

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDDEEN

*[Traduction]*

Je suis d'accord avec la décision de la Cour. J'estime toutefois que celle-ci, sur certains points, aurait pu se montrer plus ferme encore. Sur le point capital de savoir si le Tribunal aurait dû répondre à la seconde question qui lui était posée dans le compromis d'arbitrage, la Cour reconnaît la validité de la sentence en considérant qu'en se disant non compétent pour répondre à cette question le Tribunal avait interprété le compromis de l'une des manières dont il était possible de l'interpréter sans qu'il y ait méconnaissance manifeste de sa compétence. La Cour ne s'est pas prononcée ensuite sur la justesse de l'interprétation du Tribunal, et ce à cause de sa conception de la portée de sa propre compétence en cette affaire. Je précise ci-après les raisons pour lesquelles je soutiens, premièrement, que, sous réserve des considérations relatives à la sécurité du processus arbitral quant au caractère définitif des sentences, la compétence de la Cour ne l'empêchait nullement de se prononcer sur la justesse de l'interprétation que le Tribunal a fait sienne et, deuxièmement, que cette interprétation était en fait l'interprétation correcte.

### I. LA COUR AVAIT-ELLE COMPÉTENCE POUR SE PRONONCER SUR LA JUSTESSE DE L'INTERPRÉTATION DU COMPROMIS PAR LE TRIBUNAL ?

Le grief principal de la Guinée-Bissau est que le Tribunal arbitral a failli à sa tâche, car il était tenu de répondre à la seconde question du compromis d'arbitrage et il ne l'a pas fait, raison pour laquelle la sentence est nulle. Il me semble que, la Cour s'étant déclarée compétente, la démarche à suivre était de déterminer, conformément aux principes applicables à l'interprétation des traités, si le compromis d'arbitrage exigeait effectivement que le Tribunal réponde à cette question. Si l'interprétation de la Cour était différente de celle du Tribunal, il fallait ensuite déterminer si celle du Tribunal était aussi plausible que celle de la Cour. Si les deux étaient également plausibles, chacune étant justifiée par un processus légitime d'interprétation, des considérations tenant à la sécurité des procédures d'arbitrage quant au caractère définitif des sentences laisseraient supposer que la Cour devrait s'abstenir de remplacer l'interprétation du Tribunal par la sienne propre. La Cour pourrait le faire uniquement si elle s'était satisfaite que l'interprétation du Tribunal constituait une erreur manifeste et grave au regard de son mandat. Une argumentation marginale ou contestable ne suffirait pas.

J'aurais pensé, avec tout le respect que je dois à la Cour, qu'il s'agissait là d'une démarche relativement directe; qu'elle avait l'avantage de

permettre à la Cour de résoudre la question de fond, qui intéressait de toute évidence la Guinée-Bissau, de savoir si l'interprétation du Tribunal était juste ou non ; et que cette démarche aurait offert toutes les garanties nécessaires à la stabilité de la procédure d'arbitrage international.

La Cour toutefois n'a pas adopté cette démarche. Le raisonnement de la Cour tend plutôt à conclure que le Tribunal avait raison d'affirmer qu'il n'était pas compétent pour répondre à la seconde question et tout lecteur de l'arrêt (et en particulier de son paragraphe 56) est en droit de penser que c'est là la conclusion naturelle. La Cour, cependant, s'arrête avant de parvenir à cette conclusion, se limitant à dire que :

« Dès lors, le Tribunal a pu, sans méconnaître manifestement sa compétence, juger que la réponse qu'il avait donnée à la première question n'était pas négative, et que par suite il n'avait pas compétence pour répondre à la seconde. » (Arrêt, par. 60.)

L'arrêt n'aborde donc pas la question de savoir si le Tribunal a interprété correctement le compromis pour ce qui est du point spécifique qu'était sa compétence de répondre à la seconde question. La raison s'en trouve dans la distinction qu'effectue la Cour entre recours en nullité et appel au regard de décisions faites dans l'exercice de la compétence de la compétence. Evoquant l'argumentation de la Guinée-Bissau sur cette question, l'arrêt dit ceci :

« Par le moyen susmentionné, la Guinée-Bissau critique en réalité l'interprétation donnée dans la sentence des dispositions du compromis qui déterminent la compétence du Tribunal, et en propose une autre. Mais la Cour n'a pas à se demander si le compromis était susceptible ou non de plusieurs interprétations en ce qui concerne la compétence du Tribunal, et dans l'affirmative à s'interroger sur celle qui eût été préférable. En procédant de la sorte, la Cour traiterait en effet la requête comme un appel et non comme un recours en nullité. La Cour ne saurait procéder de la sorte en l'espèce. Elle doit seulement rechercher si le Tribunal, en rendant la sentence contestée, a manifestement méconnu la compétence qui lui avait été donnée par le compromis, en outrepassant sa compétence ou en ne l'exerçant pas. » (Arrêt, par. 47.)

Le problème que suscite cette approche est que tout en laissant sans réponse une question qui importe à l'une des Parties au différend, à savoir la justesse ou non de l'interprétation du Tribunal, elle ouvre la possibilité, du moins en théorie, que l'interprétation ait été incorrecte. Car si l'on prétend que l'interprétation du Tribunal était simplement une des interprétations qu'il était possible de donner au compromis d'arbitrage « sans qu'il y ait méconnaissance manifeste de sa compétence », on laisse subsister la possibilité qu'une autre interprétation du compromis fût possible,

“La source du caractère obligatoire de la sentence arbitrale ne vient pas d’en haut, d’une autorité supérieure, mais d’en bas, d’un traité conclu par les parties, qui se soumettent ainsi à la norme du droit coutumier international ‘*pacta sunt servanda*’, qui est en même temps la norme fondamentale du droit des gens conventionnel.” (Wilhelm G. Hertz, “Les ‘fondements’ de la nullité dans la justice internationale”, *Revue internationale de la théorie du droit*, 1938, Vol. 12, p. 327, at p. 331.)

Carlston gave his understanding of the position in these words:

“By entering into the arbitration agreement and participating in the proceedings before the tribunal, the parties impliedly engage to execute the award when rendered.” (K. S. Carlston, *The Process of International Arbitration*, 1946, p. 205.)

The finality of an arbitral award is a well-settled part of customary international law; but it is a part of the law which leans on the actual or presumed will of the parties.

It is likewise the case that “[t]he competence of an arbitral tribunal to decide questions of its own jurisdiction is unquestionably firmly established as a principle of international arbitral law” (*ibid.*, p. 74). Many authorities attest to the principle and rightly proclaim its importance. But it seems to me that the law on the point, clear and settled as it is, is itself founded on the theory of such competence being ultimately derived from a grant presumed by law to have been made to the tribunal by the parties, who are always competent to do so expressly. This is illustrated by Article 14 of the 1875 draft Arbitral Procedure of the Institut de droit international, reading:

“Dans le cas où le doute sur la compétence dépend de l’interprétation d’une clause du compromis, les parties sont censées avoir donné aux arbitres la faculté de trancher la question, sauf clause contraire.” (Ernest Lehr, *Tableau général de l’organisation, des travaux et du personnel de l’Institut de droit international pendant les deux premières périodes décennales de son existence (1873-1892)*, 1893, p. 127.)

Some 80 years later, this significant “clause contraire” was reflected in the Court’s statement in the *Nottebohm* case (cited in paragraph 46 of the Judgment in the present case) to the effect

“that, *in the absence of any agreement to the contrary*, 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” (*I.C.J. Reports 1953*, p. 119; emphasis added; and see Berlia, *loc. cit.*, p. 117).

The theory, it would seem, is that, where they abstain from exercising their right to exclude the power, the parties “sont censées avoir donné aux arbitres la faculté de trancher la question”.

« La source du caractère obligatoire de la sentence arbitrale ne vient pas d'en haut, d'une autorité supérieure, mais d'en bas, d'un traité conclu par les parties, qui se soumettent ainsi à la norme du droit coutumier international « *pacta sunt servanda* », qui est en même temps la norme fondamentale du droit des gens conventionnel. » (Wilhelm G. Hertz, « Les « fondements » de la nullité dans la justice internationale », *Revue internationale de la théorie du droit*, 1938, vol. 12, p. 331.)

Quant à Carlston, sa position est la suivante :

« En concluant l'accord d'arbitrage et en participant à la procédure devant le tribunal, les parties s'engagent implicitement à appliquer la sentence une fois prononcée. » (K. S. Carlston, *The Process of International Arbitration*, 1946, p. 205.)

Le caractère définitif de la sentence arbitrale constitue un élément bien assis du droit international coutumier, mais c'est un élément qui s'appuie sur la volonté réelle ou présumée des parties.

Il est vrai également que « [l]a compétence d'un tribunal arbitral à trancher les questions de sa propre compétence est incontestablement et fermement établi comme principe du droit international de l'arbitrage » (*ibid.*, p. 74). De nombreux auteurs confirment ce principe et insistent à juste titre sur son importance. Mais il me semble que le droit sur ce point, aussi clair et établi soit-il, s'appuie à son tour sur la théorie selon laquelle, en dernière instance, cette compétence est censée, en droit, avoir été conférée au tribunal par les parties, qui ont toujours le droit de le faire expressément. C'est ce qu'illustre l'article 14 du projet de procédure arbitrale de 1875 de l'Institut de droit international, qui est le suivant :

« Dans le cas où le doute sur la compétence dépend de l'interprétation d'une clause du compromis, les parties sont censées avoir donné aux arbitres la faculté de trancher la question, sauf clause contraire. » (Ernest Lehr, *Tableau général de l'organisation, des travaux et du personnel de l'Institut de droit international pendant les deux premières périodes décennales de son existence (1873-1892)*, 1893, p. 127.)

Quelque quatre-vingts ans plus tard, cette « clause contraire » significative est reflétée dans les propos de la Cour dans l'affaire *Nottebohm* (citée au paragraphe 46 de l'arrêt en cette instance) selon lesquels

« à moins de convention contraire, un tribunal international est juge de sa propre compétence et a le pouvoir d'interpréter à cet effet les actes qui gouvernent celle-ci » (*C.I.J. Recueil 1953*, p. 119; les italiques sont de moi; voir également Berlia, *loc. cit.*, p. 117).

Il semblerait que la théorie veuille que, lorsqu'elles s'abstiennent d'exercer leur droit d'exclure ce pouvoir, les parties « sont censées avoir donné aux arbitres la faculté de trancher la question ».

Du point de vue de la portée et du fondement de la compétence de la compétence, le problème juridique qui se pose peut donc se formuler comme suit : en confiant à l'arbitre, que ce soit expressément ou par l'effet du droit, la compétence pour interpréter le compromis, dans quelles limites, si limite il y a, les parties s'engagent-elles à être liées par l'exercice de la compétence de l'arbitre qui entraînerait une interprétation erronée du compromis à propos de ses pouvoirs ? En l'occurrence, la question serait de savoir si les parties acceptaient d'être liées par une interprétation erronée — le cas échéant — du compromis sur le point important et majeur de savoir si la seconde question devait recevoir une réponse. Il est concevable que, dans le but plus général d'obtenir un règlement de leur différend, les parties soient convenues d'accepter d'être liées par des décisions prises dans une marge tolérable d'appréciation quant à la compétence sur des points mineurs, même si ces décisions se révèlent être erronées. Peut-on aller jusqu'à concevoir que les parties accepteraient aussi d'être liées de la même manière par des décisions erronées quant aux pouvoirs du tribunal affectant le fond de sa mission ? Certes non. Mais alors, lorsqu'une question comme celle-là se pose, comme elle se pose ici, comment la résoudre si la Cour ne peut affirmer, du point de vue de l'interprétation des traités, que la décision du Tribunal était en fait la bonne ? On comprend mal la raison pour laquelle la Cour doit considérer le problème comme réglé par le fait que le Tribunal a donné au compromis une interprétation qui aurait pu être donnée sans méconnaissance manifeste de sa compétence. Cette façon de voir les choses laisse subsister la possibilité que si une telle interprétation peut fort bien s'avérer juste, elle peut tout autant, du moins en théorie, être fautive.

Il peut être utile de se pencher sur deux affaires dans lesquelles on a soutenu qu'une sentence arbitrale était nulle, à savoir l'affaire *Orinoco Steamship Co.* et l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*.

Dans l'affaire de l'*Orinoco Steamship Co.*, la Cour permanente d'arbitrage a fait valoir que « l'appréciation des faits et l'interprétation des textes relevaient de la compétence de l'arbitre » et que

« ses décisions, lorsqu'elles s'appuient sur une telle interprétation, ne sauraient être contestées par ce tribunal, dont le devoir est non de dire si l'affaire a été bien ou mal jugée, mais si la sentence doit être annulée; que si une décision arbitrale pouvait être contestée sous prétexte d'appréciation erronée, l'appel et la revision, que les conventions de La Haye de 1899 et 1907 voulaient précisément éviter, deviendraient la règle générale » (*Recueil de la Cour de La Haye*, publié sous la direction de J. B. Scott, 1916, p. 231).

Ces observations, notamment celle selon laquelle « l'appréciation des faits et l'interprétation des textes » relèvent « de la compétence de l'arbitre », avaient trait à des décisions prises par lui sur le fond de l'affaire, et non à des décisions prises par lui dans l'exercice de la compétence de la

compétence, l'idée étant qu'un recours en nullité contre une décision de ce genre n'autorise pas l'instance devant laquelle le recours est porté à contrôler l'appréciation par le tribunal des faits et des documents donnant lieu à la décision dudit tribunal au fond. Quant aux décisions prises dans l'exercice de la compétence de la compétence (concernant, en cette instance, l'obligation en vertu du compromis d'être d'une équité absolue), il semblerait que la Cour permanente d'arbitrage ait examiné directement la question de savoir si la décision prise par l'arbitre quant à ses pouvoirs, ou à la façon de les exercer, était correcte.

La décision prise par la Cour en l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne* fait valoir de même que « la sentence n'étant pas susceptible d'appel, elle [la Cour] ne peut entreprendre l'examen des objections soulevées par le Nicaragua à la validité de la sentence comme le ferait une cour d'appel » (*C.I.J. Recueil 1960*, p. 214, et paragraphe 25 de l'arrêt en la présente instance). Cependant, il est difficile de voir où intervient cette considération lorsque la Cour en vient à traiter de ce qui semble être une contestation de l'exercice de la compétence de la compétence de l'arbitre. La Cour a réglé un élément de l'argumentation en estimant que certaines interprétations possibles des articles du traité Gámez-Bonilla concernant la procédure de nomination de l'arbitre étaient des interprétations que l'on aurait pu retenir de ces dispositions dans l'exercice du pouvoir des deux arbitres nationaux de les interpréter; mais cela concernait le pouvoir constitutif qu'avaient les deux arbitres « d'interpréter et d'appliquer les articles en question en vue de s'acquitter de leur tâche d'organisation du tribunal arbitral » (*ibid.*, p. 206), et non les fonctions du tribunal une fois celui-ci créé. En ce qui concerne ces fonctions, il est une question qui a été soulevée : celle de savoir si l'arbitre avait mal interprété le compromis en supposant que celui-ci lui conférait le pouvoir d'accorder des compensations pour établir une frontière naturelle bien déterminée. Il ne semble pas que la Cour ait abordé le problème en se disant que la seule question dont elle était saisie était de savoir si l'interprétation faite par l'arbitre était une interprétation qui pouvait être adoptée sans méconnaissance manifeste de la compétence; la Cour a déterminé que cette interprétation était en fait la bonne, et elle l'a fait après avoir procédé à son propre « examen du traité » et donné sa propre interprétation (*ibid.*, p. 215). Selon moi, lorsque la Cour insiste qu'elle n'est pas une cour d'appel et qu'elle « n'est pas appelée à dire si l'arbitre a bien ou mal jugé » (*ibid.*, p. 214), la décision de l'arbitre à laquelle se réfère la Cour est sa décision sur le fond de l'affaire, et non sa décision interprétant le compromis sur la question de ses pouvoirs sur le fond. Comme je l'ai dit plus haut, j'ai la même impression en ce qui concerne la remarque correspondante de la Cour permanente d'arbitrage dans l'affaire *Orinoco Steamship Co.*

Dans ces deux affaires, si l'instance saisie évoque la distinction entre appel et recours en nullité, c'est apparemment pour ne pas perdre de vue que dans le cadre d'un recours en nullité elle ne saurait être amenée à réexaminer le fond de la décision contestée, la seule question qu'elle doit examiner étant celle de savoir si la décision résulte de l'exercice valide du

pouvoir de statuer du tribunal et non, dans l'affirmative, celle de savoir s'il avait raison sur le fond. Sans vouloir exclure de manière dogmatique la possibilité d'autres interprétations, je ne vois dans aucune de ces affaires l'idée que, lorsqu'un recours en nullité s'appuie sur la contestation de la validité de l'interprétation faite par le tribunal du compromis en tant que source de ses pouvoirs, l'instance saisie de cette affaire doit se borner à se demander si l'interprétation faite par le tribunal était une interprétation qu'il pouvait retenir sans méconnaître manifestement sa compétence et ne pourrait se prononcer sur le bien-fondé ou non de l'interprétation dans le cas où l'interprétation en question remplit cette condition. Dans l'exercice des pouvoirs juridictionnels qu'il peut avoir, un tribunal a manifestement des pouvoirs d'appréciation des éléments factuels et documentaires dont il est saisi pour évaluation et décision. Il en va de même, dans une certaine mesure, lorsque la compétence d'un tribunal dépend de son appréciation d'une question devant être replacée dans le contexte des dispositions juridictionnelles du compromis (*Interprétation de l'accord gréco-turc du 1<sup>er</sup> décembre 1926 (protocole final, article IV), avis consultatif, 1928, C.P.J.I. série B n° 16, p. 19-22, et J. L. Simpson et Hazel Fox, International Arbitration, Law and Practice, 1959, p. 252*). Mais de tels pouvoirs d'appréciation sont de nature sensiblement différente de celle des pouvoirs d'appréciation concernant les pouvoirs juridictionnels que le compromis lui-même confère directement au tribunal.

Il se peut fort bien que, dans la pratique, la différence entre l'opinion de la Cour et celle exposée ici soit une différence d'approche plutôt que de résultat. Mais il faut peut-être attacher une certaine importance à l'approche. Je souscris à l'avis qui sous-tend la décision de la Cour, à savoir que le pouvoir qu'elle a de revoir l'interprétation du compromis est limité, mais je ne partage pas son point de vue sur le fondement de ces limites. Pour moi, ces limites n'empêchent pas la Cour, en principe, de se prononcer sur la justesse de l'interprétation du Tribunal, mais exigent simplement que la Cour fasse preuve d'une certaine prudence en se prononçant sur cette question : j'associerais directement et fermement ces limites à des considérations relatives à la sécurité du processus arbitral quant au caractère définitif des sentences, et à la nécessité, qui en est le corollaire logique, pour la Cour de suffisamment bien fonder la décision par laquelle elle déterminerait si sa propre interprétation du compromis a une clarté si éclatante qu'elle doit supplanter celle du Tribunal, à supposer que les deux diffèrent. Je pense que ce point de vue s'aligne sur l'orientation de la jurisprudence qui existe sur ce sujet. Je ne vois aucune relation entre ces limites et l'idée, qui pourrait être implicite aux paragraphes 47 et 60 de l'arrêt de la Cour, que, du fait qu'il ne s'agit pas d'un appel, la Cour devrait estimer que le Tribunal est entièrement libre de choisir parmi les différentes interprétations possibles du compromis concernant l'essentiel de sa mission, à condition qu'il s'agisse d'interprétations ne « méconnaissant manifestement pas sa compétence ».

Je ne suis donc pas convaincu qu'il soit satisfaisant, lors d'un recours en nullité, de chercher à trancher la question en demandant simplement si

l'interprétation du compromis retenue par le Tribunal quant à ses pouvoirs était une interprétation qu'il pouvait faire sienne sans qu'il y ait méconnaissance manifeste de sa compétence. Plus particulièrement, j'estime que rien, en droit, n'empêchait la Cour de trancher la question de savoir si le Tribunal, en l'occurrence, pouvait légitimement interpréter le compromis d'arbitrage dans le sens qu'il n'était pas tenu de répondre à la seconde question qui lui était posée.

## II. LE TRIBUNAL A-T-IL EU RAISON D'INTERPRÉTER LE COMPROMIS DANS LE SENS QUE LA SECONDE QUESTION N'APPELAIT PAS DE RÉPONSE DE SA PART ?

J'estime que le Tribunal a eu raison d'interpréter le compromis comme signifiant que la seconde question n'appelait pas de réponse de sa part.

L'allégation de la Guinée-Bissau qu'il fallait répondre à la seconde question s'appuie sur son argument selon lequel le but et l'objet primordiaux du compromis d'arbitrage, tels que le laisse entendre notamment le préambule, étaient qu'il devait en tout état de cause y avoir une délimitation globale, par une ligne unique, de tous les espaces maritimes constituant l'objet du différend entre les Parties. C'est sur cette prémisse que le conseil de la Guinée-Bissau a basé son argumentation :

« la première et la deuxième question posées à l'article 2 étaient les parties d'une question globale : quelle est la frontière maritime, c'est-à-dire la frontière de tous les espaces marins ? Si elle provenait de l'échange de lettres, la réponse à la question globale découlerait de celle à la première question ; sinon, elle découlerait de la réponse à la deuxième. » (Audience publique du 9 avril 1991, après-midi, CR 91/7, p. 58, M. Galvão Teles.)

Cette interprétation des deux questions, fondée sur le désir de parvenir à une délimitation globale, est certes séduisante et la jurisprudence permet jusqu'à un certain point de la défendre : en effet, dans plusieurs affaires bien connues, elle met en garde contre les restrictions que représente une approche étroitement grammaticale qui, en interdisant à la Cour de déterminer ce que les parties entendaient réellement par les mots retenus, pourrait faire échouer l'objet et le but véritables d'un traité.

Mais, malgré toute la souplesse qu'offre cette jurisprudence, l'interprétation que fait la Guinée-Bissau de ces deux questions est-elle raisonnablement compatible avec leur libellé exact ? Sans qu'il soit en aucune façon nécessaire de se référer aux travaux préparatoires, je ne disconviens pas que le compromis d'arbitrage lui-même témoigne du désir général des Parties de voir régler leur différend de manière globale. Toutefois, il me semble que le dispositif du compromis reflète une intention spécifique qui n'est pas totalement compatible avec ce désir général, en ceci que l'intention dont il est témoigné était certes de réaliser le désir des Parties, et de le réaliser par le biais de l'arbitrage prévu, mais seulement sous réserve d'une

condition préalable qui, en l'occurrence, n'a pas été satisfaite. C'est ce décalage partiel entre le souhait apparent et le mécanisme spécifique qui constitue la spécificité du problème juridique en cause. Comment le résoudre ?

Les dispositions clés du compromis d'arbitrage, figurant à l'article 2, posent deux questions au Tribunal, formulées de façon à indiquer clairement que si, en toute circonstance, le Tribunal est tenu de répondre à la première question, il a à répondre à la seconde question seulement « en cas de réponse négative à la première question... » Ainsi, la structure même de cette disposition envisageait la possibilité que seule la première des deux questions puisse exiger une réponse. Cela étant, pour montrer que le Tribunal était tenu de procéder à une délimitation globale quelles que soient les circonstances, il faudrait démontrer que le Tribunal était à la fois compétent pour procéder à cette délimitation et tenu de le faire en réponse à la première question si, pour une raison quelconque, il était répondu uniquement à cette question. Cependant, il semble clair (et nous reviendrons sur ce point plus loin) qu'une délimitation globale ne pouvait en aucun cas constituer une réponse à la première question. Comme il est clair aussi que la première question pouvait bien être la seule appelant une réponse, il s'ensuit que, par la force des choses, l'argument selon lequel le Tribunal était tenu, en toutes circonstances, de procéder à une délimitation globale est mis en échec. Avec cet échec, le fondement conceptuel de l'argumentation présentée par la Guinée-Bissau disparaît, et c'est la fin de l'affaire.

Mais que se passe-t-il si cette conclusion est fautive ? Comme nous l'avons vu, l'argument de la Guinée-Bissau était qu'une délimitation globale s'imposait quelles que soient les circonstances et que, si la réponse donnée par le Tribunal à la première question n'aboutissait pas à cette délimitation, il fallait donc à cette fin passer à la seconde. Ce raisonnement semblerait impliquer que la Guinée-Bissau était d'avis que la première question renfermait la possibilité de procéder à une délimitation globale. Il convient de rappeler cependant que, pendant la procédure arbitrale, ce pays s'est opposé, avec succès, à l'affirmation du Sénégal selon laquelle une réponse affirmative à la première question confirmant la validité de l'accord de 1960 pourrait donner lieu à une délimitation globale. Le Sénégal, pour sa part, a accepté la décision du Tribunal sur ce point. Devant la Cour, aucune des Parties n'a soutenu qu'il était possible, ne serait-ce que sur le plan théorique, d'aboutir à une délimitation globale d'aucune sorte en vertu d'une réponse, quelle qu'elle fût, au point soulevé par cette question, à savoir si l'accord de 1960 faisait droit dans les relations entre les Parties. En effet, la première question ne visait tout simplement pas une délimitation globale. Ainsi, encore qu'il soit parfaitement vrai, comme l'a fait valoir à maintes reprises la Guinée-Bissau, que la réponse du Tribunal à la première question n'a effectivement pas débouché sur une délimitation globale, il est inutile de le dire si, dès le départ, cette question n'avait pas comme objet cette délimitation globale. Il serait inutile de le dire puisque cette affirmation reposerait sur une prémisse inexistante. En conséquence, le fait qu'aucune délimitation ne

soit intervenue en vertu de la première question ne constituait pas, d'un point de vue logique, une raison de recourir à la seconde.

On peut soutenir qu'alors même que, pour les raisons indiquées par le Tribunal, la ligne de 1960 ne pouvait pas constituer une délimitation globale, cela ne signifiait pas que la première question ne puisse être interprétée comme demandant au Tribunal de dire si cette ligne, à supposer qu'elle soit confirmée, constituait une telle délimitation, ni que la réponse du Tribunal constituait une réponse partiellement négative à la question ainsi comprise. Toutefois, il est difficile de déceler dans le libellé de la question les éléments d'une telle interprétation. Un argument possible est que la référence faite dans la question aux « relations » entre les Parties était une référence à leurs relations au regard de la frontière départageant tous les espaces maritimes existants, et non seulement les espaces maritimes qui existaient en 1960. Le résultat serait que le Tribunal, s'il confirmait la validité de l'accord de 1960, serait tenu de se demander si l'accord régissait globalement toutes leurs relations. Selon moi, la difficulté que suscite cet argument est qu'il paraît nécessaire d'établir une distinction entre « les relations » entre les Parties et le contenu desdites relations. Le mot « relations » est défini comme suit : « les divers modes par lesquels un pays, un Etat, etc., est en contact avec un autre par des intérêts politiques ou commerciaux » (*The Shorter Oxford English Dictionary*, 3<sup>e</sup> éd., 1984, p. 1796), et : « les rapports entre ... nations » (*Webster's New Dictionary and Thesaurus, Concise Edition*, 1990, p. 459). Il me semble que ces « rapports » peuvent concerner des intérêts fort divers et qu'une référence aux premiers ne suffit pas à identifier les seconds. De ce fait, la référence, à la première question, aux « relations » entre les Parties ne permet pas, en soi, d'identifier les espaces maritimes spécifiques constituant l'objet de ces relations. Ceux-ci doivent se déduire de la référence faite à cette question dans l'accord de 1960, qui ne concernait évidemment que certains des espaces maritimes des Parties. En effet, en demandant si l'accord de 1960 faisait droit dans les relations entre les Parties, la première question tendait en fait à savoir si l'accord faisait droit en ce qui concerne la frontière délimitant les espaces maritimes visés dans l'accord, et pas en ce qui concerne aussi les espaces maritimes qui n'y étaient pas mentionnés. Rien dans la question ne vient étayer le point de vue selon lequel la question demandait au Tribunal de dire si la délimitation de 1960, à supposer qu'elle soit maintenue, devait être élargie pour englober l'ensemble des espaces maritimes existants des Parties.

On peut soutenir que cette conclusion ne représente pas l'interprétation faite par le Tribunal de la première question. Ayant considéré que l'accord de 1960 faisait droit dans les relations entre les Parties, le Tribunal s'est ensuite penché sur l'application spatiale de l'accord. Le Sénégal avait soutenu que, en raison de certains facteurs, la ligne tracée par l'accord de 1960 s'appliquait à tous les espaces maritimes que connaît à l'heure actuelle le droit international, et n'était par conséquent plus limitée aux espaces mentionnés dans l'accord lui-même. A ce propos, le Tribunal dit ceci :

« Le Tribunal ne cherche pas ici s'il existe une délimitation des zones économiques exclusives fondée sur une norme juridique autre que l'accord de 1960, telle qu'un accord tacite, une coutume bilatérale ou une norme générale. Il cherche seulement à voir si l'accord, en lui-même, peut être interprété de manière à englober la délimitation de l'ensemble des espaces maritimes actuellement existants. » (Sentence, par. 83.)

Ces remarques signifient-elles que, pour le Tribunal, la première question cherchait en fait à savoir si la délimitation effectuée par l'accord de 1960, au cas où sa validité serait confirmée, régissait l'ensemble des espaces maritimes actuellement existants? Dans l'affirmative, la réponse qu'il a donnée — à savoir que l'accord ne concernait que la mer territoriale, la zone contiguë et le plateau continental — peut fort bien être perçue comme une réponse négative à la première question, appelant par conséquent une réponse à la seconde.

Cependant, si l'on replace cette citation dans son contexte, je ne pense pas qu'elle démontre que le Tribunal a compris que par la première question on lui demandait de dire si la frontière de 1960 s'appliquait de manière globale. En réponse à l'argumentation du Sénégal, le Tribunal a bien veillé à établir une distinction entre la délimitation effectuée par l'accord de 1960 lui-même et toute autre délimitation ultérieure fondée « sur une norme juridique autre que l'accord de 1960, telle qu'un accord tacite, une coutume bilatérale ou une norme générale ». Le Tribunal a considéré que la première question avait trait uniquement à la délimitation de 1960 et ne conduisait pas à s'interroger sur toute autre délimitation possible. Par conséquent, le Tribunal, dans le cadre de la première question, ne s'est intéressé qu'à l'application spatiale de la délimitation opérée par l'accord de 1960 lui-même, et non à l'application spatiale d'une autre délimitation pouvant intervenir par la suite sur une base autre que cet accord. C'est précisément parce que le Tribunal a interprété la première question de cette manière restrictive qu'il a rejeté l'affirmation du Sénégal que l'accord de 1960 s'appliquait à tous les espaces maritimes existants. C'était là une réponse négative à une question posée par le Sénégal, et non une réponse négative à la première question figurant dans le compromis d'arbitrage.

La réponse du Tribunal ne peut pas être considérée non plus comme une réponse partielle à la première question. Le fait que l'accord de 1960 ne s'appliquait pas aux espaces maritimes qui n'y étaient pas visés ne signifie pas que l'accord ne faisait pas pleinement droit. Pour déterminer dans quelle mesure l'accord faisait droit dans les relations entre les Parties, il fallait se référer aux espaces maritimes qui y étaient mentionnés, et non à ceux qui n'y étaient pas visés. L'accord faisait droit entre les Parties dans toute la mesure envisagée par ses termes mêmes; autrement dit, il faisait pleinement droit.

On pourrait prétendre — et cet argument a en fait été avancé par le Sénégal — que la tâche du Tribunal se bornait à dire si l'accord de 1960

faisait droit « dans les relations entre les Parties », et qu'il n'était pas tenu de déterminer le champ d'application de l'accord, si la validité de celui-ci était confirmée. Je ne m'arrête pas sur cette question, car même à supposer que le Tribunal eût été tenu de le faire, la réponse qu'il a donnée, en ce qui concerne tant l'applicabilité que la portée de l'accord, ne pouvait, à mon avis, être considérée comme une réponse négative qui exigerait de recourir à la seconde question.

Pour toutes ces raisons, il me semble que les deux questions ne visaient pas la même chose. Les deux portaient sur le même sujet général, qu'elles abordaient cependant sous des aspects différents. Je conviens avec la Cour que la première question avait trait à la question de savoir si l'accord de 1960 faisait droit dans les relations entre les Parties, alors que la seconde avait pour objet de tracer une délimitation maritime au cas où l'accord ne ferait pas droit. Le Tribunal était en effet tenu de procéder à une délimitation de tous les espaces maritimes des Parties, mais seulement à la condition de décider dans un premier temps que l'accord de 1960 ne faisait pas droit dans les relations entre les Parties. Comme cette condition — condition préalable — n'était pas remplie, l'obligation de procéder à la délimitation n'est jamais intervenue. Prétendre autrement équivaut à dire que le Tribunal était tenu de répondre à la seconde question quelle que fût sa réponse à la première — affirmation qui tombe d'elle-même.

L'on peut dire qu'il est difficile de défendre une méthode d'interprétation à tel point rigoureuse qu'elle donnerait au compromis « un sens selon lequel ... il aurait entièrement omis de poser la véritable question litigieuse... » (voir les observations de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, C.P.J.I. série A/B n° 46, p. 139). Comme le différend réel entre les Parties à cette instance s'étendait à tous leurs espaces maritimes existants, on peut faire valoir que toute interprétation qui excluait la possibilité d'un règlement global par le recours à la seconde question est une interprétation qui omet de poser la véritable question litigieuse. D'un autre côté, le fait d'obliger à recourir à la seconde question malgré la réponse affirmative du Tribunal à la première constitue un dédain tellement manifeste de l'exclusion inscrite dans la seconde question, qu'il y a lieu d'envisager d'appliquer d'autres considérations.

En sa qualité d'ancien membre de la Cour, M. André Gros, l'un des deux arbitres ayant voté en faveur de la sentence, a eu l'occasion, d'abord en 1974 puis de nouveau en 1984, de citer le passage suivant de Charles De Visscher (*Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, 1963, p. 24 et 25) :

« La fonction de l'interprétation n'est pas de perfectionner un instrument juridique en vue de l'adapter plus ou moins exactement à ce que l'on peut être tenté d'envisager comme la pleine réalisation d'un objectif logiquement postulé, mais de faire la lumière sur ce que les Parties ont effectivement voulu. » (*Compétence en matière de*

*pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), C.I.J. Recueil 1974, opinion dissidente, p. 149, et Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), C.I.J. Recueil 1974, opinion dissidente, p. 238-239; voir également Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, C.I.J. Recueil 1984, opinion dissidente, p. 388.)*

Comme l'a dit M. Anzilotti, la Cour permanente de Justice internationale, en se limitant à répondre à une partie seulement de la question « qui lui est posée », commettrait « un véritable abus de pouvoir » (*Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, avis consultatif, 1931, C.P.J.I. série A/B n° 41, p. 69*). Cependant, pour éviter la pétition de principe, il convient tout d'abord de déterminer quelle est la question qui appelle une réponse (*Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, C.P.J.I. série C n° 58, p. 610-613, M. Logoz, pour la Suisse, arguendo*). Ainsi, si un compromis peut témoigner du désir des parties d'avoir une réponse à la totalité de certaines questions, il est concevable que la façon dont ces questions sont formulées puisse empêcher le tribunal de répondre à toutes. Face à une affaire semblable, dans laquelle la Cour permanente de Justice internationale a considéré qu'il n'était pas possible de répondre à l'une des questions à cause de la façon dont elle était formulée, la Cour permanente s'est montrée insensible au fait que le compromis lui demandait expressément de répondre à toutes les questions « par une seule décision ». Elle n'a pas cédé non plus à l'argument selon lequel :

« la conclusion du compromis représentait une transaction entre les points de vues opposés des Parties, l'un des deux Etats attachant un intérêt particulier à la question juridique soumise à la Cour par l'article premier, et l'autre s'intéressant spécialement aux questions dont traite l'article 2; par conséquent, si la Cour ne rendait son arrêt que sur la question de droit à elle soumise par l'article premier, il en résulterait une injustice, car l'équilibre entre les deux Parties serait détruit » (*Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, arrêt, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 46, p. 163*).

Cet argument, pourrait-on penser, présente une certaine analogie avec la présente affaire. Cependant, sans entrer dans le détail des raisons pour lesquelles cet argument a échoué dans l'affaire en question, j'estime qu'il échouerait également en l'espèce; des réflexions sur les difficultés que la sentence risque de susciter lorsque l'on cherchera à procéder à une délimitation globale, tout en méritant de retenir l'attention, ne sont pas décisives. Evoquant la façon dont la question avait été formulée dans l'affaire des *Zones franches*, la Cour permanente de Justice internationale dit ceci :

« Si l'obstacle qui s'oppose à l'accomplissement d'une partie de la mission que les Etats en cause entendaient confier à la Cour résulte des termes du compromis lui-même, c'est directement de la volonté des Parties que cet obstacle découle... » (*Ibid.*)

Il me semble qu'en l'espèce cet obstacle est créé par la volonté des Parties elles-mêmes, telle qu'elles l'ont exprimée dans les premiers mots de la seconde question. En outre, ces mots ayant été introduits sur l'insistance de la Guinée-Bissau elle-même, il semblerait qu'il ne faille pas perdre de vue que, comme l'a dit naguère M. Anzilotti, « il n'est que juste que ce gouvernement supporte les conséquences de la rédaction peu claire d'un document qui émane de lui » (*Réforme agraire polonaise et minorité allemande*, C.P.J.I. série A/B n° 58, opinion dissidente, p. 182). Les mots clés, en l'occurrence, sont clairs; tout effort pour les masquer se heurte aux mots de M. Rolin, « la Cour estimera sans doute qu'il faut lire ce qui est écrit » (*C.I.J. Mémoires, Anglo-Iranian Oil Co.*, p. 486).

L'arbitrage international est une utile procédure de règlement pacifique. La communauté internationale y attache de la valeur, à juste titre. De toute évidence, il ne faut pas que son utilité soit compromise par des contestations sans fin du caractère définitif des sentences. Tout aussi manifestement, il serait peu judicieux de chercher à protéger le système en acceptant de ne pas remédier, le cas échéant, à un grave défaut de son fonctionnement: la sauvegarde du système et sa crédibilité sont liées. A mon avis, cependant, le grief en la présente affaire n'a pas été établi. Certes, la sentence du Tribunal n'a pas abouti à une délimitation globale de tous les espaces maritimes en litige. Cela dit, ce reproche s'adresse non à la sentence, mais à la façon dont les Parties ont délibérément choisi de formuler les questions qu'elles ont posées au Tribunal. Quant à la raison pour laquelle elles ont formulé les questions de cette manière, un tribunal n'a pas à chercher plus loin que les mots de Charles De Visscher:

« Il n'est pas rare qu'il faille considérer comme adéquate une interprétation qui n'assigne au traité qu'une efficacité restreinte, à première vue peu conforme à ce qui, en bonne logique, pourrait apparaître comme son but. Cette inefficacité partielle peut s'expliquer, en fait, par la volonté réfléchie des contractants de ne pas s'engager au-delà d'un certain point. » (De Visscher, *op. cit.*, p. 77.)

(Signé) Mohamed SHAHABUDEEN.