de la clause facultative de juridiction obligatoire. Le Président de la République du Sénégal n'opta pas pour cette solution. Il fallait au contraire accepter d'aller devant la Cour. C'était plus conforme à notre ligne de conduite fondée sur le respect de la primauté du droit. Il fallait aussi laisser la Guinée-Bissau aller jusqu'au bout de ses intentions afin de rendre encore plus évidentes les conséquences et les manœuvres dont une des parties était capable.

² Law of the Sea Bulletin, n° 8, novembre 1986.

Dans une affaire aussi sérieuse que celle-ci, la Guinée-Bissau nous a promenés dans un océan de fantaisies, allant d'une juridiction à l'autre sans jamais se lasser. Cela n'est pas raisonnable, cela n'est pas sérieux, et cela ressemble fort, bien qu'elle s'en défende, à un abus de procédure.

Mais, suivons le déroulement des faits.

Quarante-huit heures seulement après la communication de la sentence, mon distingué collègue, agent de la Guinée-Bissau, se rendit à Dakar, alors que l'agent du Sénégal était encore retenu à Genève. Son voyage était aussi inattendu que surprenant. Il voulait informer, à la place de l'agent du Sénégal, seul habilité à le faire, le chef de l'Etat sénégalais du résultat de la sentence et lui apprendre, texte à l'appui que :

"la prétendue sentence n'avait pas consacré les thèses sénégalaises dans leur intégralité, que la délimitation complète demandée par les deux parties n'avait pas eu lieu, que la présence d'une opinion dissidente, mais surtout d'une déclaration du président du Tribunal remettait en cause l'existence même de la sentence"

et elle poursuit

"Rien de tout cela n'avait jusqu'alors été porté à la connaissance du Président du Sénégal (mémoire de la Guinée-Bissau, par. 44)."

Je remercie mon collègue de la Guinée-Bissau pour ce bel empressement, quel savoir faire ! Et quelle étrange mission ! Je remercie l'agent guinéen de son zèle et de son dévouement à l'égard de mon pays. Mais, je suis obligé de contester sa relation des faits. Comment une opinion dissidente d'un arbitre peut-elle remettre en cause la validité d'une sentence arbitrale ?

Quant à la déclaration évoquée, mes collègues en discuteront le sens et la portée. Je me bornerai quant à moi à quelques brèves remarques.

L'exégèse de la déclaration du président du Tribunal arbitral, exposée dans les paragraphes 174 à 185 du mémoire adverse, traduit un effort trop laborieux et trop habile pour être convaincant.

A la place de la formule de la sentence selon laquelle :

"L'accord fait droit entre la République de Guinée-Bissau et la République du Sénégal, pour ce qui concerne les seules zones mentionnées dans l'accord à savoir la mer territoriale, la zone contiguë et le plateau continental"

le président Barberis aurait préféré une formule différente, exprimant la même idée, en disant que "l'accord fait droit entre les parties, mais il ne fait pas droit quant aux eaux de la zone

économique exclusive ou de la zone de pêche".

En d'autres termes, il aurait remplacé le mot seules par le mot mais. Contrairement aux dires de la Guinée-Bissau, cette différence d'expression ne traduit pas une différence de fond. Les deux formules disent strictement la même chose, à savoir que l'accord s'applique aux trois zones qui étaient les seules connues du droit de la mer à l'époque de sa conclusion, la mer territoriale, la zone contiguë et le plateau continental. Une même idée peut s'exprimer sous une forme positive ou sous une forme négative.

En disant "l'accord fait droit en ce qui concerne les seules zones mentionnées dans l'accord", ou en disant "l'accord fait droit, mais il ne fait pas droit quant aux eaux de la zone économique exclusive ou de la zone de pêche", on exprime de toute façon la même idée, qui consiste à exclure du champ de l'accord la zone considérée. L'effort de sémantique auquel se livre la Guinée-Bissau ne traduit que son embarras. Il est difficile de transformer la vérité en mensonge.

Le président du Tribunal, le président Barberis, est un homme consciencieux et méthodique, d'une grande intégrité (c'est pourquoi nous avons été d'accord tous les deux pour le choisir) d'une grande fermeté de caractère, et si son intention avait été de dire le contraire de ce qu'il a écrit, il aurait évidemment voté contre la sentence, et je m'indigne qu'on le fasse passer ici pour une girouette. Le mot mais n'a jamais signifié non, et l'on peut s'étonner que la distinguée représentante de la langue de Voltaire qu'est Mme Chemillier-Gendreau se compromette à ce point avec les mots. L'idée d'une validité partielle de l'accord et dont le but est de relever partiellement la ligne à partir d'une certaine distance de la côte est une idée que poursuit inlassablement la Guinée-Bissau depuis la naissance du différend. De là à prêter ses propres intentions au président Barberis, il y avait qu'un pas que la Guinée-Bissau a allégrement franchi. L'opinion que prête la Guinée-Bissau au président Barberis est l'idée de la Guinée-Bissau seule, pas celle du président du Tribunal arbitral.

*

* *

II. LA TACHE DE LA COUR

Je voudrais maintenant examiner le problème de la compétence de la Cour avant de dire comment nous concevons sa tâche dans la présente affaire. Et d'abord la compétence de la Cour.

On se rappelle certainement qu'au cours de la procédure relative à la demande en indication de mesures conservatoires, le Sénégal avait formulé des réserves quant à la compétence de la Cour. La Guinée-Bissau n'avait pas encore développé sa requête, ni exposé ses moyens et on ignorait encore si cette requête ne tendait pas à remettre en cause l'autorité de la chose jugée. Comme l'écrivait un éminent juge de cette Cour, Charles de Visscher :

"L'autorité de la chose jugée est le trait spécifique de l'acte juridictionnel... Le fondement de l'autorité de la chose jugée réside dans sa nécessité sociale. Il est de l'intérêt général que les litiges ne recommencent pas indéfiniment relativement au même objet. La présomption de vérité qui s'y attache est, s'il se peut, plus impérative encore dans les relations entre Etats que dans l'ordre interne³."

Les réserves que le Sénégal avait énergiquement formulées au cours de l'audience devant la Cour, ont probablement amené la Guinée-Bissau à changer son fusil d'épaule. Quoi qu'il en soit, nous prenons acte de sa déclaration, maintes fois formulée dans ses écrits, selon laquelle son action se cantonne à la question de l'inexistence ou de la nullité de la sentence, qu'elle n'est ni un appel ni une demande en révision. Qu'elle est limitée au seul terrain du droit. Si tel est réellement le cas, nos réserves n'ont plus d'objet. Encore faut-il dire que certains pourvois en prétendant se limiter aux seules questions de droit, en fait, tendent à remettre en cause l'interprétation des faits par le premier juge même de la décision attaquée, et l'action de la Guinée-Bissau ressemble fort à celles-là.

³Charles de Visscher - Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice, Paris - Pedone, 1966.

Cette tentative est à nouveau confirmée par la nouvelle requête du 12 mars 1991 tendant à obtenir une délimitation autre que celle définie par l'accord de 1960 et confirmée par la sentence du 31 juillet 1989. Une telle tentative, par son caractère prématuré, anticipe sur votre décision dans la présente affaire, mais nous attendons d'en savoir plus, en tout cas je le répète encore, le Sénégal est ouvert à toute solution qui permettrait d'en finir avec cette affaire, y compris celle qui consisterait à faire délimiter la zone économique exclusive, à condition, bien entendu, qu'elle respecte les voies de droit qui sont ouvertes.

Quoi qu'il soit, ainsi que nous l'avons dit tout à l'heure, le jeu auquel se livre la Guinée-Bissau a l'allure d'un abus de procédure. Les actions entreprises, les unes après les autres, tendent toutes, à retarder la solution définitive du litige : rejet de la sentence arbitrale après avoir choisi et imposé ce mode de règlement; saisine de la Cour en contradiction manifeste avec ce choix initial; procédure en indication de mesures conservatoires tendant à faire suspendre les effets de la sentence. Nul ne conteste à la Guinée-Bissau le droit d'user de toutes les voies de droit qui lui sont légalement ouvertes. Mais c'est dans la manière dont on exerce un droit que réside souvent l'abus. La jurisprudence internationale connaît l'abus de procédure, comme cela est exposé aux paragraphes 42 à 44 du contre-mémoire, exposé auquel je ne reviendrai pas. Mais la présente action semble s'apparenter à un abus de procédure, ne serait-ce que par l'énorme disproportion entre les moyens invoqués et la demande, entre la légèreté de ces moyens et l'importance de la demande, son caractère exorbitant.

Mes collègues examineront avec vous ces moyens.

Pour essayer de dissiper l'énorme confusion qui règne entre ses différentes initiatives, confusion qui n'est pas de notre fait, il faut bien l'avouer, la Guinée-Bissau vous a soumis une classification de ses différentes initiatives : affaire A, affaire B et affaire C. Le Sénégal ne rentrera pas dans ce débat, car l'affaire qui préoccupe la Cour en ce moment, c'est bien l'affaire relative à la sentence arbitrale, et celle-ci est bien définie.

Mon propos sera plutôt de souligner la différence radicale qui oppose les deux Parties quant à leurs conceptions du rôle de la Cour.

Au paragraphe 72 de son mémoire, la Guinée-Bissau s'est déclarée : "convaincue de l'inexistence et de la nullité absolue de cette sentence" dès l'examen auquel elle a procédé dans les jours qui ont suivi le 31 juillet 1989. Elle poursuit en prétendant qu' :

"elle sait que ce type de nullité opère de plein droit et n'est pas subordonnée à la décision d'un organe donné, car une sentence ainsi affectée, se trouve dès le début, dépourvue de tout effet".

Le Gouvernement de la Guinée-Bissau en a conclu : qu'"il n'est donc pas soumis à une obligation générale de soumettre au règlement judiciaire son différend avec le Sénégal, au sujet de la validité de la sentence". La Guinée-Bissau ne se considère pas comme tenue de comparaître devant une juridiction quelconque pour faire apprécier la validité de la sentence.

Cette affirmation est pour le moins audacieuse dans la mesure où elle implique que la Guinée-Bissau pourrait se suffire de sa propre déclaration unilatérale de nullité, mais qu'elle vient à la Cour par simple bienséance, courtoisie, et par souci de préserver les relations pacifiques entre nos deux pays (je la remercie) la Cour ne pouvant que constater l'inexistence ou la nullité.

Cette conception est erronée et dangereuse.

Elle est erronée dans la mesure où elle simplifie jusqu'à la caricature le rôle du juge, en le transformant en une sorte d'automate et en transformant la Cour en une chambre d'enregistrement. Dans toute affaire portée devant lui, le juge exerce nécessairement son esprit critique. Il conserve son droit d'appréciation et de jugement. Les actions juridiques, comme celle-ci, confient au juge une mission déclaratoire, mission qui exige de la part de celui-ci jugement et sagacité. Ayant pour but de faire constater l'existence ou l'inexistence d'une situation juridique ou de solliciter l'interprétation d'un traité ou la définition d'une ligne de conduite à tenir par les parties, ces actions déclaratoires se situent à un haut niveau d'intelligence et de responsabilité, exigent une connaissance approfondie de la règle de droit et une grande sagesse dans l'application de celle-ci, toutes choses qui ne vont pas sans une grande liberté de jugement. La thèse de la nullité automatique soutenue par la Guinée-Bissau existe peut-être dans les livres, mais elle n'existe pas dans la réalité.

Cette thèse est également dangereuse parce qu'elle introduit une insécurité permanente dans les relations internationales, toute partie qui conteste une sentence arbitrale se considérant autorisée à se faire justice à elle-même. Elle déclencherait une avalanche de refus et de rebellions de la part de

toute partie qui succomberait devant un tribunal arbitral.

Enfin, une telle conception réduirait à néant le principe de la bonne foi, principe cardinal du droit international, car il est toujours plus facile de trouver un bon prétexte qu'une bonne raison pour ne pas se soumettre à une décision dont on aurait lieu de ne pas être satisfait.

On le voit, les conceptions des deux Parties sur la tâche de la Cour sont radicalement différentes et même opposées. Cet antagonisme plonge ses racines dans les philosophies profondes dont chacune d'elles s'inspire. Il y a en Afrique deux écoles de pensées. Il y a celle qui croit à la primauté du droit et il y a l'autre.

La présente affaire sera pour la Cour l'occasion de remettre les pendules à l'heure et de montrer que le respect du droit s'impose partout dans le monde avec la même rigueur.

Je disais en commençant qu'on vous demande de prendre une grande responsabilité, celle, par votre décision, de rendre fragile une grande conquête du droit international : la sentence arbitrale. C'est pour la protéger que les causes de nullité d'une sentence sont d'une rigueur exceptionnelle et sont enfermées dans des limites étroites, et que les faits invoqués doivent être d'une gravité exceptionnelle.

Selon le Sénégal, il n'y a ici, *ni corruption, ni contrainte, ni ultra vires, ni infra petita, ni ultra petita, ni violation d'une règle impérative de international.*

La Cour considère-t-elle qu'elle est vraiment devant l'une de ces causes pour créer un précédent dont l'histoire parlera à travers les âges ? Votre décision le dira.

Avant de terminer, je voudrais indiquer à la Cour les orateurs qui vont intervenir et l'ordre dans lequel ils vont intervenir : M. Derek W. Bowett parlera de l'interprétation du compromis; M. Capotorti parlera de la prétendue nullité de la sentence; M. Derek W. Bowett parlera ensuite de la prétendue inexistence de la sentence; et à un moment opportun, je prendrai à nouveau la parole pour donner lecture de nos conclusions.

Je vous remercie, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

The PRESIDENT: Thank you, Mr. Thiam and now Mr. Bowett please.

Mr. BOWETT: Mr. President, Members of the Court, it is my task to address two issues. The first is the interpretation of the *compromis* of 12 March 1985; the second is the alleged "inexistence" of the Arbitral Award of 31 July 1989. I shall at this stage deal only with the first of these issues. My colleague Professor Caportorti will then deal with Guinea-Bissau's subsidiary argument on the alleged nullity of the Award, and I will then conclude by dealing with Guinea-Bissau's primary argument on the alleged "inexistence" of the Award.

I. The Interpretation of the *Compromis d'Arbitrage* of 12 March 1985

Guinea-Bissau alleges an *excès de pouvoir* by the Arbitral Tribunal. It is common ground between the Parties that the powers of the Tribunal are established by the *compromis*. Necessarily, therefore, if it is alleged that the Tribunal has exceeded its powers, it is to the *compromis* that one must turn, for it is the *compromis* which will determine the extent of those powers, and therefore govern the question of whether an excess has been committed, or not.

But here I would introduce a word of caution. A *compromis* may well contain an express limitation on the powers of the Tribunal, a limitation so clear that an excess is absolutely clear. Most provisions of a *compromis* are, however, not drafted in that clear and restrictive way. They are drafted as a positive grant of power, and it is an essential part of the Tribunal's task to interpret the *compromis*, to come to its own decision about the extent of its powers: this is "*la compétence de la compétence*". This is the principle embodied in Article 36, paragraph 6, of the Court's Statute. But it is a principle applicable to all judicial or arbitral bodies. As the Court stated in ruling on the Preliminary Objection in the *Nottebohm* case:

"Paragraph 6 of Article 36 merely adopted, in respect of the Court, a rule consistently accepted by general international law in the matter of international arbitration ... an international tribunal has the right to decide as to its own jurisdiction and has the power to interpret for this purpose the instruments which govern that jurisdiction." (Judgment of 18 November 1953, pp. 119-120.)

Thus, every Tribunal has this interpretative function: it is an inevitable and necessary part of the judicial or arbitral function. It is equally inevitable that, in exercising this interpretative function, the Tribunal may face two parties with different views on how the *compromis* should be interpreted.

This kind of difference will arise most commonly over the interpretation of that provision in the compromis which defines the task of the Tribunal. And this for the very obvious reason that, as we all know, the greatest difficulty in drafting any compromis is to find a form of words which will embrace the views of both parties as to how the dispute - and therefore the task of the Court - is to be defined.

Thus, quite frequently, the tribunal in question is forced to interpret the *compromis* and, almost inevitably, to take a decision which will displease one or other party. But does that mean its award is a nullity? Certainly not. It means only that the aggrieved party then has to consider whether the tribunal's interpretation falls legitimately within that margin of interpretative discretion which every tribunal has - *la compétence de la compétence*. Or whether the tribunal's interpretation of its task under the *compromis* is so manifestly untenable that, in effect, the tribunal has assumed a role the parties never intended to confer upon it: in short, that the tribunal has committed an *excès de pouvoir*.

In the case before you, Guinea-Bissau has taken this second, extreme view. And so it falls to this Court to basically decide whether the Arbitral Tribunal's interpretation of Article 2 was not that intended by either Party, and was so manifestly untenable that it was an *excès de pouvoir*. Specifically, you have to decide whether the Tribunal committed a manifest and serious error in interpreting Article 2 as posing two *alternative* questions. Or whether, as Guinea-Bissau argues, the Tribunal was bound to proceed to Question 2, even after having given an affirmative answer to Question 1.

In my submission, it is not enough for you to decide that Guinea-Bissau's interpretation of Article 2 is equally tenable. It is not enough, even, that you should decide that both interpretations of Article 2 are possible, and that, had the original case been before this Court, you would have preferred the interpretation advanced by Guinea-Bissau. For the margin of appreciation rests with the original Tribunal: that is *la compétence de la compétence*. You cannot simply substitute one possible interpretation for another - for that would be to trespass upon the undoubted competence of the original Tribunal.

What you have to decide is whether the Tribunal's interpretation was so manifestly wrong, so clearly untenable, so clearly beyond the contemplation of both Parties, that it has exceeded its powers, or refused to exercise a power of decision it was required to exercise. That is the question.

To answer that question we shall, of course, have to examine the *travaux préparatoires* to see what the Parties intended. Then we shall have to analyse with care the actual texts of the provisions adopted in the compromis. Then we shall have to analyse the interpretations adopted by the Tribunal of the provisions in question - principally Article 2, but also, to some extent, provisions in Article 4 and Article 9. I will examine each of those questions in turn. But let me first say a word about the relevant principles of interpretation.

1. The Principles of Interpretation

These principles are not, as such, controversial and are to be found expressed in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. I need not bore the Court with any lengthy discussion. Let me summarize them in a few, simple propositions.

- All principles or rules of interpretation have as their aim to elucidate the common will of the Parties.
- The words used are to be given their plain and ordinary meaning.
- Interpretation must be in good faith. From this it follows that, where a formula of words is proposed by Party A, Party B is entitled to construe those words in their ordinary meaning. It is not permissible for A, subsequently, to argue that the words had some special meaning, a meaning that had not been disclosed to Party B in the negotiations, for that would be a breach of good faith. This is the so-called *contra proferentem* rule.
- A real obscurity, or ambiguity, can be clarified by reference to the *travaux préparatoires*.

Then there is another principle, for which Guinea-Bissau has argued in its Memorial (paras. 116-121). This is a principle peculiar to compromissory clauses or treaties - such as a *compromis d'arbitrage* - and it is to the effect that the powers conferred on a court or tribunal must be strictly construed. Senegal has no quarrel with that. Certainly if a tribunal is required to answer Questions 1 or 2, it has no business answering Questions 1 and 2, or even 1 and a part of 2.

The law on this is clear enough. In its Counter-Memorial, Senegal has referred to two relevant cases, the *Minquiers and Ecrehos* case, and the *Island of Palmas* case (paras. 77-78). In the *Minquiers and Ecrehos* case the Court noted that it was asked to decide whether the islands belonged to France or the United Kingdom. The Court accepted this strict alternative. It held that it had no power to decide that the islands belonged to neither, or to both.

Similarly, in the *Island of Palmas* case, the question was again posed in the alternative: did the island belong to the United States or to the Netherlands? Judge Huber accepted that he was bound by the alternative. He could not decide that the island belonged in part to the United States and in part to the Netherlands.

My submission is that the differences between the Parties as to the principles governing the interpretation of the *compromis* of 12 March 1985 are minimal, and in fact, do not affect the real point at issue, so I need detain the Court no longer. I pass to the *compromis* itself.

2. *The Compromis of 12 March 1985*

(a) Its origins

A few words about the origins of this *compromis* may be helpful. Initially, Guinea-Bissau proposed arbitration, and opposed Senegal's preference for submission to this Court. So it was left to Guinea-Bissau to propose a draft *compromis*, and this it did on 23 June 1982, identifying the question to be put to the Tribunal in the following terms:

"Quel est le tracé de la ligne délimitant les territoires maritimes qui relèvent respectivement de la République du Sénégal et de la République de la Guinée-Bissau?"

This made two things clear. Guinea-Bissau wanted one, single line; and no mention of the 1960 maritime boundary agreement between Portugal and France. This first was acceptable. Senegal also wanted a single line. But the second was not, and so on 1 February 1984 Senegal proposed an alternative:

"L'Accord conclu par un échange de lettres, le 26 avril 1960, et relatif à la frontière en mer, fait-il droit dans les relations entre la République de Guinée-Bissau et la République du Sénégal?"

The Parties, when they began the second phase of negotiations in April 1984, thus had two

alternatives and very different formulations of the question. I want to stress the difference between these two questions. Senegal's question did not ask for a delimitation. It simply asked a question about the validity of the 1960 Agreement: did it bind the Parties? The Guinea-Bissau question asked for a delimitation "*quel est le tracé de la ligne...?*" Obviously, there had to be a solution and it was Guinea-Bissau who, at the meeting on 26 April 1984, proposed one. This solution consisted in accepting Senegal's question, but then adding: "*en cas de réponse négative, quel est le tracé de la ligne délimitant les territoires maritimes etc.?*"

Now there cannot be much doubt about what that meant. There were two questions, certainly. But the *first* question was the Senegalese question; and only in the case of a negative reply to that question did the *second* question, the Guinea-Bissau question, come before the Tribunal. The two questions were mutually exclusive.

You may feel that this was bad drafting, and that it would have been more prudent to give the Tribunal more flexibility in the sense of giving the Tribunal power to address both questions, in so far as both questions might prove relevant. It could have been done. Instead of saying "In case of a negative reply...", one could have said "In case of a reply to the first question which may be totally or partially negative...". Or Guinea-Bissau might have been quite specific and, starting from the premiss that even if the 1960 Agreement was binding, it concerned only the territorial sea, contiguous zone and continental shelf, added a quite new question, what I might call Question 1 bis.

Something like the following:

"In case of an affirmative answer to the first question, and bearing in mind the fact that the 1960 Agreement concerned only the territorial sea, contiguous zone and continental shelf, what is the boundary for the superjacent waters? Is it the same line, or a different line?"

But that was not done, and we have to speculate over why Guinea-Bissau tied the Tribunal to two alternative and mutually exclusive questions. Presumably the answer lies in the fact that Guinea-Bissau wanted a *single* line. It did not want two different lines. So Guinea-Bissau was content that the Tribunal should have a simple choice: either the 1960 line, or a new line. But it was to be the same line throughout, and granted that in 1984 the law recognized that a shelf boundary

extended to 200 miles, if it had to be the 1960 line, then that would suffice for all purposes.

I make no criticism of that choice. It was a perfectly rational choice and quite understandable when Guinea-Bissau remained confident that the Tribunal would reject the 1960 line. But it did mean that the Tribunal had to decide between the two alternatives: if it answered Question 1 affirmatively, Question 2 simply did not arise.

Of course, this was not the end of the negotiations. But it was the origin of what became, ultimately, Article II of the *Compromis*. In the negotiations that followed, Senegal initially rejected the Guinea-Bissau proposal: that was in May 1984. By June, Guinea-Bissau seemed prepared to reconsider Senegal's single question, but then by November reverted once again to the two questions. But the second was still a strict alternative, being prefaced by the words, "*en cas de réponse négative à la première question*". Moreover, this version did not, in terms of the second question, ask the Tribunal to draw the line, but rather to indicate the principles and rules which would permit the Parties to negotiate a line. So, in 1984, Guinea-Bissau did not envisage that either question would produce a delimitation by the Tribunal.

This was a significant proposal, because it also showed how Guinea-Bissau regarded the two questions as totally separate and mutually exclusive.

Either Question 1 was answered affirmatively - and the whole matter was assumed to be resolved by the Tribunal; or the 1960 Agreement was rejected, and the line had to be negotiated by the Parties in the light of the Tribunal's guidance on principles. It was impossible, under this scheme, for the Tribunal to answer "yes" to the first question, and then go on to give partial answers, let alone draw further lines, to the second question. Nothing could have been further from the minds of the Guinea-Bissau's negotiators.

A real impasse then developed, broken only at the meeting of Heads of State in Dakar early in 1985, and from this meeting the final text emerged. We have no records of that meeting, nor has Guinea-Bissau. Yet Guinea-Bissau simply asserts in its Memorial (para. 27) that the formula adopted was a "double question", designed to ensure that the Tribunal proceeded to a complete delimitation of the maritime zones, whatever its reply to the first question.

Mr. President, Senegal believes that assertion to be totally wrong. It is not backed by any records of the meeting. It is quite contrary to the whole sense of the earlier proposals by Guinea-Bissau. It is inconceivable that Senegal would ever have agreed to a proposal in that sense. And it is plainly contrary to the words used. The words actually agreed, the agreed text of Article 2 is now on the board behind me, and I would like it to remain there, so that it is firmly in the minds of the Court as I proceed with my argument.

Mr. President, maybe that would be better done after coffee.

The PRESIDENT: Thank you very much, Mr. Bowett.

We will resume in 10 minutes or thereabouts. Thank you.

The Court adjourned from 11.15 a.m. to 11.35 a.m.

The PRESIDENT: Please be seated. Professor Bowett, please.

Mr. BOWETT: Thank you, Mr. President.

I want now to turn to the discussions during the arbitral proceedings of the terms of the *compromis*.

(b) Discussions during the Arbitral Proceedings

Not surprisingly, there was some discussion of the task of the Tribunal during the written and oral proceedings before the Arbitral Tribunal.

In its initial Memorial, Guinea-Bissau envisaged two separate phases of the Tribunal's task.

Let me read you the crucial passages:

"The representatives of Guinea-Bissau maintained that, the question being an open one in the sense that it admitted of a positive as well as a negative answer, one should go further and, allowance being made for the possibility of an answer in the negative (i.e., that the Franco-Portuguese Exchange of Letters of 26 April 1960 was not to be considered as a valid basis for the delimitation of the maritime boundary between the two States), deal with the substantive question",

and then, somewhat later, Guinea-Bissau said this:

"The Tribunal was requested to carry out a dual task: in the first place, to pronounce itself on the validity of the Franco-Portuguese Exchange of Letters of 26 April 1960 as a means of determining the maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal; and,

should this validity not be recognized, to lay down the course of the line delimiting the two States in accordance with the pertinent norms of positive international law." (Guinea-Bissau, Memorial, Annexes, Vol. II, p. 18.)

That interpretation of Article 2 of the compromis is clear, and it is correct. The second question - *la question de fond* for Guinea-Bissau - is reached if, and only if, a negative answer is given to the first question. There is not the slightest hint that a positive answer to the first question might be followed by a partial answer to the second question. The two are mutually exclusive.

In its Counter-Memorial, Senegal agreed with that interpretation, adding only that, in its view, if the Tribunal replied affirmatively to the first question, and the 240° azimuth fixed by the 1960 Agreement therefore became the boundary, this line would also serve as the boundary for the exclusive economic zone.

However, when Guinea-Bissau filed its Reply, it changed its mind. For the first time it raised the possibility that the 1960 Agreement might be partially applicable - to the territorial sea - and that the Tribunal might then turn to the second question and thus draw the boundary line for the remainder of the maritime boundary.

"que l'accord ne fait droit que partiellement ... seulement pour les eaux territoriales"

...

"qu'il faudrait bien appliquer le paragraphe 2 de l'article 2 du compromis et tracer la ligne de délimitation pour la partie restant".

What caused this change of mind is anybody's guess. The most likely explanation is that, having read Senegal's Counter-Memorial, Guinea-Bissau was no longer quite so sure, quite so confident of a negative answer to Question 1. And so it shifted to the argument that, even with a positive or affirmative answer to Question 1, there might still be scope for limiting that affirmative answer, and moving to Question 2.

It will not surprise you that in its Rejoinder, Senegal opposed this new interpretation. It insisted on the subordination of the second question to the first; on the complete separation of the two questions; and on the view that an affirmative answer to the first question excluded any reference to the second. So, the issue was clearly joined. The question we must now examine is "How did the Tribunal resolve it?"

I turn now to the Tribunal's resolution of this issue.

(b) The Tribunal's resolution of the issue

The Tribunal responded affirmatively to the first question: of that, paragraph 88 of the Award leaves no doubt.

As to the second question, in paragraph 87, the Tribunal stated quite simply "... la deuxième question, de l'avis du Tribunal, n'appelle pas une réponse de sa part".

The question before this Court is whether that conclusion, as an interpretation of the *compromis*, was so manifestly and patently wrong as to amount to an *excès de pouvoir*, in the form of a refusal by the Tribunal to carry out the task assigned to it by Article 2 of the *compromis*.

We must therefore ask "What was it that the Tribunal is supposed to have refused to do?" The answer, clearly, is that it refused to delimit the superjacent waters beyond the contiguous zone. Necessarily, that is the result of the terms of the *dispositif* in paragraph 88, for the Tribunal found expressly that, although the 1960 Agreement, and the loxodrome of 240°, was binding on the Parties, this was true only for "la mer territoriale, la zone contigue et le plateau continental". Clearly, this excluded the superjacent waters, the exclusive economic zone.

What is now clear is that both Parties wanted a delimitation of the superjacent waters. But they differed fundamentally over how that was to be achieved.

Let me take first Senegal's argument. This is outlined quite clearly in the Tribunal's Award, at paragraphs 80 to 85. Essentially, it consisted of the following propositions.

1. Both Parties wanted a single maritime boundary.
2. To confine the 1960 Agreement to the territorial sea, contiguous zone and continental shelf would give to the Agreement - that is the 1960 Agreement - only a partial validity.
3. The subsequent practice of the Parties had treated the 1960 line - the 240° loxodrome - as a fisheries boundary.
4. The evolution of the Law of the Sea had both extended the 1960 shelf boundary out to 200 miles and enlarged it into a general maritime boundary so as to cover the superjacent waters.

The Tribunal's reply in substance was that these were issues which went beyond the question

asked in Question 1. The Tribunal has been asked whether the 1960 Agreement was binding. It found that it was. All that remained for the Tribunal was to define the scope of the 1960 Agreement. It did so and it felt unable to accept the Senegalese arguments that a 1960 Agreement, which was by its own terms confined to the territorial sea, contiguous zone and continental shelf, could be held to cover the new economic zone.

You will note that the Tribunal's findings related not to the interpretation of the *compromis*, but rather to the interpretation of the 1960 Agreement. Whether that interpretation was correct or not is beside the point, because this is not an appeal.

As to the other Senegalese arguments based on the subsequent practice of the Parties, or the impact on the 1960 Agreement of the evolution of the Law of the Sea, the Tribunal's answer was that it could only answer the questions put in the *compromis* and the *compromis* had not put those questions. Let me cite what the Tribunal said:

"The Tribunal is not attempting to determine at this point whether there exists a delimitation of the exclusive economic zone based on a legal norm other than the 1960 Agreement, such as a tacit agreement, a bilateral custom or a general norm. It is merely seeking to determine whether the Agreement in itself can be interpreted so as to cover the delimitation of the whole body of maritime areas existing at present." (Para. 83.)

Thus, the Tribunal refused to go outside the *compromis*. It refused to commit an *excés de pouvoir* by answering questions which had not been put by the *compromis*. Had the Parties asked the additional question - the Question I *bis*, I referred to earlier - namely, if the 1960 Agreement was binding in relation to the territorial sea, contiguous zone and continental shelf, what was the boundary for the exclusive economic zone? the Tribunal could have given an answer. But it was not asked that question and it had no power to answer it.

I do not suggest one should blame the Parties for defective drafting of the *compromis*. As I suggested earlier, they both seemed to have assumed that whether it was the 240° line or some other line, it would be the same line for all purposes. If both Parties had kept to that assumption, there would be no problem. The Tribunal's Award would have fully resolved the matter. The fact that there is now a problem is caused by Guinea-Bissau's own decision to abandon that assumption, and so to pretend that the Tribunal had not resolved the matter.

But we certainly cannot blame the Tribunal for doing precisely what it was asked to do: no more, and no less. The Tribunal had no business in dealing with a matter about which the Parties had made mere assumptions. The assumption was no doubt correct. But that was not what the Tribunal was asked.

My submission is, therefore, that the Arbitral Tribunal made a correct, a rigorously correct, interpretation of Article II of the *compromis*. I would say, further, that even if this Court might itself have been disposed to adopt a more liberal interpretation of Article II, that makes no difference. Provided the Tribunal's interpretation was a possible interpretation; provided it was not patently and fundamentally wrong, then the margin of discretion rested with the Tribunal. *La compétence de la compétence* belonged to the Tribunal, and this Court should not nullify its decision.

I have gone over the ground analytically, and I hope with reasonable objectivity. Let me now turn to what appear to be the current Guinea-Bissau arguments.

(d) The arguments of Guinea-Bissau

Guinea-Bissau argues for a strict interpretation of the *Compromis*. We agree, and so did the Arbitral Tribunal. As I have just explained, the Tribunal's refusal to accept Senegal's arguments was based upon the Tribunal's view that it was strictly bound to confine itself to the questions asked in the *compromis*.

So the real issue is: what were the questions asked? I will not repeat the terms of Article 2 - you have them on the board behind you - but I ask you to keep them in mind when I read out the text of paragraph 138 of Guinea-Bissau's Memorial, in its English translation:

"138. Four conclusions are apparent, without any doubts being raised, from the terms used:

- all the maritime boundaries were to be delimited by the Tribunal;
- the hypothesis of two different lines for the continental shelf and for the exclusive economic zone was ruled out in favour of a single line;
- the Parties asked the Tribunal for a full delimitation and not for certain factors or a method with which to conduct the delimitation themselves;
- the two-fold question raised (tied up with the need to state the reasoning) left it up to the Tribunal to choose a solution and the legal means for obtaining it. All that was required was for the two questions to be settled, the reasons

given for the replies and the line drawn."

One wonders what has happened to this principle of strict interpretation. There is, of course, no correlation whatsoever between the Guinea-Bissau version of the task of the Tribunal and what Article II actually said. Paragraph 1 of Article II - that is the first question - has simply disappeared. And so have those crucial words prefacing paragraph 2 - "En cas de réponse négative à la première question ...". The error made by Guinea-Bissau is clear and the same error has been repeated endlessly during these oral proceedings. The error lies essentially in the assumption by Guinea-Bissau that Question 1 was designed to produce a complete delimitation, in the same way as Question 2.

But as we have seen, Question 1 simply asked about the validity of the 1960 Agreement: and that is all. It is certainly true, as Guinea-Bissau says, that both Parties wished to have a definitive, complete settlement of their boundary dispute. It is equally true that Senegal assumed that this would be achieved, once the Tribunal affirmed the validity of the 1960 Agreement. That assumption rested on the view that the practice of the Parties and the evolution of the law had, as it were, extended the application of the 1960 line to cover the superjacent waters. And so Senegal argued before the Tribunal. But, as we have seen, the Tribunal's reply was that it had not been asked to decide whether this assumption was valid. It had simply been asked whether the 1960 Agreement was valid, and it had replied that it was. And there its task ended.

Now maybe, in retrospect, the Tribunal ought to have been asked whether the assumptions made by Senegal were correct. That could have been done, by posing the additional Question 1 bis that I referred to earlier. But that is wisdom after the event, and the fact is that the question was not put and the Tribunal cannot be blamed for that. In fact in the succeeding pages of the Guinea-Bissau Memorial we find a detailed analysis of the Senegal arguments before the Tribunal - principally the argument that the 1960 Agreement and the line of 240° had, in practice and in law, been subsequently extended to 200 miles and adopted as a single maritime boundary. Guinea-Bissau suggests, on that basis, that Senegal itself had argued for a partially - positive and partially - negative answer to Question 1.

But that is not true. Senegal *always* confined its arguments to the first question, even if they were arguments about what an affirmative answer to Question 1 implied, based on State practice and the evolution of the law. At no stage did Senegal concede that the second question arose at all, in any form. And, in any event, what is in issue before this Court is not what Senegal argued, but what the Tribunal decided, and, as we have seen, the Tribunal rejected Senegal's arguments.

And as to those troubling 11 words which precede the second question, Guinea-Bissau simply asserts that they did not say "In the event of a *totally* negative answer to the first question". What an extraordinary argument! Negative means negative only if you say *totally* negative! One begins to think that the people negotiating this *compromis* for Guinea-Bissau were either exceptionally devious or plain incompetent. Let me recall the obligation on the Arbitral Tribunal to seek a good faith interpretation of the *compromis*. Would it have been a good faith interpretation of the *compromis* if the Tribunal had said

"Well, yes, we know we can only address the second question if we give a negative answer to the first question. But the *compromis* does not say totally negative. So we are entitled to regard an affirmative answer as equivalent to a not totally negative answer, and so proceed to the second question."

Now that really would have been a clear distortion of the language. And if the Tribunal had adopted that interpretation you might well have a real basis for a claim to nullify the award.

And let us remember the *contra proferentem* rule. Those 11 preambular words (9 in the French text) came from Guinea-Bissau. It is not open to Guinea-Bissau now to say "Oh, but by 'negative' we meant 'partially negative'": even if there were the slightest possibility of such an interpretation - which we deny - it does not now lie with Guinea-Bissau to advance it.

But, in a sense, Mr. President all of this argument by Guinea-Bissau is simply playing with words. What is more to the point is the basic assumption made by Guinea-Bissau in pursuing this line of argument. At the root of the argument lies the assumption by Guinea-Bissau that the Tribunal's affirmative answer to Question 1 was only a *partial* answer. Therefore Guinea-Bissau argues the Tribunal was bound to complete the answer by proceeding to Question 2.

There lies the fallacy! In fact the Tribunal's answer was a complete answer to Question 1. Guinea-Bissau simply assumes that Question 1 was designed to secure from the Tribunal a complete

delimitation, a delimitation of all the maritime spaces - and on that basis assumes that the answer was incomplete.

But let the Court look again at Question 1. In fact it does not ask for any delimitation. It asks whether the 1960 Agreement was binding or not. The Tribunal replied that it was binding. That is not a partial or incomplete answer. On the contrary it is a complete answer to the question actually put.

There are two further points raised by Guinea-Bissau as an aid in construction which can be dealt with quite briefly. The first is the suggestion that, since the Preamble to the *compromis* refers to a "dispute relating to the determination of their maritime boundary", in quite general terms, it therefore follows that the Tribunal must resolve the *whole* dispute. There is a short answer to that. The questions put to the Tribunal are set out in Article 2, not the Preamble: and, since they are clear, there is no basis for a reference to the Preamble.

The second argument turns on the fact that the first sentence in Article 2 refers to the "following questions": i.e., questions in the plural. It is suggested that, somehow, this obliges the Tribunal to reply to *both* questions. There are, of course, two questions. But they are put as alternatives, and the preliminary 11 words to the second question make clear that they are alternatives. So there is no substance in the argument that despite those clear words "In the event of a negative answer...", one can deduce from the use of the plural questions an obligation to respond to *both* questions.

My submission is, therefore, that the arguments of Guinea-Bissau on Article 2 are entirely devoid of substance. They fly in the face of the clear meaning of that Article.

I place great stress on this point. Once the Tribunal had given an affirmative answer to Question 1, it was precluded from proceeding to Question 2 *by those preliminary 11 words to the second question*. The Tribunal's decision was dictated by the very terms of the *compromis*. Yesterday we were told that the Tribunal's reasoning on this point was "delphic"; that paragraph 87 of the Award contained no sufficient reasons to justify the decision not to proceed to Question 2.

But, Mr. President, the Tribunal was compelled to take that decision by the terms of the *compromis* itself. Should we expect the Tribunal to justify the *compromis*, to give a reasoned explanation for those preliminary 11 words?

No, Mr. President, we should not. It is not for the Tribunal to justify the way the Parties had drafted the *compromis*. The Tribunal must take the *compromis* as it finds it - for better or worse (rather like the marriage ceremony). They may regret that drafting. President Barberis obviously did. But the Tribunal cannot depart from the *compromis* and is not required to rationalize or justify the *compromis*.

The heart of the matter does not lie in Guinea-Bissau's dissatisfaction with the Tribunal's interpretation of Article 2. It lies in Guinea-Bissau's refusal to accept the affirmative answer given by the Tribunal to the first question. If an appeal to this Court were possible, we would be hearing an appeal: we would hear nothing of this extraordinary argument of nullity.

But the Tribunal's Award is final and binding, and there is no appeal. So what we are now witnessing is a highly artificial - and quite misguided - attempt to construct an argument to nullify the Award.

I must now turn to two final, and I think subsidiary, bases upon which Guinea-Bissau seeks to challenge the Award. These, too, involve the interpretation of the *compromis*, so I can deal with them conveniently now.

I deal first with the matter of the map.

(e) The Matter of the Map

Article 9 of the *compromis* requires the Tribunal to inform the two Governments of its decision, and then, in a second paragraph, provides as follows:

"That decision shall include the drawing of the boundary line on a map. To that end, the Tribunal shall be empowered to appoint one or more technical experts to assist it in the preparation of such map."

Guinea-Bissau sees in this an absolute requirement: no map, no decision. But the Tribunal's power - indeed its duty - to interpret the *compromis* is to give to it a *reasonable* interpretation.

Let us consider the following facts. Article 9, paragraph 2, refers to "the boundary line": that

is the "line" to be drawn on the map. But there is no reference to any line in Question 1. All that asks is whether the 1960 Agreement is binding. The only reference to a "line" is in Question 2: "*quel est le tracé de la ligne?*"; that is where you will find the reference to a line. So a perfectly reasonable interpretation of Article 9, paragraph 2, is that the Tribunal's obligation to provide a map, with a line on it, *would arise only in the context of a reply to Question 2*. For only that question refers to a line.

That is the common-sense interpretation. The idea that the obligation to produce a map and a line arose in the context of an affirmative answer to Question 1 is, frankly, rather absurd. The Tribunal, in rather more restrained language, declared it to be "not expedient".

After all, the straight loxodromic line of 240° had been in existence since 1960. Senegal was well aware of that line, and had drawn it on its own maritime charts without difficulty. Senegal had provided maps, showing the 240° line, to the Arbitral Tribunal, and Guinea-Bissau was fully aware of these maps. It is inconceivable that Guinea-Bissau had not drawn the same line on its own maps - if only to decide that it could not accept such a line as an equitable result. At no stage does Guinea-Bissau appear to have suggested that it had any difficulty in drawing the 240° line: its objection was to the line as such.

So what was the Tribunal expected to do? Engage one or more technical experts to present the Parties with a map, and a line, which they already possessed? That scarcely strikes one as a *reasonable* interpretation. Even the dissenting opinion of Judge Bedjaoui did not suggest that the Award was defective in not producing a map. Accordingly, in my submission, the lack of a map cannot be a ground of nullity in this case.

Even if this Court takes the view that the Tribunal ought to have provided the Parties with a map, with the 240° line drawn upon it, that would still not provide a ground for nullifying the whole Award. For, as my colleague, Professor Capotorti, will shortly demonstrate, the law requires that the error in interpreting the *compromis* must be grave and manifest.

In this case, this cannot be so. If we suppose that Guinea-Bissau can assure the Court that it possesses no map with the 240° line drawn upon it, that it has difficulty in drawing such a line, the

matter is easily remedied. This Court must surely have the inherent power to appoint an expert to remedy the deficiency. And within 24 hours any reputable expert could draw such a line and produce the map. A defect - if there be one - so easily remedied, is scarcely a reason for nullifying the whole Award.

Let me say finally, that I simply do not understand the arguments made yesterday concerning the absence of a map. To pretend that the difficulties between the Parties, experienced since the Award, would have been avoided by a map is to delude oneself. And no map drawn by the Tribunal would have made a scrap of difference to the current dispute over the exclusive economic zone. The line on the map would not have indicated which maritime zones were covered by the line, and the Tribunal had already told the Parties, in express terms, that any line of 240° reflecting the 1960 Agreement did not, as such, cover the exclusive economic zone.

(f) The absence of Judge Gros

Article 4 of the *compromis* requires that:

"1. The Tribunal shall take its decisions only in its full composition".

It is common ground that when the Award was communicated to the Parties on 31 July 1989, Judge Gros was not present. So this, in the view of Guinea-Bissau, not only violates the *compromis*, but also nullifies the Award.

I will not enter into a debate over the purely speculative, and rather disparaging, explanations which Guinea-Bissau offers to explain the absence of Judge Gros. Senegal believes that Guinea-Bissau knows full well the reasons for that absence.

But I will say a word about this extraordinary misinterpretation of Article 4. The "decision" of the Tribunal to which Article 4 refers was the final vote of the Arbitrators, followed by the act of signing the original text of the Award. Naturally, this crucial stage of the process took place in closed session, in the absence of the Parties. M. Gros took full part in that decision, and Guinea-Bissau does not allege otherwise.

The *communication* of the decision to the Parties is a quite different matter. Article 10 requires that the Registrar shall hand to each Agent a certified copy. So there is no need for the

Tribunal to meet at all for this purpose. The fact that it did so was an act of courtesy, not a requirement of the *compromis*, and certainly no "decision" was taken at that meeting.

The argument has so little merit that it need not detain us any further.

Mr. President, this brings me to the conclusion of my statement on the interpretation of the *compromis*. I can state those conclusions quite shortly.

First, there *is* no basis for any allegation that the Tribunal committed an *excès de pouvoir*. Not only did the Tribunal stay well within the limits of its competence in interpreting its powers - *la compétence de la compétence* - it in fact adopted a strict interpretation of those powers. It saw Article II as posing two *alternative* questions, and that was in reality the only reasonable interpretation for the Tribunal to adopt. Moreover, the Tribunal was entirely correct to read Article II as precluding any response to the second question unless it returned a *negative* response to the first question.

Guinea-Bissau's real complaint is that the Tribunal failed to answer a question that was never, in fact, put to the Tribunal.

As to the map, the common-sense interpretation of the *compromis* - and the one the Tribunal adopted - was that this would be required only if the Tribunal answered Question 2, and drew a new line.

As to the absence of Judge Gros, here Guinea-Bissau is truly "clutching at straws". Guinea-Bissau simply confuses the decision-making process, in which Judge Gros took full part, with the purely formal act of communication of the Award.

Mr. President, that concludes my statement. I would be obliged if you would call on Professor Capotorti.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Bowett.

I call Professor Capotorti.

M. CAPOTORTI : Monsieur le Président, Messieurs les Juges,

Permettez-moi d'exprimer tout d'abord mon hommage à votre Cour et à la justice internationale dont elle est la plus haute expression. Qu'il me soit permis d'ajouter que je suis très

sensible à l'honneur de plaider pour la deuxième fois dans cette salle.

1. Vous savez bien que le Gouvernement de la Guinée-Bissau, qui est le requérant dans cette affaire, a affirmé d'abord l'inexistence et ensuite à titre subsidiaire l'invalidité de la sentence arbitrale du 31 juillet 1989, en invoquant essentiellement trois motifs.

En premier lieu, cette sentence devrait être considérée inexistante, parce que la volonté collégiale du Tribunal ne se serait jamais formée. Dans ses conclusions, notre adversaire soutient que

"des deux arbitres ayant constitué en apparence une majorité en faveur du texte de la sentence l'un a, par une déclaration annexe, exprimé une opinion en contradiction avec celle apparemment votée".

Mon éminent collègue M. Bowett va examiner ce point qui présente non seulement un aspect essentiellement théorique et général mais aussi un aspect spécifique et particulier, fondé sur l'interprétation de la déclaration de M. Barberis, qui était le président, en 1989, du Tribunal arbitral dont il s'agit. Pour ma part, je me limite à remarquer ici que, si la nullité des sentences arbitrales est bien connue et généralement acceptée en théorie depuis longtemps (mais d'ailleurs jamais appliquée en fait par les tribunaux), l'admissibilité de l'inexistence d'une décision arbitrale internationale a soulevé par contre l'opposition en principe de plusieurs auteurs et n'a laissé aucune trace dans le célèbre projet du professeur George Scelle sur la procédure arbitrale. En ce qui concerne la doctrine, permettez-moi de vous rappeler seulement la position critique du professeur Brierly et du juge Morelli, dont les noms illustres ont été cités dans le contre-mémoire du Sénégal.

En deuxième lieu, le plaignant avance le grief - à titre subsidiaire - que la sentence en question serait frappée de nullité absolue, pour excès de pouvoir du Tribunal; en effet, celui-ci aurait négligé de répondre à la seconde question posée par le compromis d'arbitrage, alors que sa réponse à la première question - c'est le Gouvernement de la Guinée-Bissau qui le dit - "ouvrirait la nécessité d'une réponse à la seconde". En outre, l'excès de pouvoir se serait concrétisé également dans le fait que le Tribunal ne se serait pas prononcé sur la délimitation de l'ensemble des espaces maritimes, ne l'aurait pas indiquée par une ligne unique et n'en aurait pas porté le tracé sur une carte : tout cela,

contrairement aux dispositions du compromis arbitral.

En troisième lieu, la sentence serait entâchée d'un défaut de motivation, le Tribunal n'"ayant pas motivé les restrictions abusivement apportées à sa compétence" : restrictions correspondant à l'absence d'une décision sur les points signalés ainsi qu'au fait que le Tribunal n'a pas reporté, sur une carte, la ligne de délimitation de l'ensemble des espaces maritimes.

2. Ma tâche se bornera maintenant à discuter le grief subsidiaire du requérant et donc sa thèse de la nullité de la sentence arbitrale. Pour la Partie adverse, cette décision serait entâchée - bien entendu, à condition qu'elle soit considérée existante - des deux vices, auxquels je viens de me référer (l'excès de pouvoir du Tribunal et le défaut de motivation de l'arrêt). Il faudra donc examiner l'une et l'autre de ces allégations.

3. Dans le mémoire déposé par le plaignant le 2 mai 1990, la première section du chapitre V est consacrée à l'examen des fondements théoriques de la nullité d'une sentence arbitrale.

A ce propos, le Sénégal partage en principe ce qui a été affirmé en 1939 par Hertz, c'est-à-dire qu'à l'égard de tout acte ayant des conséquences juridiques - y compris évidemment les sentences arbitrales - "le problème de la nullité ne peut pas être évité". Ceci découle logiquement du fait que le droit subordonne l'existence de tels actes à certaines conditions essentielles. Dès lors, se pose la question "de savoir ce qui arrive si ces conditions ne sont pas remplies¹". Plus récemment un auteur qui a étudié le problème des nullités du droit des gens - M. Verhoeven - a remarqué très justement :

"Il ne paraît jamais avoir été doctrinalement contesté que la sentence (arbitrale) puisse être nulle. La difficulté est seulement de s'entendre sur les causes et les procédures de la nullité²."

Selon le droit de la procédure arbitrale internationale, chacun des Etats parties à un procès arbitral a le pouvoir de contester la validité de la sentence. La base juridique de ce pouvoir se trouve dans les principes généraux de droit reconnus par les Nations civilisées : une source que le regretté M. Georges Scelle avait indiquée comme réglant les aspects fondamentaux de la procédure arbitrale.

En 1955, le contenu du principe en question avait été repris par l'article 30 du projet de convention sur la procédure arbitrale, adopté par la Commission du droit international des

Nations Unies à sa cinquième session³. Son texte a été reproduit presque intégralement par l'article 36 du "Modèle de règles sur la procédure arbitrale", que la Commission décida d'adopter en 1958 (après avoir abandonné l'idée de proposer à l'Assemblée des Nations Unies

¹Voir *Revue de droit international et de la législation comparée*, 1939, p. 455.

²Voir Institut des Hautes études internationales de Paris, *Cours et travaux*, I, 1981, p. 36.

³*Commentaire sur le projet de convention sur la procédure arbitrale, adopté par la Commission du droit international à sa cinquième session*, New York, 1955, p. 106 et suiv.

la convocation d'une conférence de plénipotentiaires, afin de conclure une convention⁴). Cet article 36 mérite d'être intégralement cité.

Il prévoit que :

"La validité d'une sentence peut être contestée par toute partie pour l'une ou plusieurs des raisons suivantes :

- a) excès de pouvoir du Tribunal;
- b) corruption d'un membre du Tribunal;
- c) dérogation grave à une règle fondamentale de procédure, notamment absence totale ou partielle de motivation de la sentence."

4. Examinons d'abord la première des causes invoquées par le requérant dans le cadre de son grief subsidiaire de nullité de la sentence arbitrale. Il s'agit de l'excès de pouvoir que le Tribunal aurait commis en ayant négligé de répondre à la seconde question posée par le compromis, car, de l'avis du plaignant, "sa réponse à la première question" aurait ouvert "la nécessité d'une réponse à la seconde".

5. Nous sommes conscients du fait qu'en tête de toutes les listes des causes de nullité d'une sentence arbitrale élaborées par la doctrine, on trouve toujours l'excès de pouvoir du Tribunal. La vérité de cette constatation ressort déjà de la lecture d'un des auteurs classiques du droit international : je me réfère à Vattel, qui notait en 1758 : "Il peut arriver ... que les arbitres *passent leurs pouvoirs*, et prononcent sur ce qui ne leur a point été véritablement soumis⁵."

Plus de 100 ans après, Heffter affirmait :

⁴Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1958, II, p. 115.

⁵Vattel, *Droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Leyde 1758, cité par Balasko, cause de nullité de la sentence arbitrale en droit international public, Paris, 1938, p. 9.

"La décision arbitrale est susceptible d'être attaquée dans les cas suivants : 1) si elle a été rendue sans compromis valable ou *hors des termes du compromis*..."⁶

Et Bluntschli, à son tour :

"La décision du Tribunal arbitral peut être considérée comme nulle : a) dans la mesure en laquelle le Tribunal arbitral *a dépassé ses pouvoirs*..."⁷

Il y a encore d'autres citations, peut-être sont-elles superflues, mais je vous rappelle que Carlos Calvo décrivait les cas dans lesquels les parties à un arbitrage seraient autorisées à refuser d'accepter une sentence et il considérait essentiellement l'hypothèse où la sentence a statué "en dehors ou au-delà des termes du compromis"⁸. Encore à la fin du XIX^e siècle, sir Travers Twiss soulignait l'obligation d'obéir à la décision d'un arbitre nommé d'accord par les parties, "à moins que cette décision n'implique une dérogation manifeste aux termes du compromis"⁹. Au début de notre siècle, Mérignhac remarquait, à propos des excès de pouvoir d'un arbitre, que "en général, ils se vérifient en rapprochant la sentence rendue des pouvoirs confiés au juge par le compromis"¹⁰. Au même moment, Hall écrivait : "An arbitral decision may be disregarded ... when the tribunal has clearly exceeded the powers given to it by the instrument of submission"¹¹.

⁶Le droit international de l'Europe, traduit par Jules Bergeon, Paris, 1873, p. 21 et suiv., cité par Balasko, op. cit., p. 9.

⁷Droit international codifié, traduit par M.C. Lardy, Paris, 1881, p. 289, cité par Balasko, op. cit., p. 11.

⁸Traité 1888, p. 485, cité par Balasko, op. cit., p. 12.

⁹Le droit des gens ou des nations, Paris, 1889, II, p. 7, cité par Balasko, op. cit., p. 13.

¹⁰Traité de droit public international, Paris, 1905, I, p. 530, cité par Balasko, op. cit., p. 14.

¹¹A Treatise of international law, Oxford, 1904, cité par Balasko, op. cit., p. 15.

L'attitude de la doctrine à cet égard est tellement constante, qu'on peut aisément compléter la liste des auteurs, en y ajoutant des noms d'internationalistes modernes ou contemporains; notamment ceux de Fauchille, Giraud, Strupp, Verdross¹². Ils sont tous d'accord dans la constatation que l'excès de pouvoir du Tribunal arbitral se vérifie lorsque celui-ci a violé les normes du compromis, en dépassant les pouvoirs qu'il a reçus par ces normes.

6. Ceci dit, il est important de clarifier une question qui nous semble particulièrement importante. Je me réfère aux cas dans lesquels une obligation imposée par le compromis a été négligée par le Tribunal arbitral, en ce sens qu'il a jugé *infra petita*, c'est-à-dire qu'il a omis de décider sur un point que les parties lui avaient soumis. Est-ce que ces cas méritent d'être qualifiés d'excès de pouvoir, comme les cas dans lesquels le Tribunal se prononce *ultra petita* ?

En effet, ces deux hypothèses n'ont en commun que la violation des règles du compromis. Dans son cours sur "L'excès de pouvoir dans la justice internationale", donné ici à La Haye en 1931, Castberg avait exactement noté :

"Le pouvoir d'un organe, d'une autorité veut dire sa compétence, le domaine de son droit. Un excès de pouvoir dans ce sens du mot est commis dans tous les cas où l'organe en question aura violé une des normes qui lui prescrivent ses devoirs."

Par conséquent, Casterg employait les termes "excès de pouvoir", "pour désigner toute manière d'agir d'un tribunal international, contraire aux normes sur lesquelles se fonde son autorité et qui règlent ses fonctions".

Néanmoins, le même auteur avait refusé d'accepter la doctrine selon laquelle tout excès de pouvoir de la part d'un tribunal international entraîne la nullité de la sentence. Sa conclusion était :

"Ce n'est que dans les cas d'excès de pouvoir flagrants - ou plus précisément dans les cas où il y a eu usurpation de pouvoir - que l'effet en est que la sentence est frappée de nullité¹³."

¹²Ils sont tous cités par Balasko, p. 17-18.

¹³Castberg, L'excès de pouvoir dans la justice internationale, RCADI, Vol. 35, 1931, I, p. 357 et

suiv.

7. Cet enseignement ne doit pas être oublié lorsque l'on constate que l'excès de pouvoir du Tribunal est la première des causes de nullité de la sentence mentionnées par l'article 36 du Modèle des règles sur la procédure arbitrale élaboré et adopté par la Commission du droit international des Nations Unies en 1958.

Mais un autre aspect de l'excès de pouvoir mérite également d'être souligné : c'est que l'excès de pouvoir, pour avoir l'effet de rendre invalide la sentence arbitrale doit être *manifeste et grave*.

A cet égard, il convient de consulter le commentaire qui avait été préparé en 1955 par le Secrétariat des Nations Unies. Il se réfère à l'article 30, alinéa a), du projet de convention sur le procédure en ????? adopté la même année, qui a un contenu identique à l'article 36 a) du Modèle de règles approuvé trois ans après. Ce commentaire affirme en premier lieu que : "la maxime romaine : *arbiter nihil extra compromissum facera potest* a été reprise par le droit international".

Et il arrive à la conclusion que : "pour qu'il puisse être retenu, l'excès de pouvoir doit être *manifeste et grave*, et non pas douteux ou peu important".

Dans la même ligne de pensée s'inscrivent plus récemment les considérations de Carlston¹⁴; dans son livre concernant le procès d'arbitrage international il a mis en évidence :

"not all departures from the terms of the compromis will lead to nullity. It is a matter of the substantial character of the departure, the prejudice involved, the importance of the departure from the standpoint of the practice of tribunals and whether the injured party had ... waived its rights to contest validity."

De son côté, le Gouvernement de la Guinée-Bissau a reconnu lui-même dans son mémoire (par. 199) que le vice de l'excès de pouvoir "ne s'entend pas de n'importe quelle erreur dans l'interprétation du compromis" et "qu'il faut une méconnaissance d'une clause essentielle de celui-ci".

Pour pouvoir imputer au Tribunal un excès de ses pouvoirs, on doit donc constater qu'il a violé une clause essentielle du compromis.

8. Dans la présente affaire, nous avons déjà dit que le requérant reproche à la sentence une omission : le Tribunal aurait manqué de répondre à la seconde question posée par le compromis. Une omission, c'est tout à fait le contraire d'une usurpation. Au lieu d'avoir excédé

¹⁴ Carlston, *The Process of International Arbitration*, New York, Columbia University Press, 1972, p. 85.

ses pouvoirs dans le sens précis d'avoir agi en allant au-delà de la sphère des pouvoirs reçus des Parties en vertu du compromis - donc en abusant de sa compétence - le Tribunal n'aurait, selon le point de vue du requérant, pas exercé un pouvoir qui avait été prévu. Il est évident que, si l'on partage le point de vue d'un grand expert en la matière, le professeur Castberg, aucun excès de pouvoir n'aurait été commis dans le cas d'espèce.

9. Je me propose maintenant d'approfondir l'examen du compromis, pour voir de plus près le contenu de la question à laquelle le Tribunal n'a pas répondu. Il s'agit de la question posée à l'article 2, paragraphe 2, du compromis d'arbitrage. Cette question était formulée, (vous pouvez la lire évidemment sur le texte affiché derrière moi, mais je vous la relis) :

"En cas de réponse négative à la première question, quel est le tracé de la ligne délimitant les territoires maritimes qui relèvent respectivement de la République de Guinée-Bissau et de la République du Sénégal ?"

La Cour sait bien que la réponse à la première question a été affirmative, et non pas négative : le Tribunal a dit clairement que l'accord franco-portugais du 26 avril 1960 *fait droit* dans les relations entre la République de Guinée-Bissau et la République du Sénégal. Malgré la nature de cette réponse - qui, de toute évidence, imposait au Tribunal de ne pas s'occuper de la seconde question - le plaignant dit qu'il était nécessaire d'y répondre. Comment expliquer un tel point de vue ?

10. Afin d'éclaircir ce point, il convient de tenir compte d'une phrase que le Tribunal a formulée à la fin de sa réponse à la première question. Elle précise la sphère territoriale à laquelle l'accord du 26 avril 1960 s'applique, et elle le fait en s'exprimant ainsi :

"en ce qui concerne les seules zones mentionnées dans cet accord, à savoir la mer territoriale, la zone contiguë et le plateau continental".

Or, c'est précisément cette phrase qui a fait l'objet de la déclaration jointe par le président du Tribunal, M. Barberis, à la sentence en question. En effet, le président a déclaré qu'il aurait préféré qu'on réponde à la première question du compromis, en remplaçant la phrase que je viens de citer par les mots suivants : "mais l'accord ne fait pas droit quant aux eaux de la zone économique exclusive ou de la zone de pêche". M. Barberis exprime dans sa déclaration l'avis que le nouveau texte du dispositif, qu'il a proposé, aurait eu l'avantage de donner aux questions du compromis une réponse

"partiellement affirmative et partiellement négative" par laquelle on aurait obtenu "la description exacte de la situation juridique existant entre les parties".

Que cela soit clair : je n'ai pas l'intention d'aborder tous les problèmes inhérents à la déclaration jointe à la sentence, sur laquelle la Guinée-Bissau a édifié la thèse principale de l'inexistence de l'arrêt. M. Bowett va vous soumettre bientôt l'analyse de ces problèmes. Ce qui m'intéresse ici c'est d'abord d'examiner le rôle que le membre de phrase en question a joué dans l'économie de la sentence - et donc par rapport à l'obligation du Tribunal de se conformer au compromis - et ensuite de commenter le rapport existant entre la sentence, la déclaration de M. Barberis et le grief.

11. *Sur le premier point*, on note le caractère additionnel, et non pas strictement indispensable, des mots qui suivent dans la sentence la phrase constatant que l'accord de 1960 "fait droit" dans les relations entre la Guinée-Bissau et le Sénégal. L'article 2, paragraphe 1, du compromis, vous le savez bien, avait demandé au Tribunal de statuer, conformément au droit international, sur la question : "est-ce que l'accord conclu par un échange de lettres le 26 avril 1960 et relatif à la frontière en mer fait droit dans les relations indiquées ?"

Il aurait suffi de donner simplement une réponse affirmative à cette question.

Le domaine d'application de l'accord en question avait été bien précisé dans son texte : celui-ci déterminait clairement la frontière maritime pour ce qui avait trait à la mer territoriale, à la zone contiguë et au plateau continental (ainsi qu'il est rappelé dans le paragraphe 80 de la sentence).

D'autre part, il était clair que l'accord devait être interprété à la lumière du droit en vigueur à la date de sa conclusion : le paragraphe 85 de la sentence invoque à cet égard un principe général bien établi.

Il était également indubitable que l'accord ne pouvait pas délimiter les espaces maritimes qui n'existaient pas à la date de sa conclusion, c'est-à-dire la "zone économique exclusive" ou la zone de pêche. Par conséquent, à supposer que la sentence arbitrale se soit bornée à statuer que l'accord du 26 avril 1960 "fait droit" dans les rapports entre la Guinée-Bissau et le Sénégal, elle aurait déjà rempli son mandat de répondre à la première des questions posées par le compromis.

12. *En ce qui concerne le deuxième point* (rapport existant entre la sentence, la déclaration et le grief), il faut signaler que le mémoire déposé devant la Cour par notre adversaire, le 2 mai 1990, s'efforce aux paragraphes 216 à 218 d'expliquer en quoi consiste la violation du compromis que le Tribunal aurait commise. Dans sa plaidoirie, Mme Chemillier-Gendreau a longuement repris le même point. La Guinée-Bissau est obligée de reconnaître le lien logique qui existait réellement entre la première question du compromis et la seconde (paragraphe 216, "En cas de réponse négative à la première, quel est le tracé de la ligne délimitant les territoires maritimes ?"). Néanmoins, immédiatement après, elle prétend *constater* que la première question aurait reçu une réponse *partiellement négative*. Une telle constatation dériverait du fait que le dispositif contient les mots "les seules zones" et que dans le paragraphe 85 des motifs, le Tribunal dit estimer "que l'accord de 1960 ne délimite pas les espaces maritimes qui n'existaient pas à cette date". Vu le caractère "partiellement négatif" de la réponse à la première question, les arbitres n'auraient pas pu refuser - d'après notre adversaire - de considérer la seconde. Ce serait donc en violation du compromis que le Tribunal se serait borné à délimiter la mer territoriale, la zone contiguë et le plateau continental; ce faisant, il aurait omis de statuer sur une question qui énoncée dans le compromis. Il n'aurait pas violé le compromis s'il avait statué sur la délimitation maritime complète qui représentait selon notre adversaire (mais uniquement selon lui) *l'objectif essentiel de l'arbitrage*.

Nous ne pouvons absolument pas partager ce raisonnement du requérant.

Il est erroné de prétendre que dans la sentence la première question ait reçu une réponse partiellement négative : nulle part il n'est dit que l'accord de 1960 doit, partiellement, être considéré comme ne faisant pas droit entre la Guinée-Bissau et le Sénégal. Le fait d'avoir précisé les zones d'application de l'accord et d'avoir pris acte de l'impossibilité qu'il s'étende aux espaces maritimes inexistantes en droit international à l'époque de sa conclusion, résulte clairement de l'interprétation de cet instrument juridique et n'implique pas la négation de son applicabilité aux relations entre les deux Parties, la prétendue négation partielle.

C'est la déclaration de M. Barberis qui suggère qu'une réponse partiellement négative à la première question du compromis aurait habilité le Tribunal à répondre à la seconde. La sentence ne

l'a jamais affirmé.

Enfin, s'il est vrai que les questions de la mer territoriale, de la zone contiguë et du plateau continental n'étaient pas directement évoquées par le compromis, ceci n'empêchait pas le Tribunal d'interpréter l'accord de 1960 en précisant son champ d'application. L'indication des zones maritimes dont le statut est réglé par l'accord représente en premier lieu le fruit d'un souci de clarté démontré par le Tribunal. En deuxième lieu, cette indication est fournie afin de renforcer le rejet de la thèse du Sénégal, selon laquelle l'accord de 1960 était capable de régler même le statut de la zone économique exclusive. Ceci n'empêche que *le noyau du différend soumis à l'arbitrage par les Parties consiste dans leur divergence quant à la valeur juridique actuelle de l'accord franco-portugais de 1960*, et en cela seulement.

13. Par ailleurs, la thèse de la Guinée-Bissau - énoncée dans les conclusions de son mémoire du 2 mai 1990 - selon laquelle la réponse du Tribunal à la première question "ouvrirait la nécessité d'une réponse à la seconde" révèle la méconnaissance radicale du texte de celle-ci, tel qu'il est fixé dans l'article 2, paragraphe 2, du compromis. Relisons encore une fois ce texte. Il commence par les mots "En cas de réponse négative à la première question", ce qui signifie sans aucun doute : dans l'hypothèse où le Tribunal considérerait que l'accord du 26 avril 1960 *ne fait pas droit* dans les relations entre la Guinée-Bissau et le Sénégal.

Remarquons qu'au fond il y a coïncidence de cette hypothèse avec la première conclusion de la Guinée-Bissau, conclusion présentée à l'audience qui eut lieu le 26 mars 1988 lors de la procédure arbitrale (et transcrite au paragraphe 16 de la sentence). Mais cette conclusion a été rejetée par le Tribunal qui a jugé que l'accord fait droit dans les relations Guinée-Bissau/Sénégal. La réponse à la première question a donc été totalement positive et totalement contraire à la condition figurant au début de la seconde question posée par le compromis.

14. Il était important d'attirer l'attention de votre Cour sur le fait que l'absence de réponse à la seconde question est justifiée dans la sentence arbitrale elle-même.

Son paragraphe 87, premier alinéa, affirme :

"En tenant compte des 'conclusions ci-dessus' auxquelles le Tribunal est parvenu et du libellé de l'article 2 du compromis arbitral, *la deuxième question*, de l'avis du Tribunal, *n'appelle pas une réponse de sa part.*" (Guillemets et italiques du Sénégal.)

Le Tribunal, lorsqu'il s'est référé aux "conclusions ci-dessus", visait essentiellement les affirmations contenues aux paragraphes 80 et 85 de la sentence. Le paragraphe 80, après avoir rappelé l'analyse faite par le Tribunal dans les sections I à IV de la sentence - desquelles se dégage la conclusion "que l'accord de 1960 est valable et opposable au Sénégal et à la Guinée-Bissau -, cite les dispositions de cet accord concernant la frontière maritime et note que les trois domaines de la mer territoriale, de la zone contiguë et du plateau continental "constituaient le droit de la mer en 1960, date de la signature de l'accord". Le paragraphe 85, à son tour, affirme d'abord que, conformément à un principe général bien établi, "l'accord de 1960 doit être interprété à la lumière du droit en vigueur à la date de sa conclusion". Par conséquent, le Tribunal exprime son opinion motivée que l'accord en question "ne délimite pas les espaces maritimes qui n'existaient pas à cette date, qu'on les appelle zone économique exclusive, zone de pêche ou autrement".

Le même paragraphe ajoute que :

"par contre, en ce qui concerne la mer territoriale, la zone contiguë et le plateau continental ... ces trois notions sont expressément mentionnées dans l'accord de 1960 et elles existaient à l'époque de sa conclusion".

15. Le paragraphe 87 de la sentence confirme donc, d'une façon explicite, qu'une réponse entièrement négative à la première question du compromis - c'est-à-dire une réponse qui aurait été tout à fait contraire à celle contenue dans la sentence - constituait une *condition indispensable* pour que la seconde question puisse être abordée. La thèse de la Guinée-Bissau selon laquelle la réponse donnée concrètement à la première question impliquait une réponse à la seconde question est évidemment erronée. Il suffit d'ailleurs de réfléchir à la logique suivie par M. Barberis dans sa déclaration. Il aurait souhaité que le Tribunal donne une réponse "partiellement affirmative et partiellement négative" à la première question, précisément afin de l'habiliter à traiter dans la sentence la deuxième question. Ceci implique que la réponse totalement affirmative donnée par le Tribunal à la première question éliminait toute possibilité de répondre à la deuxième question.

16. Le grief de la Guinée-Bissau se fonde sur le fait que la deuxième question n'a pas reçu de réponse et sur la prétention que la réponse à la première question rendait nécessaire une réponse à la seconde. L'ensemble des arguments que j'ai exposé montre à suffisance que ce grief de l'excès de

pouvoir du Tribunal est dépourvu de fondement. Il doit donc être rejeté.

Me permettez-vous, Monsieur le Président, de compléter ma plaidoirie ?

The PRESIDENT: How much longer have you, Mr. Capotorti?

Mr. CAPOTORTI: I have still seven or eight pages.

The PRESIDENT: Please proceed.

17. La thèse d'après laquelle la sentence arbitrale est entâchée du vice d'un excès de pouvoir du Tribunal et devrait par conséquent être réputée nulle ne se limite pas à invoquer le défaut d'une réponse à la seconde question posée par le compromis. En effet, dans les conclusions de son mémoire du 2 mai 1990, le Gouvernement de la Guinée-Bissau élargit le même grief en affirmant que par le compromis

"il était demandé au Tribunal de décider sur la délimitation de l'ensemble des espaces maritimes, de le faire par une ligne unique et d'en porter le tracé sur une carte".

Comme le Tribunal ne se serait pas conformé aux dispositions du compromis, il aurait commis un excès de pouvoir également sur les trois points indiqués, causant ainsi la nullité de la sentence.

18. Le dénominateur commun des points mentionnés consiste évidemment en ce qu'ils se réfèrent tous au problème de la délimitation globale des espaces maritimes entre la Guinée-Bissau et le Sénégal. Or, un tel problème ne faisait l'objet que de la seconde question du compromis; précisément de l'article 2, paragraphe 2, du compromis signé à Dakar le 12 mars 1985. Nous n'avons guère besoin de répéter que par la première question les Parties avaient demandé au Tribunal si l'accord du 26 avril 1960, et relatif à la frontière en mer, faisait droit dans les relations entre les deux pays; tandis que le tracé de la ligne délimitant les territoires maritimes des deux pays devait être déterminé par le Tribunal dans le cadre d'une réponse négative à la seconde question. Pourtant celle-ci n'exigeait de réponse qu'"en cas de réponse négative à la première", c'est-à-dire dans une hypothèse contraire à celle qui s'est réellement vérifiée. Bref, la réponse à la première question ayant

été positive, il était exclu que le Tribunal s'occupe de la seconde question. Tout interprète de bonne foi était en mesure de comprendre cette exclusion !

Or, comme on l'a vu, le défaut de réponse à la seconde question a déjà été invoqué en tant que manifestation principale de l'excès de pouvoir du Tribunal. On y a longuement répondu et ce prétendu vice de la sentence doit être écarté parce qu'il n'existe pas. Faut-il à nouveau débattre, maintenant, de ces trois prétendues omissions qui représentent en fait trois aspects particuliers de l'excès de pouvoir reproché au Tribunal en tant que premier grief du requérant ? Puisque nous avons montré que le silence du Tribunal sur la seconde question était pleinement justifié, il nous semble que nous n'avons aucun besoin d'insister sur le point que l'absence d'une délimitation maritime globale, l'absence d'une ligne unique de délimitation des espaces maritimes, le fait de n'avoir pas porté sur la carte le tracé d'une telle ligne, ne constituent pas des excès de pouvoir du Tribunal.

19. En tout cas, à supposer que votre Cour nous permette de répéter des arguments qui ont été déjà présentés en détail et faisant donc appel à votre indulgence, nous aimerions redire très brièvement : 1) que l'omission de traiter certains aspects du différend sur lesquels le compromis n'avait pas exigé obligatoirement une réponse est étrangère à la notion d'excès de pouvoir; 2) que, lorsqu'une question est soumise à une condition qui ne s'est pas réalisée, on ne saurait considérer l'absence de réponse à cette question comme un cas d'excès de pouvoir.

20. Avant de terminer notre analyse, il nous semble nécessaire de contester une critique que la requérante formule contre la sentence arbitrale - ou plutôt contre le Tribunal qui l'a prononcée - quand elle affirme au paragraphe 220 de son mémoire :

"la non-réponse à la seconde question et la non-délimitation complète, pourtant demandée, outre qu'elles sont en rupture avec les termes du compromis, constituent un *non liquet* contraire aux principes du judiciaire".

Ensuite

"Le Tribunal a développé une attitude négative (totale ou partielle). Tout tribunal doit avoir une attitude positive. Cela consiste à répondre par l'affirmative ou la négative à toutes les questions que lui posent les Parties et qui constituent le différend. Refuser de répondre c'est pour un Tribunal manquer à sa fonction."

Une telle critique nous semble particulièrement hors de propos. Que le Tribunal arbitral, dans

l'espèce, ait "manqué à sa fonction" représente une critique imméritée et certainement dépourvue d'objectivité. A notre avis, la lecture de la sentence suffit à prouver le contraire. Elle met en évidence le scrupule avec lequel le Tribunal a travaillé.

En tout cas, il est faux de prétendre que la délimitation complète de l'espace maritime ait été demandée par les Etats parties au compromis. La Partie adverse ignore constamment le fait que la seconde question était soumise à une condition et que celle-ci n'a pas été remplie.

Il est faux également de dire que l'absence de réponse à la seconde question et la non-délimitation complète aient été "en rupture avec les termes du compromis". Au contraire, il a été dûment tenu compte du fait que la condition convenue ne s'était pas réalisée.

Enfin, il est faux en principe d'affirmer qu'un tribunal est tenu de répondre à toutes les questions posées par les parties. Là où une question est assortie d'une condition, il faut préalablement vérifier que la situation de fait correspond à la condition établie par les parties.

21. A propos du motif de l'excès de pouvoir qui serait dû à l'absence de la carte, notre adversaire se dit convaincu que "le tracé sur une carte devait faire partie de la décision" (par. 221). Evidemment, il lui est facile de s'en tenir aux apparences, soit au libellé de l'article 9, paragraphe 2, du compromis, selon lequel "cette décision doit comprendre le tracé de la ligne frontière sur une carte" (il s'agissait, selon le paragraphe 1 du même article, de la décision du Tribunal "quant aux questions énoncées à l'article 2 du présent compromis"). En réalité, nous sommes ici en présence d'une obligation qui est clairement liée à l'hypothèse que la seconde question ait reçu une réponse du Tribunal, parce qu'elle lui demandait d'établir "le tracé de la ligne délimitant les territoires maritimes".

Par contre, si la seconde question ne recevait aucune réponse du fait que la première question avait reçu une réponse positive, on se trouve alors dans une situation contraire à la condition figurant au début de la seconde question. Comment peut-on penser que le tracé de la ligne frontière de la soi-disant ligne globale de délimitation doit être reportée sur une carte alors que la sentence n'a même pas déterminé la ligne frontière globale visée à la question n° 2 ?

Bien entendu, il est nécessaire d'interpréter l'article 9, paragraphe 2, du compromis. Je reviens

là à un des points qui ont été déjà été traités d'une façon complète et entièrement satisfaisante par mon éminent collègue, M. Bowett. A première vue, l'article 9, paragraphe 2, obligeait purement et simplement le Tribunal à assortir sa décision d'une carte reproduisant le tracé de la ligne frontière. Mais on ne saurait négliger le fait que l'établissement du tracé de la ligne frontière en mer, entre la Guinée-Bissau et le Sénégal, faisait l'objet de la seconde question posée par le compromis. Or, il est évident que le report de cette ligne sur une carte supposait la détermination de son tracé par la sentence. Puisque cette détermination entrait dans le cadre de la seconde question posée par le compromis, elle n'était nécessaire que si la réponse à la première question avait été négative.

La conclusion est claire : l'interprétation "systématique" de l'article 9, paragraphe 2, du compromis - c'est-à-dire la nécessité de l'interpréter conformément à l'article 31 de la convention de Vienne, et donc dans le contexte de toutes les dispositions du compromis - montre que la clause relative au tracé sur une carte de la ligne frontière était nécessairement liée à la disposition concernant la détermination du tracé de cette ligne. Par conséquent, si le Tribunal n'était pas tenu de déterminer ce tracé - ayant répondu affirmativement à la première question - il n'était pas davantage obligé d'en reporter le tracé (lequel aurait-il pu reporter ?) sur une carte.

Il en découle finalement que la violation du compromis, que la Guinée-Bissau voit dans l'omission de reproduire la frontière maritime sur une carte, n'a jamais été commise.

22. Au-delà de toutes les considérations que le requérant expose à l'appui de sa thèse selon laquelle la sentence arbitrale serait nulle par excès de pouvoir du Tribunal - des considérations dont nous croyons avoir montré la nature tout à fait fallacieuse - la Guinée-Bissau avance, par sa dernière conclusion, un autre grief concernant la forme de la sentence : le Tribunal n'aurait pas motivé "les restrictions abusivement apportées à sa compétence". Par "restrictions", notre adversaire entend tous les prétendus vices décrits sous l'appellation "excès de pouvoir" : omission de réponse à la seconde question, absence de délimitation de l'ensemble des espaces maritimes, absence de détermination d'une ligne frontière unique, absence de reproduction de cette ligne sur la carte.

On sait qu'à l'article 36, alinéa c), de son Modèle de règles concernant la procédure arbitrale, la Commission du droit international des Nations Unies a admis que la validité d'une sentence puisse

être contestée à cause d'une "dérogation grave à une règle fondamentale de procédure, notamment absence totale ou partielle de motivation de la sentence". De son côté l'article 9, paragraphe 3, du compromis arbitral dispose : "La décision sera pleinement motivée." Une telle règle semble impliquer que l'absence même partielle de motivation, c'est-à-dire l'absence de motivation sur certains points du dispositif, puisse être également une cause de nullité de la sentence. Mais quoi qu'il en soit, il faut se souvenir de ce qu'écrivait Balasko en 1938, en soulignant la nécessité de distinguer entre l'absence et l'insuffisance de motifs : *l'insuffisance des motifs n'est pas une cause de nullité de la sentence arbitrale; ce n'est qu'un défaut*¹⁵ (les italiques sont de moi). Plus récemment, Castberg a affirmé lui aussi : "on ne peut pas dire que le

¹⁵ Balasko. op. cit., p.128.

Tribunal ait violé la règle que la sentence doit être motivée seulement parce que les motifs sont peu détaillés¹⁶.

23. Ce qui est indiscutable, c'est que des motifs sont exigés puisqu'ils indiquent l'itinéraire logique et juridique que les arbitres ont suivi pour parvenir à leur décision. En l'espèce, la décision arbitrale est nette et courte : elle donne une réponse positive à la première question formulée à l'article 2 du compromis arbitral - l'accord du 26 avril 1960 fait droit dans les relations entre les Parties - et elle la fait suivre d'une précision sur le "domaine de validité matériel" de cet accord. Tout cela est largement motivé aux sections I à V de la sentence, recouvrant les paragraphes 36 à 87 (à peu près 44 pages).

D'ailleurs la Guinée-Bissau a reconnu parfaitement - au paragraphe 223 de son mémoire - que la motivation est suffisante et couvre l'essentiel du dispositif, lorsqu'elle a affirmé textuellement :

"Ne sont motivés ... que la confirmation de l'échange de lettres franco-portugais, la restriction dans l'application de ce texte aux seules zones y mentionnées à l'exclusion de son champ d'application des zones maritimes qui n'existaient pas à cette époque."

Donc, tous les éléments essentiels du dispositif sont motivés, de l'aveu même de la Partie adverse.

24. Quels sont alors les points sur lesquels il y aurait peut-être "défaut de motivation" ? La requérante mentionne trois passages qui, logiquement, n'ont pas besoin de motivation : la décision de ne pas passer à la seconde question, le fait pour le Tribunal de ne pas avoir produit une ligne unique, et le refus d'indiquer le tracé de la ligne sur une carte géographique.

¹⁶Castberg, op. et loc. cit.

On notera à ce propos que le premier et le deuxième point ont été tranchés par implication et qu'ils n'avaient donc pas à être expressément formulés dans le dispositif de la sentence. Pour ce qui est du troisième grief que le plaignant soulève, la question d'une annexe cartographique : une telle carte serait évidemment toujours restée en dehors du dispositif.

En outre, il convient quand même de remarquer que le premier et le troisième points font l'objet de motivations précises, contenues au paragraphe 87 de la sentence. A propos du premier point, il est dit :

"En tenant compte des conclusions ci-dessus, auxquelles le Tribunal est parvenu, et du libellé de l'article 2 du compromis arbitral, la deuxième question, de l'avis du Tribunal, n'appelle pas une réponse de la part."

A propos du troisième point, le même paragraphe affirme : "le Tribunal n'a pas jugé utile étant donné sa décision de joindre une carte comprenant le tracé de la ligne frontière".

Mis à part les observations que nous venons de faire, la question qui se pose par rapport au premier et au deuxième points est celle de savoir s'il était nécessaire de motiver deux décisions qui ne faisaient que suivre le texte de l'article 2 du compromis arbitral.

Nous avons rappelé maintes fois que la seconde question était précédée de la phrase : "En cas de réponse négative à la première question." Les termes mêmes de l'article 2 indiquaient donc que si la réponse donnée à la première question était affirmative, le Tribunal aurait eu non pas à répondre à la seconde, mais uniquement à motiver la réponse à la première. C'était donc seulement la réponse par laquelle il a été affirmé que l'accord de 1960 faisait droit dans les rapports Guinée-Bissau/Sénégal qui nécessitait une motivation; mais les motifs de cette réponse affirmative à la première question sont largement indiqués dans la sentence. L'absence de réponse à la question de la délimitation des territoires maritimes des deux Etats ne nécessitait pas de motivation.

Quant à l'omission de tracer la ligne de délimitation pour l'ensemble des espaces marins, elle n'était que la conséquence logique du fait que la deuxième question avait eu un sort contraire à la condition prévue par le compromis. C'est donc une omission qui ne demandait pas de motivations.

25. Monsieur le Président, Messieurs les Juges, notre ligne de raisonnement, telle que nous venons de l'exposer, mène au rejet de l'argumentation subsidiaire de notre adversaire. Par conséquent, ses efforts en vue de contester la validité de la sentence, pourvue qu'elle soit considérée existante, doivent être considérés comme entièrement vains.

Merci Monsieur le Président.

THE PRESIDENT : Thank you very much Professor Capotorti. We will resume then at 10.00 a.m. on Monday morning. Thank you.

L'audience est levée à 13 h 15.
