

DISSENTING OPINION OF JUDGE WEERAMANTRY

This case arises out of an arbitration which has followed a most unusual course, thereby throwing up a fascinating range of legal issues. Among them are issues concerning the interpretation of arbitral agreements and the nullity of arbitral awards.

Apart from the two issues mentioned, I am in agreement with the Court on the numerous issues which have been argued before us at some length. To the Court's lucid exposition of these issues, there is nothing I can usefully add. Among the matters on which I respectfully share the Court's opinion are its rejection of Senegal's contentions of lack of jurisdiction and of abuse of process by Guinea-Bissau. Likewise, I am in full agreement with the Court's rejection of Guinea-Bissau's contentions that the absence of Arbitrator Gros at the delivery of the Award lessened its authority and that the Award was invalidated by the Tribunal's failure to state its reasons in full and to produce a map showing the boundary line. I associate myself with the Court's succinct and cogent rejection of these contentions.

I regret, however, that the view I have taken on the two matters set out at the commencement of this opinion leads me to a different conclusion on the overall result. The questions on which I differ are sufficiently important in my view to warrant extended consideration.

I shall not burden this opinion with a recital of the facts, which are set out in the Judgment of the Court. I only note the unusual course followed by this arbitration, in that there was a declaration by the President stating his own preference for a form of words "more precise" than the phraseology adopted in the majority decision to which he was a party. He goes on to state that if this "more precise" phraseology had been used, this would have enabled the Tribunal to deal with the second question, which the Tribunal, by a majority decision to which he was again a party, had decided it was not called upon to address. The President also observed that a reply of the kind suggested by him would have enabled the Tribunal to delimit the waters of the exclusive economic zone and the fishery zone, and thus settle the whole of the dispute. The failure to address Question 2 and to settle the whole dispute constitute the gravamen of Guinea-Bissau's complaint. Indeed, the President's declaration so troubled the third arbitrator, Mr. Bedjaoui, as to prompt him to state in his dissenting opinion that the declaration "by its very existence as well as by its con-

OPINION DISSIDENTE DE M. WEERAMANTRY

[Traduction]

La présente affaire a pour origine un arbitrage qui a connu un cours inhabituel, soulevant au passage une gerbe de passionnantes questions de droit parmi lesquelles la question de l'interprétation des compromis d'arbitrage et celle de la nullité des sentences arbitrales.

Mises à part ces deux questions, je suis d'accord avec la Cour sur les nombreux points que nous avons longuement discutés. Il n'y a rien que je puisse utilement ajouter à l'exposition parfaitement claire de ces questions par la Cour. En particulier, je m'associe respectueusement à l'avis de la Cour disant que les thèses du Sénégal portant sur le défaut de compétence et sur l'abus de procédure de la part de la Guinée-Bissau ne sont pas fondées. Je suis pleinement d'accord aussi pour ne pas accueillir les thèses de la Guinée-Bissau selon lesquelles l'absence de M. Gros lors du prononcé de la sentence affaiblissait l'autorité du Tribunal et la sentence était frappée de nullité par le fait que le Tribunal n'avait pas pleinement motivé sa décision et n'avait pas établi de carte comportant le tracé d'une ligne frontière. Je m'associe au rejet de ces thèses tel qu'il est exprimé de manière succincte et convaincante par la Cour.

Toutefois, je regrette de dire que mon analyse des deux questions mentionnées au premier paragraphe de la présente opinion m'amène à une conclusion générale qui n'est pas celle de la Cour. Les points de divergence me paraissent suffisamment importants pour faire l'objet d'un examen approfondi.

Je n'alourdirai pas le contenu de cette opinion avec une présentation des faits, lesquels sont exposés dans l'arrêt de la Cour. Je noterai seulement le cours inhabituel de l'arbitrage en cause, dû au fait que le président du Tribunal a fait une déclaration indiquant qu'il aurait préféré une formulation « plus précise » que celle employée dans la décision de la majorité pour laquelle il avait voté. Selon lui, une formulation « plus précise » aurait habilité le Tribunal à traiter la seconde question, question au sujet de laquelle le Tribunal a estimé, par une décision majoritaire à laquelle le président a également contribué, qu'elle n'appelait pas une réponse de sa part. Le président a également fait observer qu'une réponse comme celle qu'il suggérerait aurait habilité le Tribunal à délimiter les eaux de la zone économique exclusive et de la zone de pêche et, partant, à régler intégralement le différend. Le défaut de réponse à la seconde question et l'absence de règlement de la totalité du différend constituent l'essentiel de la plainte de la Guinée-Bissau. En fait, la déclaration du président a troublé le troisième membre du Tribunal, M. Bedjaoui, au point d'inciter

tents, justifies more fundamental doubts as to the existence of a majority and the reality of the Award” (para. 161).

Despite these features which cause concern, I am prepared, with the Court, to take the view that it is the President’s vote we must have regard to rather than his somewhat inconsistent declaration. We must presume that that vote was cast after due deliberation. I therefore agree that the Award must, for the reasons set out in the Judgment of the Court, be treated in law as a majority award and that the plea of “inexistence” taken by Guinea-Bissau should fail. I would agree further that, despite the President’s apparent view that a more precise formulation of the Award would have opened the way for a consideration of Question 2, the decision not to address Question 2 was a majority decision by reason of the President being a party to it. Weakened though it may be by the declaration, that decision is still a majority decision and cannot in law be described as “inexistent” on the basis that the President’s declaration destroys his vote.

However, for reasons which will be evident from this opinion, the decision so given is fundamentally flawed by reason of other defects, and is therefore in my view a nullity.

This opinion is structured in two main segments. The first deals with the interpretation of Article 2 of the *compromis* and the second examines whether the findings thus reached result in the nullity of the Arbitral Award. For the reasons set out, I conclude upon the first matter that a proper interpretation of Article 2 did not permit the Tribunal to leave a major portion of its responsibilities undischarged. On the second matter, my conclusion is that the failure to discharge those responsibilities constituted a non-compliance with the *compromis* which was so serious as to nullify the resulting award.

Before entering upon these major questions of law, I should state preliminarily as a matter of fact that the dispute between the two countries was a dispute in relation to their maritime boundary and that there were five maritime spaces which needed to be demarcated — the territorial sea, the contiguous zone, the continental shelf, the exclusive economic zone and the fishery zone. The dispute between the two States would not be at an end so long as any of these important maritime spaces remained undefined.

I. INTERPRETATION OF ARTICLE 2 OF THE *COMPROMIS*

The particular clause which arises for interpretation is Article 2 of the Arbitration Agreement of 12 March 1985, which reads as follows:

“The Tribunal is requested to decide in accordance with the norms of international law on the following questions:

celui-ci à dire dans son opinion dissidente que la déclaration, « par son existence autant que par son contenu, justifie de s'interroger plus fondamentalement sur l'existence d'une majorité et la réalité de la sentence » (par. 161).

Malgré les interrogations que suscitent ces éléments, je suis disposé à m'associer au point de vue de la Cour selon lequel c'est le vote du président plus que sa déclaration quelque peu contradictoire qui doit être pris en compte. On doit présumer que le vote a eu lieu après due délibération. Je conviens donc, pour les motifs énoncés dans l'arrêt de la Cour, que la sentence doit être considérée en droit comme une décision de la majorité et que l'argument d'« inexistence » invoqué par la Guinée-Bissau ne doit pas être accueilli. Je conviens en outre que, bien que le président ait semblé penser qu'une formulation plus précise de la sentence aurait ouvert la porte à l'examen de la seconde question, la décision de ne pas traiter la seconde question a été prise à la majorité puisque le président y a pris part. Pour affaiblie qu'elle puisse être par la déclaration du président, la décision rendue demeure une décision de la majorité et ne peut juridiquement être considérée comme « inexistante » au motif que la déclaration du président aurait annihilé son vote.

Néanmoins, pour des raisons qui apparaîtront évidentes à la lecture de la présente opinion, la décision qui a été rendue est fondamentalement viciée du fait d'autres facteurs, et est donc à mon avis entachée de nullité.

La présente opinion comporte essentiellement deux volets. Le premier concerne l'interprétation de l'article 2 du compromis et le second le point de savoir si les conclusions ainsi tirées aboutissent à la nullité de la sentence arbitrale. Pour les motifs indiqués, j'estime, en ce qui concerne la première question, qu'une interprétation correcte de l'article 2 n'autorisait pas le Tribunal à ne pas s'acquitter d'une part importante de ses responsabilités. S'agissant de la seconde question, ma conclusion est que ce manquement du Tribunal à ses responsabilités constitue une inobservation du compromis suffisamment grave pour que la sentence rendue soit nulle.

Avant d'aborder ces importants points de droit, je voudrais, à titre préliminaire, souligner une question de fait, qui est que le différend entre les deux pays portait sur leur frontière maritime et qu'il y avait cinq espaces maritimes à délimiter: la mer territoriale, la zone contiguë, le plateau continental, la zone économique exclusive et la zone de pêche. Le différend entre les deux États ne serait pas clos tant que l'un ou l'autre de ces importants espaces maritimes resterait indéterminé.

I. INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 2 DU COMPROMIS

La disposition qui soulève une question d'interprétation est l'article 2 du compromis d'arbitrage conclu le 12 mars 1985, qui se lit comme suit:

« Il est demandé au Tribunal de statuer conformément aux normes du droit international sur les questions suivantes :

1. Does the Agreement concluded by an exchange of letters on 26 April 1960, and which relates to the maritime boundary, have the force of law in the relations between the Republic of Guinea-Bissau and the Republic of Senegal?

2. *In the event of a negative answer to the first question, what is the course of the line delimiting the maritime territories appertaining to the Republic of Guinea-Bissau and the Republic of Senegal respectively?* (Annex to the Application Instituting Proceedings of the Government of the Republic of Guinea-Bissau, Award, p. 5; emphasis added.)

The crucial words are “In the event of a negative answer to the first question”, on the interpretation of which considerable effort was expended by both Parties at the hearing before us. On the interpretation of those words depends the issue whether the Arbitration Tribunal was under an obligation to proceed to answer Question 2. If the Tribunal was entitled to leave Question 2 unanswered, the matter is at an end and we need enquire no further. If, on the other hand, the Tribunal was obliged to answer Question 2 and failed to do so, grave issues arise. They touch the status and validity of an award which left major portions of the arbitrators’ responsibilities undischarged, thereby leaving major portions of the boundary dispute unresolved. The words quoted offer the key to the resolution of this central question.

Focusing even more finely on the clause under consideration, what is the meaning of the phrase “negative answer”? Those two words are naturally incapable of construction except in context — the context of the paragraph in which they occur and the context of the entire document. The conclusion, which to me seems inevitable on any of the available methods of interpretation as set out in this opinion, is that the “negative answer” referred to was a negative answer to the question whether the 1960 Agreement was binding in regard to the subject-matter of the dispute — not any one or more component elements thereof but the disputed boundary considered as one integral problem, the desire to settle which was the driving force leading the Parties to the Arbitration Tribunal.

An incomplete settlement, dealing only with discrete parts of that boundary, would only compound problems and was clearly not the object and purpose of the Arbitration Agreement, in the total context of which alone particular clauses are to be construed. The different elements of the boundary question were not, on any reasonable construction, to be the subject of a later arbitration or arbitrations aimed at mopping up the component elements left undetermined by the first arbitration. Partial answers and piecemeal solutions were furthest from the object and purpose of the *compromis*. The interlinked nature of those component elements, which can-

1. 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 ?

2. *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 ?*» (Annexe à la requête de la République de Guinée-Bissau, sentence, p. 5; les italiques sont de moi.)

Les mots essentiels sont : « En cas de réponse négative à la première question », pour l'interprétation desquels les deux Parties ont déployé des efforts considérables au cours de la procédure orale devant la Cour. En effet, de l'interprétation de ce membre de phrase dépend la réponse à la question de savoir si le Tribunal arbitral était dans l'obligation de répondre à la seconde question. Si le Tribunal était habilité à laisser la seconde question sans réponse, l'affaire est close et il n'est pas nécessaire d'aller plus loin. Si, par contre, le Tribunal était dans l'obligation de répondre à la seconde question et a failli à cette obligation, de graves questions se posent. Elles ont trait au statut et à la validité d'une sentence qui laisse sans exécution des éléments essentiels du mandat des arbitres et de ce fait ne résout pas des éléments essentiels du différend frontalier. Les mots cités donnent la clé de la résolution de cette question centrale.

Examinons de plus près encore la disposition en question et interrogeons-nous sur le sens des mots « réponse négative ». Ces deux mots ne peuvent naturellement être interprétés que dans leur contexte — le contexte du paragraphe où ils se trouvent et le contexte de l'ensemble du document. La conclusion, qui me semble s'imposer si l'on applique l'une quelconque des méthodes d'interprétation présentées dans la présente opinion, est que « réponse négative » doit s'entendre d'une réponse négative à la question de savoir si l'accord de 1960 fait droit en ce qui concerne l'objet du différend — c'est-à-dire non tel ou tel élément, ou plusieurs éléments constitutifs de ce dernier, mais le différend frontalier considéré comme un problème global, le désir de parvenir à un règlement de ce problème ayant été l'élément moteur qui a conduit les Parties devant le Tribunal arbitral.

Un règlement incomplet, qui ne concernerait que certains éléments de la frontière, ne ferait qu'aggraver le problème et n'était manifestement ni l'objet ni le but du compromis d'arbitrage, dans le seul contexte duquel les dispositions doivent être interprétées. Selon toute interprétation raisonnable, les différents éléments de la question frontalière ne devaient pas faire l'objet d'un ou de plusieurs arbitrages ultérieurs destinés à résorber les questions qui n'auraient pas été tranchées par le premier arbitrage. Des réponses partielles et des solutions fragmentaires étaient tout à fait à l'opposé de l'objet et du but du compromis. Le caractère indissociable des

not fairly be determined in isolation from each other, lends strength to the view that both Parties were clearly seeking such a comprehensive settlement of their common problem in one arbitration.

I proceed to set out the reasons for my view that a complete delimitation was the subject-matter of Question 1.

Question 1 — to which it was crucial whether the answer was negative or not — asked whether the Agreement of 26 April 1960 had the force of law in the relations (*dans les relations*) between Guinea-Bissau and Senegal. It is true the expression “the relations” is a very simple phrase. Interpreted in isolation, it can be given many meanings, extending from all relations between the States to maritime boundary relations and, within the latter category, to a wide spectrum of relations ranging from all the disputed maritime boundary questions to any one or more components of them or, indeed, to any portion of any one component. Context and objects and purposes will tell us where in that vast spectrum our choice will fall. Indeed, without reference to these factors, we cannot give the phrase a meaning sufficiently intelligible or definite for the momentous legal consequences to ensue which follow inevitably from our choice.

Question 1 was not, in my view, a theoretical question referring only to the binding nature of the 1960 Agreement. It was a question on which grave practical issues turned — namely whether the boundary followed the line determined in that Agreement. The boundary line lay at the heart of that question as it lay at the heart of Question 2 which, together with Question 1, I have described in this opinion as an interlocking pair.

We can straightaway dismiss the wider construction extending “the relations” to all relations between the States, for clearly the document was set firmly in the context of the relations concerning the maritime boundaries, as the internal evidence even within Question 1 indicates. The crucial question is however whether the expression relates to all the maritime boundary questions or to any one or more constituent elements of this group. On this matter it seems clear that, whether one regards the context of the document or its objects and purposes, it was never in doubt that “the relations” covered all five elements of the maritime boundary.

If the view is correct that the question was whether the Agreement was binding in regard to the entire maritime boundary, an answer that it was binding, not in regard to the entirety but only in regard to parts of it, was clearly a negative answer, upon which the door to Question 2 immediately swung open. This made it obligatory for the Tribunal to enter upon a consideration of the important issues awaiting it under that question — issues that represented a substantial part of the Tribunal’s total undertaking. The failure by the Tribunal to address a crucial part of its responsibilities

composantes du différend, qui ne peuvent être équitablement déterminées séparément les unes des autres, était l'argument selon lequel les deux Parties voulaient manifestement obtenir un règlement global de leur problème commun par un seul arbitrage.

Je vais à présent exposer les motifs pour lesquels, selon moi, le contenu de la première question concernait une délimitation complète.

La première question — dont il est capital de savoir si elle appelait une réponse négative ou non — tendait à déterminer si l'accord conclu le 26 avril 1960 faisait droit dans les relations entre la Guinée-Bissau et le Sénégal. Il est vrai que l'expression « les relations » est très succincte. Interprétée isolément, on peut lui prêter de nombreux sens, et la comprendre comme signifiant aussi bien toutes les relations entre les Etats que les relations concernant la frontière maritime et, dans le cadre de ce dernier sens, lui attribuer un large éventail de significations, allant de relations en ce qui concerne l'ensemble des litiges relatifs à la frontière maritime ou seulement un ou plusieurs éléments de ces litiges, voire même un aspect de tel ou tel de ces éléments. Le contexte, l'objet et le but nous permettront de dire où, dans ce large éventail, notre choix devra se porter. En effet, sans prendre en compte ces facteurs, il n'est pas possible de donner à l'expression un sens suffisamment intelligible ou précis pour qu'on puisse en tirer les conséquences juridiques fondamentales qui découleront inévitablement de notre choix.

Personnellement, je ne pense pas que la première question était une question théorique portant seulement sur le caractère obligatoire de l'accord de 1960. Elle portait sur un point qui avait des incidences pratiques capitales, c'est-à-dire celui de savoir si la frontière suivait la ligne définie dans l'accord. La ligne frontière était au cœur de cette question, tout comme elle était au cœur de la seconde, laquelle, avec la précédente, forme ce que j'appellerai une paire inséparable.

Nous pouvons d'emblée écarter l'interprétation la plus large qui donne aux mots « les relations » le sens de toutes les relations entre les Etats, car il est clair que le document a été nettement situé dans le contexte des relations concernant la frontière maritime, comme en témoigne le contenu même de la première question. L'essentiel est néanmoins de savoir si l'expression vise toutes les questions relatives à la frontière maritime ou bien l'un ou l'autre ou plusieurs de ses éléments constitutifs. A cet égard, que l'on considère le contexte du document ou son objet et son but, il ne semble faire aucun doute que les mots « les relations » recouvraient l'ensemble des cinq éléments de la frontière maritime.

S'il est exact que la question était de déterminer si l'accord faisait droit en ce qui concerne la totalité de la frontière maritime, répondre que l'accord faisait droit non pour la totalité de la frontière mais seulement pour certains de ses éléments était manifestement une réponse négative, qui ouvrait immédiatement la porte à la seconde question. Le Tribunal était dès lors tenu d'examiner les points importants se posant dans le cadre de cette question, points qui correspondaient à une part substantielle de son mandat. Le fait que le Tribunal ne s'est pas acquitté d'une

under the *compromis* raises the further issue whether the Award is vitiated for non-compliance with the *compromis*.

Bearing in mind throughout this exercise that we are not entitled to re-constitute the questions formulated by the Parties, but only to interpret them exactly as formulated, we must satisfy ourselves further that, in all the circumstances, this is the necessary and only interpretation at which the arbitrators could reasonably arrive when examining them for the purpose of determining their arbitral responsibilities.

These considerations are important as we are not sitting as a Court of Appeal seeking to determine whether to nullify an award that would otherwise be valid. We have jurisdiction only for the purpose of making a declaration as to whether the award is null and void from its inception in consequence of some fundamental flaw. An interpretation manifestly contrary to accepted principles of interpretation and leading to action manifestly contrary to the *compromis* would constitute such a vitiating factor. This opinion proceeds on the basis that no less a standard than this would be required if the Court is to grant to Guinea-Bissau the declaration of nullity which it seeks.

It is vitally important that when arbitrators examine, as in every case they must, with the utmost care, the substance of their mandate and the limits of their authority, their interpretation must be anchored to the realities of the context. Words and phrases in the *compromis* are not to be treated as though they exist in isolation, to be given a meaning they are literally capable of bearing but which is unrelated to the exercise in which the arbitrators are engaged.

In this case, the phrase “negative answer” was of the utmost importance and called for anxious scrutiny. Yet there is nothing to indicate that the Tribunal has given to this key phrase the scrutiny its importance demanded, and all we have on this matter is the observation in paragraph 87 of the Award that, bearing in mind its conclusions (on the applicability of the 1960 Agreement) and “the actual wording” of Article 2, “in the opinion of the Tribunal it is not called upon to reply to the second question”. What factors weighed with them we are not told, beyond the fact that this was their opinion. It would not be unreasonable to describe this as inadequate — certainly inadequate to convey to an objective observer the impression that anxious consideration had been given to construing this profoundly important question in its contextual and practical setting.

The analysis of this phrase, which assumes a pivotal role in the matter before us, takes us into the realm of treaty interpretation, the *compromis* being of course a treaty. The discussion which immediately follows analyses the relevant portions of the *compromis* in the light of accepted principles of treaty interpretation.

part essentielle de ses responsabilités en vertu du compromis soulève alors une autre question, celle de savoir si la sentence est viciée en raison d'une inobservation du compromis.

Gardant présent à l'esprit tout au long de cette réflexion que nous ne sommes pas habilités à reconstituer les questions formulées par les Parties, mais seulement à les interpréter dans la forme exacte où elles ont été formulées, nous devons en outre nous assurer, pour déterminer en analysant les questions posées comment les arbitres se sont acquittés de leurs responsabilités, qu'en tout état de cause notre interprétation est bien la seule interprétation possible et nécessaire à laquelle les arbitres pouvaient raisonnablement aboutir.

Ces considérations sont importantes car nous ne siégeons pas en qualité de cour d'appel statuant sur le point de savoir si une sentence qui serait autrement valide doit être annulée. La Cour a seulement compétence pour dire si la sentence est nulle et de nul effet *ab initio* en conséquence d'un vice essentiel. Une interprétation manifestement contraire aux principes d'interprétation établis et conduisant à une décision manifestement contraire au compromis serait un élément constitutif d'un tel vice. La présente opinion part du principe que cela et rien de moins serait nécessaire pour que la Cour prononce la déclaration de nullité demandée par la Guinée-Bissau.

Il est capital qu'en examinant avec le plus grand soin, comme ils doivent le faire dans chaque espèce, la substance de leur mandat et les limites de leur compétence, les arbitres ancrent leur interprétation dans les réalités du contexte. Il ne faut pas considérer les mots et expressions du compromis isolément, afin de leur donner un sens littéral possible mais sans rapport avec la mission des arbitres.

En l'occurrence, les mots «réponse négative» étaient de la plus haute importance et appelaient un examen très attentif. Pourtant, rien n'indique que le Tribunal a accordé à ces mots clés l'attention que leur importance exigeait; on ne peut sur ce point se référer qu'au paragraphe 87 de la sentence dans lequel le Tribunal explique qu'en tenant compte des conclusions (sur l'applicabilité de l'accord de 1960) et du «libellé» de l'article 2, «la deuxième question, de l'avis du Tribunal, n'appelle pas une réponse de sa part». Hormis le fait que tel est l'avis du Tribunal, rien n'est dit des facteurs qui ont pesé dans la décision. On pourrait sans exagérer dire que cela est insuffisant, et certainement insuffisant pour qu'un observateur objectif puisse avoir l'impression que le Tribunal n'avait négligé aucun effort pour interpréter cette question essentielle compte tenu de son contexte et de ses incidences pratiques.

L'analyse de ce membre de phrase, qui joue un rôle charnière dans la question qui nous occupe, nous fait entrer dans le domaine de l'interprétation des traités, le compromis étant bien évidemment un traité. J'examinerai ci-après les parties pertinentes du compromis à la lumière des principes établis de l'interprétation des traités.

Sir Gerald Fitzmaurice, in his well-known discussion of treaty interpretation¹, refers to the existence of three principal schools of thought upon the subject — the “intentions of the parties” school, the “textual” school and the “teleological” school². The term “teleological” is used by Fitzmaurice (*loc. cit.*) in the sense of “aims and objects” of the treaty.

I shall in this opinion apply these approaches to the problem before us, mindful that a hierarchy cannot be established among them³.

Having referred to the three principal schools of interpretation and the radically divergent results that could ensue from their application, Fitzmaurice observes (at p. 43) that “all three approaches are capable, in a given case, of producing the same result in practice”. In this case we are, in my view, in the happy situation alluded to by Fitzmaurice, where all three approaches concur in leading us to the same conclusion. I shall use these three methods in the ensuing discussion without placing them in any hierarchical order. As Judge Elias⁴ points out, none of these by itself may be sufficient to supply the solution to a problem of treaty interpretation and there may sometimes be a simultaneous resort to all three factors, as indicated by the Permanent Court of International Justice in the *Factory at Chorzów* case (*P.C.I.J., Series A, No. 9, p. 24*).

A. The “Textual” Approach

That words should be given their ordinary meaning is of course a much-used rule of interpretation. As this Court stated in its Advisory Opinion in *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations*:

“The Court considers it necessary to say that the first duty of a tribunal which is called upon to interpret and apply the provisions of a treaty, is to endeavour to give effect to them in their natural and ordinary meaning in the context in which they occur.”⁵

The Permanent Court of International Justice has observed:

¹ Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Vol. 1, p. 42.

² See, also, T. O. Elias, *The Modern Law of Treaties*, 1974, p. 72.

³ Commentary on the Draft Articles on the Law of Treaties by the International Law Commission at its Eighteenth Session — *United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records (First and Second Sessions)*, 1971, p. 39, para. 8; see, also, Myres S. McDougal, Harold Lasswell and James Miller, *The Interpretation of Agreements and World Public Order: Principles of Content and Procedure*, 1967, p. 116.

⁴ *Op. cit.*, p. 72.

⁵ *I.C.J. Reports 1950*, p. 8; see, also, Advisory Opinion on the *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*, *I.C.J. Reports 1960*, p. 150.

Dans son analyse bien connue de l'interprétation des traités¹, sir Gerald Fitzmaurice mentionne les trois principales écoles de pensée sur le sujet, l'école qui vise à donner effet à l'« intention des parties », l'école « textuelle » et l'école « téléologique »². Pour Fitzmaurice (*loc. cit.*), le mot « téléologique » désigne « le but et l'objet » du traité.

Dans la présente opinion, j'appliquerai ces approches au problème qui nous occupe, conscient du fait qu'il n'est pas possible d'établir une hiérarchie entre elles³.

Après avoir présenté les trois principales approches en matière d'interprétation et indiqué les conclusions foncièrement divergentes qui peuvent en découler, Fitzmaurice observe (à la page 43) que « les trois approches peuvent, dans un cas déterminé, aboutir au même résultat pratique ». A mon avis, nous sommes en l'occurrence dans l'heureuse situation envisagée par Fitzmaurice, celle où les trois approches concourent à la même conclusion. Dans l'analyse qui va suivre, j'appliquerai ces trois méthodes hors de tout classement hiérarchique. Comme T. O. Elias⁴ le fait remarquer, chacune de ces méthodes d'interprétation peut ne pas être à elle seule suffisante pour donner la solution à un problème concernant l'interprétation d'un traité et il y a quelquefois lieu d'appliquer simultanément les trois approches, comme l'a indiqué la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (C.P.J.I. série A/B n° 9, p. 24).

A. L'approche « textuelle »

La règle d'interprétation selon laquelle il faut donner aux mots leur sens ordinaire est naturellement largement employée. Comme l'a déclaré la Cour dans son avis consultatif dans l'affaire de la *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies*:

« La Cour croit nécessaire de dire que le premier devoir d'un tribunal, appelé à interpréter et à appliquer les dispositions d'un traité, est de s'efforcer de donner effet, selon leur sens naturel et ordinaire, à ces dispositions prises dans leur contexte. »⁵

La Cour permanente de Justice internationale a fait observer :

¹ Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. 1, p. 42.

² Voir aussi T. O. Elias, *The Modern Law of Treaties*, 1974, p. 72.

³ Commentaires sur le projet d'articles sur le droit des traités par la Commission du droit international à sa dix-huitième session, *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités. Documents officiels (première et deuxième session)*, 1971, p. 42, par. 8; voir aussi Myres S. McDougal, Harold Lasswell et James Miller, *The Interpretation of Agreements and World Public Order: Principles of Content and Procedure*, 1967, p. 116.

⁴ *Op. cit.*, p. 72.

⁵ C.I.J. *Recueil* 1950, p. 8. Voir également l'avis consultatif sur la *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, C.I.J. *Recueil* 1960, p. 150.

“In considering the question before the Court upon the language of the Treaty, it is obvious that the Treaty must be read as a whole, and that its meaning is not to be determined merely upon particular phrases which, if detached from the context, may be interpreted in more than one sense.”¹

Since then, the Vienna Convention on Treaties has given this principle more explicit form in Article 31.

Words and phrases cannot be understood by themselves, and, as Article 31 makes clear, their “ordinary meaning” must be understood not in isolation but in their context *and* in the light of the document’s object and purpose. Judge Ago emphasized this aspect in the deliberations of the International Law Commission² when, in commenting on the concept of “ordinary meaning”, he observed that:

“a term in isolation had no meaning; terms had no meaning except in a sentence or in a set of sentences and articles, in other words, in their context”.

We have moved far from the Vattelian principle that “the first general rule of interpretation is that *it is not permissible to interpret what has no need of interpretation*”³. Though followed by some eminent international jurists even into the early years of this century, the need for even the simplest words to require some interpretation has been highlighted both by legal scholars⁴ and by modern linguistic studies. The impact of the latter is seen in such studies as Schwarzenberger’s analysis of the Vienna Convention⁵, in which, in reliance on linguistic studies, he points out that the very word “meaning” can have up to sixteen meanings and that the difficulty in seeking to give words their “ordinary meaning” is that “almost any word has more than one meaning” (citing in support such well-known authorities as C. K. Ogden, *The Meaning of Meaning*). Hence, as McNair points out in his *Law of Treaties* (1961, p. 367), even the best understood of “plain terms” such as “mother” can depart very widely from its normal meaning,

¹ Advisory Opinion on the *Competence of the ILO in Regard to International Regulation of the Conditions of Labour of Persons Employed in Agriculture (P.C.I.J., Series B, No. 2, p. 23)*.

² *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. I, Part II, p. 189, para. 57.

³ Emmerich de Vattel, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law*, Vol. III, Bk. II, Chap. XVII, in *The Classics of International Law*, ed. J. B. Scott, p. 199; emphasis added.

⁴ See E. S. Yambrusic, *Treaty Interpretation: Theory and Reality*, 1987, pp. 9 *et seq.*

⁵ “Myths and Realities of Treaty Interpretation: Articles 31-33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, in S. K. Agrawala (ed.), *Essays on the Law of Treaties*, p. 71, at p. 86.

« Pour examiner la question actuellement pendante devant la Cour à la lumière des termes mêmes du traité, il faut évidemment lire celui-ci dans son ensemble, et l'on ne saurait déterminer sa signification sur la base de quelques phrases détachées de leur milieu et qui, séparées de leur contexte, peuvent être interprétées de plusieurs manières. »¹

Depuis lors, la convention de Vienne sur le droit des traités a exprimé ce principe de manière plus explicite dans son article 31.

Les mots et les phrases ne peuvent être compris par eux-mêmes et, comme l'indique clairement l'article 31, il faut leur attribuer leur « sens ordinaire », non pris isolément, mais dans leur contexte *et* à la lumière de l'objet et du but du texte. M. Ago a insisté sur cet aspect au cours des délibérations de la Commission du droit international², faisant observer, dans ses commentaires sur la notion de « sens ordinaire », que :

« des termes isolés ne signifient rien; les termes n'ont de sens que dans une phrase, dans un ensemble de phrases et d'articles, c'est-à-dire, dans leur contexte ».

Nous sommes loin du principe énoncé par Vattel selon lequel « la première règle générale d'interprétation est qu'*il n'est pas permis d'interpréter ce qui n'a pas besoin d'interprétation* »³. Bien que ce principe ait été encore suivi par d'éminents spécialistes du droit international jusqu'au début du siècle, la nécessité de donner une certaine interprétation même aux mots les plus simples a été soulignée à la fois par des auteurs⁴ et par des études linguistiques de l'époque moderne. L'influence de ces dernières est sensible par exemple dans l'analyse de la convention de Vienne de Schwarzenberger⁵, lequel souligne, en s'appuyant sur des études linguistiques, que le mot « sens » lui-même peut avoir jusqu'à seize sens et qu'il est difficile de chercher à donner aux mots leur « sens ordinaire » parce que « pratiquement chaque mot à plus d'un seul sens » (il cite à l'appui de ses dires des autorités aussi renommées que C. K. Ogden, auteur de *The Meaning of Meaning*). Ainsi, comme le fait remarquer

¹ Avis consultatif sur la *Compétence de l'OIT pour la réglementation internationale des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture*, C.P.J.I. série B nos 2 et 3, p. 22.

² *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. I, deuxième partie, p. 209, par. 57.

³ Emmerich de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, vol. III, livre II, chap. XVII, dans *The Classics of International Law*, publié sous la direction de J. B. Scott, p. 199; les italiques sont de moi.

⁴ Voir E. S. Yambrusic, *Treaty Interpretation: Theory and Reality*, 1987, p. 9 et suiv.

⁵ « Myths and Realities of Treaty Interpretation: Articles 31-33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties », dans S. K. Agrawala (publié sous la direction de), *Essays on the Law of Treaties*, p. 86.

depending on the context in which it is used ¹. Not without reason has this Court had occasion to refer ² to the famous observation of Mr. Justice Holmes that

“A word is not a crystal, transparent and unchanged, it is the skin of a living thought and may vary greatly in color and context according to the circumstances and the time when it is used” (*Towne v. Eisner*, 245 US 418, 425).

It is clear therefore that the expressions “the relations” and “negative answer” cannot be understood by themselves but only in strict relation to their context. One cannot give a meaning to these expressions without subjecting them to rigorous contextual scrutiny. Professor Glanville Williams, in a noted scholarly analysis of legal interpretation in the wider context of Language and the Law ³, follows linguistic insights to point out that

“it is always the duty of the Court, within the limits set by the law of evidence, to go behind the dehumanized dictionary-meaning to what the assertor was actually trying to express” ⁴.

I may also refer to the *Anglo-Iranian Oil Co.* case, where this Court observed, in relation to the declaration by the Government of Iran, under Article 36 (2) of the Statute of this Court:

“But the Court cannot base itself on a purely grammatical interpretation of the text. It must seek the interpretation which is in harmony with a natural and reasonable way of reading the text.” (*I.C.J. Reports 1952*, p. 93, at p. 104.)

We must thus go further in examining the two phrases in question than grammatical meanings or dictionary definitions, and give the words a meaningful nexus with the real dispute reflected in the terms of the *compromis*.

(i) *Contextual indications*

The general context yields several indications that the Agreement between Guinea-Bissau and Senegal concerned a consolidated question

¹ On linguistics and legal interpretation, see, also, C. G. Weeramantry, *The Law in Crisis: Bridges of Understanding*, 1975, pp. 163-167.

² *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, *I.C.J. Reports 1984*, at p. 360, *per Judge Gros*, dissenting.

³ Glanville Williams, “Language and the Law”, [1945] 61 *LQR* 384 at 393.

⁴ Cf., Savigny, *Obligations*, 1851, Vol. 2, § 71, on the need for “making the living thought concealed in dead letters to come alive in our perception”.

McNair dans son ouvrage *The Law of Treaties* (1961, p. 367), même le plus facile à comprendre des « termes simples », le mot « mère », peut avoir un sens très éloigné de son sens normal, selon le contexte dans lequel il est utilisé¹. Ce n'est pas sans raison que la Cour a pu citer² la célèbre remarque de M. Holmes selon laquelle

« un mot n'est pas un cristal, transparent et inaltéré, il recouvre une pensée vivante et sa couleur et son contenu peuvent varier selon le moment et les circonstances » (*Towne v. Eisner*, 245 US 418, 425).

Il est donc clair que les expressions « les relations » et « réponse négative » ne doivent pas être prises isolément mais seulement en relation étroite avec leur contexte. On ne peut leur donner un sens sans les confronter rigoureusement à leur contexte. Le professeur Glanville Williams, dans une étude théorique remarquable sur l'interprétation juridique dans le contexte plus large du langage et du droit³, suit la linguistique pour faire valoir que,

« dans les limites fixées par le droit de la preuve, il appartient toujours à la Cour d'aller au-delà du sens impersonnel du dictionnaire pour rechercher ce que l'énonciateur voulait en fait exprimer »⁴.

Je voudrais également me référer à l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, dans laquelle la Cour a observé, à propos de la déclaration faite par l'Iran conformément à l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour :

« Mais la Cour ne saurait se fonder sur l'interprétation purement grammaticale du texte. Elle doit rechercher l'interprétation qui est en harmonie avec la manière naturelle et raisonnable de lire le texte. » (*C.I.J. Recueil 1952*, p. 104.)

Dans l'examen des deux expressions en question, nous devons donc aller au-delà de leur signification grammaticale ou des définitions du dictionnaire, et relier les mots à la substance du différend telle qu'elle est reflétée dans les termes du *compromis* pour leur donner un sens.

i) *Indices contextuels*

Il y a dans le contexte général plusieurs indices montrant que le compromis entre la Guinée-Bissau et le Sénégal portait sur une question

¹ Sur la linguistique et l'interprétation juridique, voir aussi C. G. Weeramantry, *The Law in Crisis: Bridges of Understanding*, 1975, p. 163-167.

² *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 360, opinion dissidente de M. Gros.

³ Glanville Williams, « Language and the Law », [1945] 61 *LQR*, p. 393.

⁴ Voir Savigny, *Obligations*, 1851, vol. 2, § 71, sur la nécessité de « donner vie dans notre perception à la pensée vivante occultée dans des lettres mortes ».

and not a series of discrete questions. That question is compendiously described in the Preamble to the *compromis* as “the dispute”, which is not the language one would expect if the intention was to treat this as a series of disparate questions which may or may not be answered at the discretion of the Tribunal. Internal evidence to this effect from the text of the treaty can be gathered from at least five sources :

- (a) Paragraph 2 of the Preamble speaks of the recognition by the Parties that they have been unable to settle by means of diplomatic negotiation *the* dispute relating to the determination of their maritime boundary.
- (b) Paragraph 3 of the Preamble follows up this reference to “the dispute” by speaking of the desire of the Parties, in view of their friendly relations, to reach a settlement of *that* dispute, as soon as possible.
- (c) Article 2, in its formulation of Question 1, speaks of *the* maritime boundary.
- (d) Article 2, in its formulation of Question 2, speaks of *the* line delimiting the maritime territories.
- (e) Article 9 requires the drawing of *the* boundary line on the map. *One* boundary line for all *five* disputed areas is one of the clearest pointers in the direction I have indicated.

There was thus a clear understanding on the part of the contracting Parties that the Agreement they were entering into was one seeking a delimitation of the entire boundary.

(ii) *Questions 1 and 2 viewed in the context of each other*

The two questions constituted an interlocking pair set within a common context — the resolution of the entire dispute. Indeed, one could even look at the questions together as a composite question in bifurcated form, with a clear end result — the resolution of the entire dispute.

Question 2 implicitly indicates that, whatever the answer to Question 1, the result should be one boundary line. Three possibilities present themselves in regard to Question 1 —

- (a) an answer that the Agreement was binding in regard to all components;
- (b) an answer that it was not binding in regard to any component; and
- (c) an answer that it was binding only in regard to some.

Whatever the answer, the mutually desired result of a single boundary line was achieved through the juxtaposition of the two questions.

In eventuality (a) described above there was no problem in reaching the

globale et non sur une série de questions distinctes. Dans le préambule du compromis, cette question est succinctement décrite comme étant «le différend», ce qui n'est pas le mot que l'on attendrait si l'intention des Parties était d'y voir une série de questions disparates auxquelles le Tribunal pourrait à son gré répondre ou ne pas répondre. Cela est corroboré par au moins cinq expressions figurant dans le texte du traité :

- a) aux termes du deuxième alinéa du préambule, les Parties reconnaissent n'avoir pu résoudre par voie de négociation diplomatique *le* différend relatif à la détermination de leur frontière maritime;
- b) la référence au «différend» se poursuit au troisième alinéa du préambule, qui exprime le désir des Parties, étant donné leurs relations amicales, de parvenir au règlement de *ce* différend dans les meilleurs délais;
- c) l'article 2, dans sa formulation de la première question, vise *la* frontière en mer;
- d) l'article 2, dans sa formulation de la seconde question, parle de *la* ligne délimitant les territoires maritimes;
- e) l'article 9 prévoit le tracé de *la* ligne frontière sur une carte. Le fait que le texte prévoit le tracé d'*une* ligne frontière pour les *cinq* espaces maritimes en litige est un des indices qui vont le plus nettement dans le sens que j'ai indiqué.

Les Parties contractantes étaient donc clairement convenues que l'accord qu'elles concluaient visait à obtenir une délimitation de la frontière dans son ensemble.

ii) *La première et la seconde question considérées l'une par rapport à l'autre*

Les deux questions constituaient une paire inséparable placée dans un contexte commun, à savoir le règlement de l'intégralité du différend. On pourrait même considérer les deux questions ensemble, comme une seule question à deux branches tendant à parvenir à un résultat bien précis, le règlement de l'intégralité du différend.

La seconde question laisse entendre implicitement que, quelle que soit la réponse donnée à la première question, une seule ligne frontière doit au bout du compte être établie. La première question ouvre trois possibilités de réponses :

- a) l'accord est obligatoire en ce qui concerne tous les éléments;
- b) l'accord n'est obligatoire pour aucun des éléments;
- c) l'accord n'est obligatoire qu'en ce qui concerne certains éléments.

Quelle que fût la réponse, la juxtaposition des deux questions conduisait au résultat souhaité par les deux Parties, à savoir la détermination d'une seule ligne frontière.

Dans l'hypothèse du point a) susmentionné, le résultat souhaité était

desired result, for the answer to Question 1 would, in that event, settle the entire problem which was to be resolved. Question 2 would in that situation become a superfluous appendage denuded of practical purpose and content. However, in eventualities (b) and (c), Question 2 remained a live and meaningful part of the entire exercise — indeed a part without which the exercise would remain fruitless and its object languish unaccomplished. The vast amount of expense, time and trouble which the entire operation had absorbed would then turn sterile unless Question 2 was addressed. It thus remained a vital part of the Tribunal's commitment and obligation if it was to address itself truly to the object for which it was constituted — an object which could not fail to receive attention if the Tribunal's mandate was to be interpreted in accordance with the norms of international law as stipulated in the opening line of the clause under reference.

In eventualities (b) and (c) work remained to be done through Question 2 to achieve the desired complete single boundary implicit in that question, by demarcating all zones in eventuality (b) and the remaining zones in eventuality (c).

There are thus no two parts of the document more closely grappled to each other than these two questions and neither question is capable of being viewed in isolation from the other. The rule of contextual interpretation requires not merely the picking out of isolated indicia such as are identified earlier in this opinion, but also the reading of different parts of the document consistently with each other. Sitting side by side in the *compromis*, each question supplementing and complementing the other, each defies proper interpretation except in the context of its paired companion.

Analysed in yet another way, the untenability of the Tribunal's interpretation of the phrase "negative answer" becomes apparent if one reduces hypothetically the extent of the supposedly affirmative answer given to Question 1. Would it be an affirmative answer if the Tribunal's finding had been that the Agreement was binding only in regard to, say, the territorial sea? Would it still be an affirmative answer if the Tribunal had found, for some reason, that the Agreement was binding only in regard to the first mile of the territorial sea? There comes a point at which an affirmative answer in relation to a portion of the disputed areas becomes affirmative in name but not in substance, in form but not in reality. Affirmative to however inconsequential an extent, it would be negative for purposes contemplated by the Parties. We cannot therefore assume that the mere fact of the answer being partially affirmative lifted it out of the category of the "negative answer" contemplated by the question. To accept such a proposition would be to miss the object and purpose of the exercise which was to delimit boundaries whose uncertainty as a whole was the cause of tension between two States desiring very much to have this uncertainty resolved.

atteint sans difficulté car la réponse à la première question réglait complètement le problème en cause. La seconde question était alors un appendice superflu dénué de tout contenu et de tout objet concrets. Par contre, dans les hypothèses *b)* et *c)*, la seconde question conservait tout son sens et toute sa force; sans elle, l'exercice juridique serait stérile et son objet ne serait jamais réalisé. La débauche d'argent, de temps et de dérangement qu'avait entraîné l'ensemble du processus aurait été vaine si la seconde question n'était pas traitée. La réponse à la seconde question était donc une part essentielle du mandat et des obligations du Tribunal dont il devait s'acquitter pour réaliser véritablement l'objet pour lequel il avait été constitué — objet qui ne pouvait manquer de recevoir l'attention nécessaire si l'on interprétait le mandat du Tribunal conformément aux normes du droit international, selon ce qui est stipulé au début de la disposition visée.

Dans les hypothèses *b)* et *c)*, il restait encore à traiter la seconde question pour établir la ligne frontière complète et unique que la question implicitement prévoyait en délimitant toutes les zones dans l'hypothèse *b)* et les zones non déjà déterminées dans l'hypothèse *c)*.

Il n'y a donc pas deux parties de l'accord qui soient plus inextricablement liées l'une à l'autre que ne le sont les deux questions et aucune d'elles ne peut être considérée sans l'autre. L'interprétation fondée sur le contexte exige non seulement que l'on identifie des indices isolés tels que ceux qui ont été cités dans la présente opinion, mais aussi que l'on lise les différentes parties du document comme constituant un tout cohérent. Les deux questions, énoncées côte à côte dans le compromis, chacune complétant l'autre, ne peuvent se prêter séparément à une interprétation exacte à moins que chacune ne soit considérée dans le contexte de la compagnie qui lui est associée.

D'un autre point de vue encore, il apparaît que l'interprétation donnée par le Tribunal à l'expression « réponse négative » est insoutenable si l'on réduit hypothétiquement la portée de la réponse censément affirmative apportée à la première question. S'agirait-il d'une réponse affirmative si le Tribunal était parvenu à la conclusion que l'accord faisait droit entre les Parties en ce qui concerne, par exemple, la seule mer territoriale? S'agirait-il toujours d'une réponse affirmative si le Tribunal avait décidé, pour tel ou tel motif, que l'accord ne faisait droit qu'en ce qui concerne le premier mille de la mer territoriale? Il arrive un moment où une réponse affirmative sur une partie des territoires en litige est affirmative par son nom mais non par son contenu, dans sa forme mais non dans sa réalité. Une réponse affirmative sur des points sans conséquence n'en serait pas moins négative au regard du but poursuivi par les Parties. Nous ne pouvons donc supposer que, du seul fait qu'elle est partiellement affirmative, la réponse n'est pas une « réponse négative » au sens de la question. L'admettre serait passer à côté de l'objet et du but de l'exercice, qui étaient de délimiter des frontières dont l'incertitude, pour ce qui était de tous leurs éléments, était à l'origine de tensions entre deux États qui souhaitaient vivement que cette incertitude soit levée.

A view which left the Tribunal free, on the basis of such supposedly affirmative answers, to shut the door on the vital issues awaiting it under Question 2, would reduce the whole concept of this solemn international arbitration to an empty exercise, by leaving the Parties with a partial solution and sending them to all the expense, inconvenience and delay of another determination. As will be seen later in this opinion, it even throws doubts upon the validity of the partial solution. It illustrates the danger of reading words picked out of Question 2 in isolation, rather than of looking upon Questions 1 and 2 as an integrally related entity aimed at a resolution of the matters in issue between the Parties.

Such restricted views of the obligations attendant on arbitration cannot constitute a true discharge of arbitral responsibilities and are so far a departure from their very *raison d'être* that I do not think they can be viewed as even a prima facie discharge of arbitral duty. Where this Court has the opportunity to register its concern at such an attenuation of the arbitral process, I believe it should do so. Else, not only in this case but in important arbitrations yet unconceived, literal interpretations of arbitral responsibility unrelated to context may cause the vast effort and expense involved in complex proceedings to trickle away into futility. This will involve not only great cost to the parties but also damage to the prestige and authority of the international arbitral process.

B. The "Intentions" Approach

I here use the "intentions" approach through textual analysis of objects and purposes and through the positions formulated by the Parties themselves. An analysis according to the "intentions" approach powerfully confirms the contextual interpretation outlined above. A strong endorsement of this approach by Sir Hersch Lauterpacht bears repetition in this context:

"It is the intention of the authors of the legal rule in question — whether it be a contract, a treaty or a statute — which is the starting point and the goal of all interpretation."¹

Indeed, intention is so significant that the importance of even text and context in interpretation has been attributed by some² to the fact that the text is the primary evidence of what the parties had intended. In McNair's

¹ *British Year Book of International Law*, Vol. 26 (1949), p. 83.

² See Waldock, Third Report on the Law of Treaties, *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol. II, p. 56.

Si l'on admettait que le Tribunal était libre, sur la base de réponses prétendument affirmatives, de fermer la porte à l'examen des points essentiels posés par la seconde question, l'idée même d'un arbitrage international solennel serait ramenée à celle d'un exercice à vide, qui ne fournirait aux Parties qu'une solution partielle et les exposerait aux dépenses, aux complications et aux retards d'une autre détermination de frontière. Comme il sera expliqué ultérieurement dans la présente opinion, une telle solution jette même des doutes sur la validité de la réponse partielle. Elle démontre combien il est dangereux de prendre isolément des mots tirés de la seconde question plutôt que de considérer les première et seconde questions comme un tout intrinsèquement lié tendant à un règlement des points en litige entre les Parties.

Une conception aussi restrictive des obligations en matière d'arbitrage ne permettrait pas à un tribunal de s'acquitter pleinement de ses responsabilités arbitrales et elle s'écarte à tel point de la raison d'être même de l'arbitrage que, selon moi, elle ne permettrait même pas un accomplissement *prima facie* des attributions d'un tribunal arbitral. Puisque la Cour a l'occasion d'exprimer sa préoccupation devant un tel affaiblissement du processus arbitral, j'estime qu'elle devrait le faire, faute de quoi, dans la présente espèce comme dans les importants arbitrages à venir, une interprétation littérale et isolée du contexte des termes définissant la compétence arbitrale peut avoir pour conséquence que beaucoup d'efforts et d'argent seront dépensés en pure perte dans des procédures complexes. Cela représentera de grands frais pour les parties mais également portera atteinte au prestige et à l'autorité de l'arbitrage international.

B. L'approche fondée sur l'« intention » des Parties

J'appliquerai maintenant l'approche qui prend en compte l'« intention » des Parties à travers l'analyse textuelle de l'objet et du but et à travers les positions formulées par les Parties elles-mêmes. Une telle approche confirme nettement l'interprétation fondée sur le contexte présentée plus haut. Il n'est pas inutile à ce propos de rappeler que sir Hersch Lauterpacht était un ferme partisan de cette approche :

« C'est l'intention des auteurs de la règle de droit en question — qu'il s'agisse d'un contrat, d'un traité ou d'une loi — qui est le point de départ et l'objectif de toute interprétation. »¹

En fait, l'intention a une importance telle que certains juristes² ont attribué la place que doivent occuper le texte et le contexte dans l'interprétation au fait que le texte est la preuve première de l'intention des parties.

¹ *British Year Book of International Law*, vol. 26 (1949), p. 83.

² Voir Waldock, troisième rapport sur le droit des traités, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1964, vol. II, p. 57.

words¹, “the true duty of the judge is to search for the common intention of the parties in using the language of the text”.

Sir Gerald Fitzmaurice’s succinct summary of the general principles deriving from the major theories of treaty interpretation also emphasizes this aspect:

- “(i) The basic purpose of treaty interpretation . . . is to give effect to the intentions of the parties.
- (ii) These intentions are presumed, *prima facie*, to be expressed in, and represented by, the terms of the treaty itself, read as an integral whole, on a basis of reason and common sense, and with due regard to the circumstances of its conclusion; but if this is not the case, or if the intention cannot be gathered from the terms with adequate certainty or sufficiency, recourse may then be had to extraneous circumstances or means . . .
- (iii) There is an underlying *general* presumption that the intention of the parties includes the intention effectively to *achieve* the intended purpose of the treaty. Hence there is warrant, *if that purpose is clear*, . . .
 - (a) for interpreting the treaty in such a way as will achieve that purpose rather than not achieve it;
 - (b) if more than one equally valid interpretation of the text is reasonably possible, for adopting that which most effectively achieves the intended purpose; . . .”²

Points (iv) and (v) deal with general multilateral conventions and do not concern us here.

The jurisprudence of the Court also supports the “intentions” approach as when, in the Advisory Opinion in the *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* case, this Court stated that:

“The high ideals which inspired the Convention provide, by virtue of the common will of the parties, the foundation and measure of all its provisions.” (*I.C.J. Reports 1951*, p. 15, at p. 23.)

The principles set out by Fitzmaurice, distilled as they are from the major theories of interpretation (and “in a form which might very possibly have been concurred in by Lauterpacht”³), all have applicability here. There can be no doubt of the intention of the Parties, the meaning of the treaty read as an integral whole and the interpretation that would achieve the purpose of the treaty. That interpretation is the interpretation which

¹ *Op. cit.*, 1961, p. 373.

² Fitzmaurice, *op. cit.*, pp. 793-794; emphasis added.

³ *Op. cit.*, p. 793.

Pour reprendre les termes de McNair¹, « le véritable devoir du juge est de rechercher l'intention commune des parties à travers les mots du texte ».

Dans son résumé succinct des principes généraux découlant des grandes théories de l'interprétation des traités, sir Gerald Fitzmaurice souligne également cet aspect :

- « i) L'objectif fondamental de l'interprétation des traités ... est de donner effet aux intentions des Parties.
- ii) Ces intentions sont présumées, *prima facie*, être exprimées et représentées par les termes du traité lui-même, lu comme un tout indivisible, sur la base de la raison et du bon sens, et compte dûment tenu des circonstances dans lesquelles il a été conclu; mais si tel n'est pas le cas, ou si l'intention ne ressort pas des termes avec suffisamment de certitude, on peut alors avoir recours à des circonstances ou des moyens extrinsèques...
- iii) Il existe une présomption *générale* selon laquelle l'intention des parties inclut l'intention de *réaliser* effectivement l'objectif visé par le traité. Il est donc justifié, *si cet objectif est clair*, ...
 - a) d'interpréter le traité de manière à réaliser cet objectif plutôt que de manière à ne pas le réaliser;
 - b) si plus d'une interprétation également valide du texte est raisonnablement possible, d'adopter celle qui réalise le plus efficacement l'objectif visé... »²

Les points iv) et v) traitent des conventions multilatérales générales et ne nous intéressent pas ici.

La jurisprudence de la Cour admet également l'approche fondée sur l'« intention » des Parties; elle a notamment déclaré dans l'avis consultatif sur les *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* :

« La considération des fins supérieures de la convention est, en vertu de la volonté commune des parties, le fondement et la mesure de toutes les dispositions qu'elle renferme. » (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 23.)

Les principes énoncés par Fitzmaurice, tirés des grandes théories de l'interprétation (et exprimés « d'une manière à laquelle Lauterpacht aurait fort bien pu s'associer »³), sont tous applicables en l'espèce. Il ne peut y avoir de doute quant à l'intention des Parties, au sens du traité lu comme un tout indivisible et quant à l'interprétation qui permettrait de réaliser l'objectif visé par le traité. Cette interprétation est celle qui

¹ *Op. cit.*, 1961, p. 373.

² Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 793-794; les italiques sont de moi.

³ *Op. cit.*, p. 793.

looks upon the treaty as embodying the will of the contracting States to secure the settlement once and for all of the maritime boundary dispute that had troubled them for so many years.

I am conscious that, in dealing with questions of interpretation, difficulties can arise not only about the meaning of terms but also from differences of attitude or frame of mind. Parties may then “be travelling along parallel tracks that never meet” to use the expressive language of Judge Fitzmaurice in the *Golder* case¹ or be speaking “on different wave-lengths”². In the present case, as the ensuing analysis will show, the frame of mind of both Parties, in desiring a settlement of the entire dispute, was clearly the same. To use the language of contract, they were clearly *ad idem*.

(i) *The Preamble*

An obvious internal source of reference is the preamble to the treaty. The preamble is a principal and natural source from which indications can be gathered of a treaty’s objects and purposes even though the preamble does not contain substantive provisions. Article 31 (2) of the Vienna Convention sets this out specifically when it states that context, for the purpose of the interpretation of a treaty, shall comprise in addition to the text, the preamble and certain other materials. The jurisprudence of this Court also indicates, as in the case concerning *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*³ and the *Asylum (Colombia/Peru)* case⁴, that the Court has made substantial use of it for interpretational purposes. In the former case, a possible interpretation of the Madrid Convention was rejected for its lack of conformity with the preamble’s specific formulation of the purposes of the Convention. In the latter case the Court used the objects of the Havana Convention, as indicated in its preamble, to interpret Article 2 of the Convention. Important international arbitrations have likewise resorted to the preamble to a treaty as guides to its interpretation⁵.

The Preamble to the present *compromis* makes it transparently clear that the object of the instrument was the settlement of the entire boundary question. The two Governments, having been unable to settle by means of diplomatic negotiation the dispute relating to the determination of their maritime boundary, express their desire, in view of their friendly rela-

¹ *European Court of Human Rights, Ser. A, Vol. 18, p. 42.*

² Sir Humphrey Waldock’s words, quoted by Judge Fitzmaurice (*ibid.*).

³ *I.C.J. Reports 1952*, p. 176, at p. 196.

⁴ *I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 282.

⁵ See paras. 19 and 20, the *Beagle Channel Arbitration*, 1977, Wetter, *The International Arbitral Process*, 1979, Vol. 1, p. 276, at pp. 318-319.

considère que le traité incarne la volonté des Etats contractants d'obtenir une fois pour toutes le règlement du différend relatif à leur frontière maritime qui les avait embarrassés pendant tant d'années.

J'ai conscience que, s'agissant de questions d'interprétation, des difficultés peuvent naître non seulement d'un désaccord sur le sens des mots, mais aussi de différences d'attitude ou d'état d'esprit. Il se peut alors que les parties suivent « des chemins parallèles qui ne se rencontrent jamais », pour utiliser l'image de M. Fitzmaurice dans l'affaire *Goldner*¹, ou encore qu'elles parlent « sur des longueurs d'onde différentes »². En l'occurrence, comme le montrera l'analyse qui va suivre, les deux Parties souhaitaient un règlement complet du différend et avaient donc manifestement le même état d'esprit. Pour utiliser le vocabulaire des contrats, on peut dire qu'elles étaient clairement *ad idem*.

i) *Le préambule*

Le préambule d'un traité constitue à l'évidence une source de référence intrinsèque. De cette source principale et naturelle, on peut tirer des indications quant à l'objet et au but du traité, même si le préambule ne contient pas de dispositions de fond. Le paragraphe 2 de l'article 31 de la convention de Vienne énonce spécifiquement ce principe lorsqu'il indique que le contexte, aux fins de l'interprétation d'un traité, comprend non seulement le texte mais aussi le préambule et certains autres éléments. Il ressort également de la jurisprudence de la Cour, et notamment des arrêts rendus dans l'affaire relative aux *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*³ et dans l'affaire du *Droit d'asile (Colombie/Pérou)*⁴, que la Cour a largement eut recours au préambule à des fins d'interprétation. Dans la première affaire, la Cour a rejeté une interprétation possible de la convention de Madrid en raison de sa non-conformité avec les buts de la convention tels qu'ils étaient spécifiquement formulés dans le préambule. Dans la deuxième affaire, la Cour s'est référée à l'objet de la convention de La Havane, tel qu'indiqué dans son préambule, pour interpréter l'article 2 de la convention. De même, d'importants arbitrages internationaux ont pris appui sur le préambule d'un traité pour guider leur interprétation⁵.

Le préambule du compromis examiné révèle sans ambiguïté que l'objet du document était le règlement de la totalité du problème frontalier. Les deux gouvernements, n'ayant pu résoudre par voie de négociation diplomatique le différend relatif à la détermination de leur frontière maritime, expriment leur désir, étant donné leurs relations amicales, de parvenir au

¹ *Cour européenne des droits de l'homme*, série A, vol. 18, p. 42.

² Sir Humphrey Waldock, cité par M. Fitzmaurice, *ibid.*.

³ *C.I.J. Recueil 1952*, p. 196.

⁴ *C.I.J. Recueil 1950*, p. 282.

⁵ Voir les paragraphes 19 et 20, *Beagle Channel Arbitration*, 1977, Wetter, *The International Arbitral Process*, 1979, vol. 1, p. 318-319.

tions, to reach a settlement as soon as possible of *that* dispute. To *that end*, they have decided to resort to arbitration. They were not resorting to arbitration for a partial settlement of their dispute, which possibly was furthest from the objects and purposes of the agreement.

(ii) *Parties' positions during the negotiations*

Article 32 of the Vienna Convention provides that, as a supplementary means of interpretation, recourse may be had *inter alia* to the circumstances of the conclusion of the treaty "*in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31*" (emphasis added). Using such material as is before us on this matter, but only as a supplementary means of interpretation, it is clear that this material confirms the results flowing from the contextual and the "objects and purposes" methods set out in Article 31 (1).

It is not necessary to make detailed references to the course of affairs leading to the *compromis*. It will suffice to observe that the entire course of negotiations between the Parties was conducted with the end in view that all aspects of the maritime boundary questions would be settled. The long history of disputes between the Parties ranging from 1977 to 1985 was not confined to any one aspect of the maritime boundary. It was in the interests of neither Party that the determination of the boundary or any part of it should remain in abeyance. These were the circumstances in which the agreement was reached that the matter be referred to arbitration and they strongly confirm the interpretation reached by the other approaches.

(iii) *Parties' positions before the Tribunal*

I do not need to elaborate here on the attitude of Guinea-Bissau whose position on this matter was never in contention. I shall concentrate rather on that of Senegal. It is clear that Senegal's position before the Tribunal was that the *entire* maritime dispute was before it and that the 1960 Agreement extended to that entire dispute, i.e., that it was not confined to the territorial sea, the contiguous zone and the continental shelf, but extended to the exclusive economic zone and fishery zone as well.

The following are among the indications of this position which can be gathered from the documents before the Court:

(a) In paragraph 53 of its Counter-Memorial submitted to the Tribunal, Senegal explains the scope of Article 2 of the Arbitration Agreement, and its contention regarding the applicability of the principles of intertemporal law to the 1960 Agreement. It then goes on to say:

"Having made these two points, the Government of Senegal associates itself with the comment made by Guinea-Bissau, from which it

règlement de *ce* différend dans les meilleurs délais. A *cette fin*, ils ont décidé de recourir à un arbitrage. Ils n'ont pas demandé un arbitrage pour obtenir un règlement partiel de leur différend, qui aurait probablement été à l'opposé de l'objet et du but de l'accord.

ii) *Position des Parties durant les négociations*

L'article 32 de la convention de Vienne prévoit que, à titre de moyens complémentaires d'interprétation, il peut être fait appel notamment aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu « en vue de *confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31* » (les italiques sont de moi). Sur la base des éléments disponibles dans la présente affaire, mais en tant que moyens complémentaires d'interprétation seulement, il est clair que ces éléments confirment la conclusion à laquelle conduisent l'interprétation fondée sur le contexte et l'interprétation fondée sur « l'objet et le but » mentionnées au paragraphe 1 de l'article 31.

Il n'est pas nécessaire de se référer dans le détail au processus qui a abouti au compromis. Il suffit de noter que tout le processus de négociation entre les Parties a été conduit dans l'optique d'un règlement de tous les aspects des questions concernant la frontière maritime. Les multiples différends qui s'étaient produits de 1977 à 1985 entre les Parties n'étaient pas limités à un aspect donné de la frontière maritime. Il n'était dans l'intérêt d'aucune des Parties que la frontière, ou une partie quelconque de celle-ci, demeure indéterminée. Telles ont été les circonstances dans lesquelles l'accord visant à ce que l'affaire soit soumise à un arbitrage a été conclu; elles confirment nettement l'interprétation résultant des autres approches.

iii) *Position des Parties devant le Tribunal*

Je ne m'attarderai pas ici sur l'attitude de la Guinée-Bissau, dont la position à cet égard n'a jamais été contestée. Je m'attacherai plutôt à expliciter celle du Sénégal. Il est clair que la position du Sénégal devant le Tribunal était que l'*intégralité* du différend maritime était soumis à ce dernier et que l'accord de 1960 couvrait la totalité de ce différend, c'est-à-dire qu'il n'était pas limité à la mer territoriale, à la zone contiguë et au plateau continental, mais s'étendait aussi à la zone économique exclusive et à la zone de pêche.

On trouve des indications de cette position dans les documents soumis à la Cour :

a) Au paragraphe 53 du contre-mémoire qu'il a présenté au Tribunal, le Sénégal explique la portée de l'article 2 du compromis d'arbitrage et expose sa position au sujet de l'applicabilité des règles intertemporelles du droit international à l'accord de 1960. Il poursuit dans les termes suivants :

« Sous bénéfice de ces deux précisions, le Gouvernement du Sénégal s'associe au commentaire fait par la Guinée-Bissau, commentaire

emerges: (1) that if it is accepted that the 1960 Agreement was validly concluded and is binding on the Parties, it is that Agreement alone which has the force of law concerning the maritime boundary separating *all* the maritime areas appertaining to each State, a conclusion borne out by the fact that the Parties desire a single dividing line; and (2) that the Tribunal is required itself to draw a line of separation in the sole event of a negative answer to the first question. That is what the Parties desired; the GBM [Guinea-Bissau Memorial] rightly emphasizes this.” (Memorial of Guinea-Bissau in the present proceedings, Annexes, Book II; emphasis added.)

- (b) In paragraph 153 of the Rejoinder of Senegal submitted to the Tribunal, Senegal avers that subsequent practice:

“has also complemented the 1960 Agreement, giving it, as it were, an additional dimension. For it has enriched it on the ‘vertical’ plane, with respect to the delimitation of the superjacent water column . . . The Government of Senegal intends, indeed, to demonstrate that subsequent practice has widened the initial area of application of the Franco-Portuguese Exchange of Letters of 1960 and that the 240° maritime boundary from Cape Roxo is valid not only as limit of the sea-bed and its subsoil but also with respect to the superjacent waters.” (Memorial of Guinea-Bissau in the present proceedings, Annexes, Book III.)

- (c) In paragraph 245 of the same Rejoinder Senegal re-emphasizes this position:

“In other words, while the maritime boundary established by the 1960 Agreement related, beyond the outer limit of the territorial waters, only to the continental shelves, thereby reflecting the state of the international law of the sea at the time, a considerable subsequent practice thereafter enriched and complemented the 1960 Agreement by, as it were, raising the 240° limit to the level of the surface of the superjacent waters.”

- (d) Paragraph 246 of the same Rejoinder reads:

“Moreover the Government of Senegal has referred, in its Counter-Memorial, to this extension of the area of application of the 1960 Agreement, on both the spatial and the substantive plane. It has observed, in particular, that ever since Senegal’s accession to independence it had ‘exercised its competences, in the most varied domains, over the maritime spaces coming within its national jurisdiction and located to the north of [the 240° line]’ (SCM, para. 9). It added that apart from petroleum-related activities, it had been led to ‘exercise its police powers’ by reference to this 240° maritime boundary . . .”

dont il ressort: 1) que s'il est admis que l'accord de 1960 a été valablement conclu et lie les Parties, c'est lui, et lui seul, qui fait droit en ce qui concerne la frontière maritime séparant l'ensemble des domaines maritimes relevant de chaque Etat, conclusion corroborée par le fait que les Parties souhaitent une ligne divisoire unique; et 2) que le Tribunal est appelé à tracer lui même une ligne séparatrice dans la seule hypothèse d'une réponse négative à la première question. C'est cela que les Parties ont voulu; le MGB [mémoire de la Guinée-Bissau] le souligne avec force et à juste titre.» (Mémoire de la Guinée-Bissau déposé en la présente instance, annexes, livre II; les italiques sont de moi.)

- b) Au paragraphe 153 de la duplique qu'il a soumise au Tribunal, le Sénégal affirme que la pratique subséquente :

« a également complété l'accord de 1960 et lui a en quelque sorte donné une dimension supplémentaire. Elle l'a en effet enrichi sur le plan « vertical », en ce qui concerne la délimitation de la colonne d'eau surjacente... Le Gouvernement du Sénégal entend en effet montrer que la pratique subséquente a accru la sphère d'application initiale de l'échange de lettres franco-portugais de 1960 et que la frontière en mer des 240° du cap Roxo ne vaut pas seulement comme limite du lit de la mer et de son sous-sol, mais également pour les eaux surjacentes. » (Mémoire de la Guinée-Bissau déposé en la présente instance, annexes, livre III.)

- c) Au paragraphe 245 de la même duplique, le Sénégal insiste une nouvelle fois sur ce point :

« En d'autres termes, alors que la frontière en mer établie par l'accord de 1960 ne se rapportait, au-delà de la limite extérieure des eaux territoriales, qu'aux plateaux continentaux, conformément à l'état du droit international de la mer à cette date, toute une pratique subséquente est venue enrichir et compléter l'accord de 1960 en exhaussant en quelque sorte la limite des 240° aux eaux surjacentes. »

- d) Le paragraphe 246 du même document est ainsi libellé :

« Le Gouvernement du Sénégal avait d'ailleurs fait allusion, dans son contre-mémoire, à cette extension de la sphère d'application de l'accord de 1960, sur le plan spatial comme sur le plan matériel. Il avait notamment remarqué que, dès son accession à l'indépendance, il avait « exercé ses compétences, dans les domaines les plus divers, dans les espaces maritimes relevant de sa juridiction nationale situés au nord de [la ligne des 240°] ». (CMS, par. 9.) Il avait ajouté qu'en dehors des activités pétrolières, il avait été amené « à exercer ses pouvoirs de police » en se référant à cette frontière en mer des 240° ... »

(e) At the hearing before the Tribunal Senegal put its position thus :

“We observe that a dividing line — one single line and no other — comes up not just once, by chance, but constantly without any exception in the practice of these States and in the exercise of their respective jurisdictions. And what, Mr. President, is that dividing line? It is invariably the line drawn at 240° from Cape Roxo.” (Memorial of Guinea-Bissau in the present proceedings, Annexes, Book IV, Part II, Verbatim Record of Oral Arguments of Senegal before the Tribunal, Record No. 9, p. 83.)

These submissions can leave no doubt that the matter which Senegal looked upon as the subject of the arbitration was the *entire* maritime boundary and no less. Its contention was that the 1960 Agreement referred to the *entire* maritime boundary and no less. The object of the arbitration was the determination of the *entire* maritime boundary and no less. Consequently Question 1, as read in its context as well as in the light of the object and purpose of the Agreement, related to the binding nature of the 1960 Agreement over the *entire* maritime boundary and no less.

Just as Senegal was urging the acceptance of the 1960 demarcation in regard to the *whole* of the maritime boundary, Guinea-Bissau was contending that it was without force in regard to the *whole* of the boundary.

Ut res magis valeat quam pereat, sometimes described as the rule of effectiveness, is another general principle of interpretation which may be invoked under the head of intention. It embodies a wisdom which is specially apposite in interpreting agreements such as this, where a concentration on the literal meaning of particular phrases may not only stifle the spirit of an agreement but also damage the harmony which that agreement was meant to promote. There is considerable warrant in the jurisprudence of this Court for applying the rule of effectiveness, though of course this principle cannot be pressed so far as to attribute to treaty provisions a meaning which would be contrary to their letter and spirit¹.

It should also be noted that the International Law Commission has taken the view that, in so far as this maxim reflects a true general rule of interpretation, it is embodied in Article 31, paragraph 1, “which requires that a treaty shall be interpreted *in good faith*” and “*in the light of its object and purpose*”². The International Law Commission goes on to observe:

“When a treaty is open to two interpretations one of which does and the other does not *enable the treaty to have appropriate effects*,

¹ *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 221, at p. 229.

² *United Nations Conference on the Law of Treaties, op. cit.*, p. 39; emphasis added.

e) A l'audience du Tribunal, le Sénégal a expliqué ainsi sa position :

« On constate qu'une ligne divisoire — une seule et pas une autre — revient, non pas une fois, par hasard, mais constamment, sans aucune exception, dans la pratique de ces Etats et dans l'exercice de leurs compétences respectives. Et quelle est, Monsieur le Président, cette ligne séparative ? C'est invariablement l'azimut des 240° du cap Roxo. » (Mémoire de la Guinée-Bissau déposé en la présente instance, annexes, livre IV, deuxième partie, plaidoiries du Sénégal devant le Tribunal arbitral, procès-verbal n° 9, p. 83.)

Ces extraits ne laissent subsister aucun doute : le Sénégal considérait que la question faisant l'objet de l'arbitrage était celle de la *totalité* de la frontière maritime, et pas moins. Il affirmait que l'accord de 1960 visait la *totalité* de la frontière maritime, et pas moins. L'objet de l'arbitrage était la détermination de la *totalité* de la frontière maritime, et pas moins. Ainsi, la première question, lue dans son contexte ainsi qu'à la lumière de l'objet et du but du compromis, avait trait au caractère obligatoire de l'accord de 1960 en ce qui concerne la *totalité* de la frontière maritime, et pas moins.

Tout comme le Sénégal prônait l'acceptation de la délimitation de 1960 en ce qui concerne *toute* la frontière maritime, la Guinée-Bissau affirmait que cet accord était sans effet en ce qui concerne la *totalité* de cette frontière.

Le principe d'interprétation exprimé par la maxime *ut res magis valeat quam pereat*, souvent désigné sous le nom de principe de l'effet utile, est un autre principe général d'interprétation qui peut être invoqué sous le chapitre de l'intention des parties. Il traduit une sagesse particulièrement bienvenue dans l'interprétation des accords, tel l'accord en litige, pour lesquels un attachement excessif au sens littéral des mots peut non seulement étouffer l'esprit de l'accord mais également nuire à l'harmonie que l'accord est censé promouvoir. Même si la jurisprudence de la Cour justifie largement d'appliquer le principe de l'effet utile, l'on ne saurait bien sûr pousser l'application de ce principe jusqu'à attribuer aux dispositions du traité un sens qui contredirait leur lettre et leur esprit¹.

D'autre part, il y a lieu de noter que la Commission du droit international a été d'avis que, dans la mesure où la maxime est l'expression d'une règle générale d'interprétation, elle est incorporée dans le paragraphe 1 de l'article 31 qui stipule qu'« un traité doit être interprété *de bonne foi* » et « à la lumière de son objet et de son but »². La Commission du droit international poursuit en observant :

« Lorsqu'un traité est susceptible de deux interprétations, dont l'une permet et l'autre ne permet pas qu'il *produise les effets voulus*, la

¹ *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, C.I.J. Recueil 1950, p. 229.

² *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités*, op. cit., p. 42; les italiques sont de moi.

good faith and the *objects and purposes of the treaty demand* that the former interpretation should be adopted.”¹

An analysis according to the “intentions” approach thus shows that a partial resolution of the dispute was clearly beyond the contemplation of both Parties. Indeed, it was so far from their intentions that one could reasonably postulate that neither Party would have gone to arbitration had it visualized such an inconclusive outcome, for it would only have compounded their problems and left them further from resolution than when they began.

One must, of course, in applying the “intentions” approach, always be on one’s guard lest one use it to read into a treaty a stipulation which is not contained in the text. As the Permanent Court of International Justice warned in the *Access to, or Anchorage in, the Port of Danzig, of Polish War Vessels* case (*P.C.I.J., Series A/B, No. 43*, p. 144), the Court was not prepared to hold that the text of a treaty “can be enlarged by reading into it stipulations which are said to result from the proclaimed intentions of the authors of the Treaty, but for which no provision is made in the text itself”. The present case involves no such introduction into the document of that which was not already there. The entire document was instinct with this meaning from its very Preamble.

The determination of *the dispute* was thus the basis on which the Tribunal was entrusted with its heavy responsibilities. It was called upon to render certain a boundary obscured by the opposing contentions of Parties and to provide a firm basis on which they could henceforth order their affairs. They could not read their mandate any differently in the light of the norms of international law as set out in the Vienna Convention in particular.

C. The “Teleological” Approach

I do not here use the teleological approach, as it is sometimes used in its more extreme forms, for setting an external object or purpose for a treaty which may not coincide with the intentions of the parties. The object or purpose I seek is firmly anchored in the text of the treaty and the parties’ own views thereof. To that extent, it is linked to the approaches under the other two heads.

The only extent to which I have invoked a purpose going beyond this is when I refer to accepted principles regarding the underlying purpose of arbitration agreements. Used in this limited manner, there is legitimate scope for the teleological method. As Fitzmaurice observes, “there is no doubt that an element of teleology does enter into interpretation and finds, within limits, a legitimate place there”².

¹ *United Nations Conference on the Law of Treaties, op. cit.*, p. 39; emphasis added.

² *Op. cit.*, p. 342.

bonne foi et la nécessité de réaliser le but et l'objet du traité exigent que la première de ces deux interprétations soit adoptée.»¹

Si l'on s'attache à rechercher l'«intention» des Parties, il apparaît qu'aucune des Parties n'envisageait un règlement partiel du différend. En fait, cette solution était tellement éloignée de leur intention que l'on peut raisonnablement supposer qu'aucune des deux Parties n'aurait recouru à un arbitrage si elle avait prévu une issue aussi peu décisive, celle-ci ne pouvant qu'aggraver le problème et les éloigner encore plus d'un règlement définitif.

En appliquant la méthode fondée sur l'«intention des parties», il y a lieu naturellement d'être toujours sur ses gardes afin de ne pas prêter au traité une disposition qui ne figure pas dans le texte. Dans l'affaire de l'*Accès et stationnement des navires de guerre polonais dans le port de Dantzig* (C.P.J.I. série A/B n° 43, p. 144), la Cour permanente de Justice internationale a averti que la Cour n'était pas disposée à admettre que l'on puisse élargir le texte d'un traité «et y voir des stipulations représentées comme étant le résultat des intentions proclamées par les auteurs du traité, mais que ne formule aucune disposition du texte lui-même». En ce qui concerne l'affaire dont nous sommes saisis, il n'est pas question d'introduire dans le document des stipulations qui ne s'y trouvent pas déjà. Le sens se dégage de l'ensemble du document dès le préambule.

Le règlement *du différend* était donc la base sur laquelle le Tribunal a été chargé de ses lourdes responsabilités. On attendait de celui-ci qu'il définisse avec netteté une frontière indistincte du fait des prétentions contradictoires des Parties et qu'il établisse une base solide sur laquelle les Parties puissent à l'avenir ordonner leurs affaires. Les arbitres ne pouvaient pas interpréter différemment leur mandat à la lumière des normes du droit international telles qu'elles sont énoncées dans la convention de Vienne en particulier.

C. L'approche «téléologique»

Je n'appliquerai pas ici l'approche téléologique, telle qu'elle est quelquefois appliquée sous ses formes les plus extrêmes pour assigner au traité un objet ou un but extrinsèque qui pourrait ne pas coïncider avec les intentions des parties. Je recherche un objet ou un but qui soit solidement ancré dans le texte du traité et dans la position adoptée par les parties elles-mêmes à ce sujet. A cet égard, cette approche est liée aux approches présentées dans les deux sections précédentes.

Je ne vais plus loin en invoquant un but plus étendu que lorsque je fais appel aux principes établis concernant le but fondamental des compromis d'arbitrage. Dans cette limite, il est légitime de recourir à la méthode téléologique. Comme le fait observer Fitzmaurice, «il est indubitable qu'un élément téléologique entre dans l'interprétation et y occupe, dans certaines limites, une place légitime»².

¹ *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités*, op. cit., p. 42; les italiques sont de moi.

² *Op. cit.*, p. 342.

Used in this fashion, it provides through another approach a confirmation of the conclusions reached through the other two approaches.

With those prefatory remarks, and subject to the limitations indicated, I may observe that the underlying purpose of an arbitration agreement is clearly the amicable settlement of the issues which the parties have committed for resolution to the arbitral tribunal. As Verzijl observes, arbitration is “a procedure of international law destined to terminate a dispute which has arisen between sovereign States by the decision, vested with binding force, of one or more third persons”¹. This purpose derives added strength from the fact that it accords with one of the high objectives of international law — the harmonious resolution of international disputes so as to eliminate continuing frictions that endanger peace.

The Permanent Court of International Justice had occasion to use the teleological method, in the context of arbitration, and to pronounce upon the end which arbitration treaties should serve. In the *Factory at Chorzów, Jurisdiction* case, in discussing Article 23 of the German-Polish Convention concluded at Geneva in 1922 (which it described as “a typical arbitration clause”), it observed:

“For the interpretation of Article 23, account must be taken not only of the historical development of arbitration treaties, as well as of the terminology of such treaties, and of the grammatical and logical meaning of the words used, but also and more especially of the function which, in the intention of the contracting Parties, is to be attributed to this provision.” (*Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, p. 24.*)

The Court went on to add:

“An interpretation which would confine the Court simply to recording that the Convention had been incorrectly applied or that it had not been applied, without being able to lay down the conditions for the re-establishment of the treaty rights affected, would be contrary to what would, *prima facie*, be the natural object of the clause; for a jurisdiction of this kind, instead of settling a dispute once and for all, would leave open the possibility of further disputes.” (*Ibid.*, p. 25.)

These considerations have strong relevance to the case before us having regard to the Tribunal’s restrictive interpretation of the clause spelling out its function — an interpretation which, to borrow the Court’s phraseology, “instead of settling a dispute once and for all, would leave open the possibility of further disputes”.

In the context of the present case these considerations lead to the view that the Arbitral Tribunal was under the *compromis* charged with a duty to

¹ J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, 1976, Vol. VIII, p. 143.

Ainsi appliquée, l'approche téléologique est un autre moyen encore de confirmer les conclusions auxquelles ont abouti les deux autres approches.

Avec ces remarques introductives, et sous réserve des limites indiquées, je ferai observer que le but fondamental d'un compromis d'arbitrage est manifestement le règlement amiable des questions que les parties ont chargé le tribunal arbitral de résoudre. Comme le note Verzijl, l'arbitrage est « une procédure du droit international visant à mettre fin à un différend né entre des Etats souverains par la décision, ayant force obligatoire, d'une ou plusieurs tierces personnes »¹. Ce but a d'autant plus de force qu'il concorde avec l'un des objectifs suprêmes du droit international, à savoir le règlement harmonieux des différends internationaux en vue de l'élimination des frictions continues qui mettent la paix en danger.

La Cour permanente de Justice internationale a eu l'occasion d'appliquer la méthode téléologique, à propos de l'arbitrage, et de se prononcer sur ce que doit être le but d'une convention d'arbitrage. Dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, examinant l'article 23 de la convention conclue entre l'Allemagne et la Pologne en 1922 (qu'elle qualifie de « clause compromissoire typique »), la Cour permanente a déclaré :

« Pour l'interprétation de l'article 23, il convient de s'attacher, non seulement à l'évolution historique des conventions d'arbitrage et à leur terminologie, ainsi qu'au sens grammatical et logique des mots employés, mais aussi et surtout à la fonction qui doit, selon la volonté des Parties contractantes, être attribuée à cette disposition. » (*Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 24.*)

La Cour a poursuivi en ajoutant :

« Une interprétation qui obligerait la Cour à s'arrêter à la simple constatation que la convention a été inexactement appliquée ou qu'elle est restée sans application, sans pouvoir fixer les conditions dans lesquelles les droits conventionnels lésés peuvent être rétablis, irait à l'encontre du but plausible et naturel de la disposition, car une pareille juridiction, au lieu de vider définitivement un différend, laisserait la porte ouverte à de nouveaux litiges. » (*Ibid.*, p. 25.)

Ces considérations revêtent une grande importance pour l'affaire dont nous sommes saisis, vu l'interprétation restrictive que le Tribunal a donnée de la clause qui définit son mandat, interprétation qui, pour emprunter la formule de la Cour permanente, « au lieu de vider définitivement un différend, laisserait la porte ouverte à de nouveaux litiges ».

Dans le cadre de la présente affaire, ces considérations me conduisent à penser que le Tribunal arbitral, en vertu du compromis, avait reçu pour

¹ J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, 1976, vol. VIII, p. 143.

settle the problem which had brought the Parties before it, or, in Verzijl's language, "to terminate a dispute which has arisen between sovereign States". That it has signally failed to do, and any interpretation which renders possible the course the Tribunal took, would not be in consonance with the principle of interpretation under discussion.

In the event of two equally acceptable interpretations, one leaving disputed issues still unsettled and one resolving all issues, the teleological approach would weight the balance in favour of the latter. In the present case, the "textual" approach and the "intentions" approach have already led to the latter interpretation and the teleological approach only confirms it.

When, as in the present case, the parties have broken through years of disagreement to reach the stage of referring their dispute to arbitration, the protection of the *compromis* in all its integrity becomes specially important. The Court needs to be vigilant to safeguard the *compromis* and the arbitration against interpretations which defeat their central purpose.

The limited extent to which I have used the teleological method of interpretation obviates any necessity to analyse it further in the present opinion. Looking forward to the future it may be that the teleological method of interpretation, in contrast to strict juristic formalism, may play a greater role in the development of international law¹. Interpretation by reference to the "spirit" of the treaty² or by reference to important values may well receive more recognition as international law develops³. These are questions which the jurisprudence of the future will need to address.

For present purposes it will suffice to observe that the insights to be gained from the teleological method could guard the interpreter from so close an adherence to literal meanings as to cause the fundamental objectives of the document to recede from view.

Interest reipublicae ut sit finis litium applies equally to judicial and arbitral awards, and applies equally to domestic and international litigation. A partial answer that may well result in greater confusion and uncertainty

¹ See the dissenting opinion of Judge Tanaka in *South West Africa, Second Phase*, *I.C.J. Reports 1966*, esp. at pp. 276-278.

² See the dissenting opinion of Judge Alvarez in *Anglo-Iranian Oil Co.*, *I.C.J. Reports 1952*, p. 126; *South West Africa, Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 1962*, p. 336; cf. Lord Diplock's observation in *R v. Henn* (1980) 2 All ER 166 that in interpreting treaties the Court of Justice of the European Communities seeks to give effect to the "spirit" rather than to the letter of treaties.

³ See Rousseau, *Droit international public*, I, p. 29; M. S. McDougal, H. D. Lasswell and J. L. Miller, *The Interpretation of Agreements and World Public Order*, 1967, pp. 39-45; Richard Falk, *The Status of Law in International Society*, 1970, pp. 368-377; *id.*, "On Treaty Interpretation and the New Haven Approach: Achievements and Prospects", (1967-1968) 8 *Virginia Journal of International Law*, p. 323; Julius Stone, "Fictional Elements in Treaty Interpretation — A Study in the International Judicial Process", (1953-1955) *Sydney Law Review*, pp. 363-368.

mission de régler le problème qui avait conduit les Parties devant lui, ou, pour employer les mots de Verzijl, « pour mettre fin à un différend qui est né entre Etats souverains ». C'est ce qu'il n'a absolument pas fait et toute interprétation qui rendrait possible la voie que le Tribunal a prise ne serait pas en harmonie avec le principe d'interprétation à l'examen.

Dans le cas où deux interprétations sont également acceptables, l'une laissant des points en litige sans solution, l'autre les réglant tous, l'approche téléologique devrait faire peser la balance en faveur de la seconde. En l'espèce, l'approche « textuelle » et celle de la recherche des « intentions » ont déjà conduit à cette seconde interprétation et l'approche téléologique ne fait que la confirmer.

Lorsque, comme dans la présente affaire, les parties ont mis un terme à des années de désaccord pour en venir au stade où elles soumettent leur différend à l'arbitrage, la protection du compromis dans son intégralité revêt une importance toute particulière. La Cour se doit d'être vigilante pour mettre le compromis et l'arbitrage à l'abri d'interprétations risquant d'aller à l'encontre de leur but essentiel.

La mesure limitée dans laquelle j'ai usé de la méthode téléologique d'interprétation écarte toute nécessité de l'analyser plus avant dans la présente opinion. Si l'on se tourne vers l'avenir, il se peut que la méthode d'interprétation téléologique puisse, en se substituant au strict formalisme juridique, jouer un rôle accru dans le développement du droit international¹. Il se peut fort bien que la règle qui veut que l'on se réfère, pour l'interprétation, à l'« esprit » du traité² ou à des valeurs importantes devienne plus généralement admise à mesure que le droit international se développera³. Ce sont là des questions que la jurisprudence devra examiner demain.

Dans la présente affaire, il suffira de relever que les horizons qu'ouvre la méthode téléologique peuvent éviter à l'interprète le risque de trop s'attacher au sens littéral des mots et de perdre ainsi de vue les objectifs fondamentaux de l'instrument en question.

L'adage *interest reipublicae ut sit finis litium* s'applique également aux décisions judiciaires et aux sentences arbitrales, aux procédures nationales et aux procédures internationales. Une réponse partielle qui risque

¹ Voir l'opinion dissidente de M. Tanaka dans les affaires du *Sud-Ouest africain, deuxième phase*, C.I.J. Recueil 1966, en particulier p. 276-278.

² Voir l'opinion dissidente de M. Alvarez dans *Anglo-Iranian Oil Co.*, C.I.J. Recueil 1952, p. 126; *Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt*, C.I.J. Recueil 1962, p. 336; voir la remarque de lord Diplock dans *R v. Henn* (1980), 2 *All England Reports*, 166, selon laquelle, lorsqu'elle interprète les traités, la Cour de justice des Communautés européennes cherche à donner effet à l'« esprit » plutôt qu'à la lettre des traités.

³ Voir Rousseau, *Droit international public*, I, p. 29; M. S. McDougal, H. D. Lasswell et J. L. Miller, *The Interpretation of Agreements and World Public Order*, 1967, p. 39-45; Richard Falk, *The Status of Law in International Society*, 1970, p. 368-377; *id.*, « On Treaty Interpretation and the New Haven Approach: Achievements and Prospects », *Virginia Journal of International Law*, 1967-1968, vol. 8, p. 323; Julius Stone, « Fictional Elements in Treaty Interpretation — A Study in the International Judicial Process », *Sydney Law Review*, 1953-1955, p. 363-368.

than prevailed before is not in keeping with this maxim which supplies the principal rationale for the finality of awards.

Article 34 of the Model Rules on Arbitral Procedure adopted by the International Law Commission declares that the arbitral award “shall settle the dispute definitively and without appeal”. It can only do so if it settles the dispute substantially. If it settles part of the dispute, leaving a gaping void yet to be filled by further arbitral determination, one finds it difficult to see how the quality of definitiveness can attach to such an award.

Another facet of the same principle, expressed from the standpoint of the individual litigants rather than the community — *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (its counterpart in criminal law being *nemo debet bis vexari pro uno et eodem delicto*) — also has relevance here, for, after all the trouble and years of delay involved in getting this arbitration off the ground, both Parties were entitled to expect a final resolution of the dispute between them rather than to have to face a second prolonged arbitral process. The fact that an important segment of the dispute was left undecided had an effect precisely the opposite of that contemplated by these maxims.

If I am correct in the principles of interpretation I have applied, it seems to me that there is only one conclusion the Tribunal could have arrived at in regard to Question 2 had it applied the rules of treaty interpretation recognized alike by customary international law and in its codification in the Vienna Convention on Treaties. These rules were binding on the Tribunal and left it with no alternative. Unless it strayed far from the real dispute by giving a literal meaning to phrases such as “negative answer” picked out of their context in violation of those rules of interpretation, it had necessarily to reach the result that it was its duty to enter into Question 2.

It will be noticed that, in this analysis, I have used well-accepted theories of interpretation which may be said to represent the mainstream view as opposed to other theories of interpretation which still do not command general acceptance. I have refrained from using other theories, as a finding which needs to be so definite as to provide a basis for a declaration of nullity requires to be approached along well-trodden ground.

The preceding analysis has made it clear that the one interpretation pointed to by the contextual, “intentions” and teleological methods is that the entire dispute was the subject of the arbitration in general and of Question 1 in particular. It is also clear that the duty of the arbitrators was to have had constantly before them the main object and purpose of the enterprise on which they were engaged — the determination of the entire maritime boundary and the resolution of the acute dispute that had arisen between the Parties.

The conclusions thus arrived at through the use of principles of inter-

fort d'aggraver la confusion et l'incertitude existantes n'est pas conforme à cet adage, qui reflète la principale raison d'être du caractère définitif des sentences.

L'article 34 du modèle de règles sur la procédure arbitrale adopté par la Commission du droit international dispose que la sentence arbitrale «décide définitivement et sans appel la solution du différend». Elle ne peut le faire que si elle règle l'essentiel du différend. Si elle n'en tranche qu'une partie, laissant subsister un vide béant que devra combler une nouvelle décision arbitrale, on voit mal comment une telle sentence peut avoir un caractère définitif.

Un autre aspect du même principe, exprimé du point de vue des plaideurs plutôt que de la communauté — *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (dont le pendant en droit pénal est *nemo debet bis vexari pro uno et eodem delicto*) — est également pertinent en l'espèce car, après tous les efforts qu'elles ont déployés pendant des années pour arriver à cet arbitrage, les deux Parties avaient le droit d'escompter un règlement définitif de leur différend sans avoir à faire face à une deuxième et longue procédure arbitrale. Le fait qu'une part importante du différend n'a pas été tranchée a eu un effet qui est exactement à l'opposé de celui qu'envisagent les adages ci-dessus.

Si je ne me trompe pas dans les principes d'interprétation que j'ai appliqués, il me semble qu'il n'y a qu'une seule conclusion à laquelle le Tribunal aurait pu parvenir concernant la seconde question s'il avait appliqué les règles d'interprétation des traités reconnues à la fois par le droit international coutumier et par sa codification dans la convention de Vienne sur le droit des traités. Ces règles s'imposaient au Tribunal et ne lui laissaient aucune autre possibilité. A moins de beaucoup s'écarter du véritable différend en donnant un sens littéral à des formules telles que «réponse négative» extraites de leur contexte au mépris de ces règles d'interprétation, le Tribunal devait nécessairement parvenir à la conclusion qu'il était tenu d'aborder la seconde question.

On remarquera que, dans cette analyse, j'ai eu recours à des théories d'interprétation très généralement admises, dont on peut dire qu'elles représentent la doctrine principale, à l'inverse d'autres théories d'interprétation qui n'ont pas encore été universellement acceptées. Je me suis abstenu de recourir à d'autres théories car une conclusion qui doit être assez sûre pour permettre de fonder une déclaration de nullité exige qu'on l'examine en se basant sur un terrain solide.

L'analyse qui précède a montré clairement que la seule interprétation à laquelle aboutissent les méthodes de recours au contexte et aux «intentions» et la méthode téléologique est que l'ensemble du différend constituait l'objet de l'arbitrage en général et de la première question en particulier. Il est clair aussi que le devoir des arbitres était d'avoir constamment à l'esprit l'objet et le but essentiels de la tâche qu'ils avaient entreprise, à savoir la détermination de l'ensemble de la frontière maritime et la résolution du grave différend qui avait surgi entre les Parties.

Les conclusions auxquelles on parvient en appliquant les principes

pretation are in fact fortified even further by the Tribunal's own view of the question before it.

The Tribunal was well aware that "the relations" were not confined to the territorial sea, the contiguous zone and the continental shelf, but extended also to the exclusive economic zone and the fishery zone. The ambit of the dispute as extending to all five zones was never in dispute before the Tribunal. The Order of the Tribunal also shows that it was well aware that the boundaries of all five zones were before it for determination. Indeed, the Order is headed, in phraseology no doubt worked out by the Tribunal itself, with the caption "Arbitration Tribunal for the Determination of *the Maritime Boundary*" (emphasis added).

The Tribunal, having decided that the Agreement was — "valid, wholly valid" (Award, para. 82) had to move on to the interpretation of that agreement in the context of the practical dispute that had surfaced between the Parties and was dominating their concern. It was no question of academic interpretation to which the Tribunal was asked to address itself but one firmly embedded in the real world of practical affairs. How did the Tribunal view that task?

To quote its words:

"The *sole object* of the dispute submitted by the Parties to the Tribunal accordingly relates to the determination of *the maritime boundary* between the Republic of Senegal and the Republic of Guinea-Bissau, a question which they have not been able to settle by means of negotiation." (*Ibid.*, para. 27; emphasis added.)

If there were still any doubt regarding the Tribunal's understanding of the question which it was addressing, such doubt is dispelled by the Tribunal itself. It says in paragraph 83 of its Award:

"The Tribunal is not attempting to determine at this point whether there exists a delimitation of the exclusive economic zones 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.*" (Emphasis added.)

If that was the question the Tribunal was seeking to address, the answer it gave was clearly in the negative.

That the dispute related to the entire boundary was thus incontrovertible. That fact, firmly set in concrete, so to speak, provided the mould within which the arbitration was conceived and the *compromis* took its eventual shape — a mould which no interpretation of the *compromis* was free to break through. That was the setting in which Questions 1 and 2 require to be read and if, as we are obliged by Article 31 of the Vienna Convention on Treaties to do, we take into account the object and purpose of the Agreement, that is the conclusion to which we are inexorably led.

d'interprétation se trouvent d'ailleurs renforcées par la conception que le Tribunal lui-même avait de la question qui lui était soumise.

Le Tribunal savait bien que « les relations » ne se limitaient pas à la mer territoriale, à la zone contiguë et au plateau continental, mais s'étendaient aussi à la zone économique exclusive et à la zone de pêche. Il n'a jamais été contesté devant le Tribunal que la portée du différend s'étendît aux cinq zones. La décision qu'il a rendue montre aussi qu'il était conscient du fait que les limites de ces cinq zones lui étaient soumises pour qu'il statue à leur sujet. D'ailleurs, la sentence porte comme en-tête, selon des termes que le Tribunal a certainement choisis lui-même, le titre « Tribunal arbitral pour la détermination de *la* frontière maritime » (les italiques sont de moi).

Ayant décidé que l'accord était « valable, entièrement valable » (sentence, par. 82), il incombait au Tribunal de passer à l'interprétation de cet accord dans le contexte du différend concret qui s'était élevé entre les Parties et qui était au premier rang de leurs préoccupations. La question à laquelle il était ainsi demandé au Tribunal de répondre n'était pas une question d'interprétation académique, mais une question très concrète et fermement enracinée dans le réel. Comment le Tribunal envisageait-il cette tâche ?

Pour citer les termes que le Tribunal a employés :

« *Le seul objet* du différend soumis par les Parties au Tribunal porte donc sur la détermination de la frontière maritime entre la République du Sénégal et la République de Guinée-Bissau, question qu'elles n'ont pu résoudre par voie de négociation. » (*Ibid.*, par. 27 ; les italiques sont de moi.)

S'il devait encore subsister le moindre doute concernant la façon dont le Tribunal avait compris la question qu'il examinait, ce doute est dissipé par le Tribunal lui-même. Au paragraphe 83 de sa sentence, il déclare :

« Le Tribunal ne recherche 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.* » (Les italiques sont de moi.)

Si telle était la question que le Tribunal cherchait à régler, il y a clairement répondu par la négative.

Le fait que le différend avait trait à la frontière dans son ensemble était donc incontestable. Ce fait, solidement gravé dans la pierre, pour ainsi dire, fournissait le moule dans lequel était conçu l'arbitrage, qui a donné au compromis la forme qu'il a revêtue et dont aucune interprétation du compromis n'aurait dû pouvoir sortir. Tel était le contexte dans lequel la première et la seconde question devaient être lues ; et si, comme l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités nous en fait obligation, nous tenons compte de l'objet et du but de l'accord, telle est la conclusion à laquelle nous sommes inexorablement conduits.

It was of course open to the Tribunal to reject the contentions of both Parties in regard to the scope of applicability of the 1960 Agreement and to answer as it did that it applied only to some sectors of the boundary. However, consistently with the object and purpose of the Arbitration Agreement, it could then only read Question 2 as throwing on it the burden of determining that which Question 1 had left undetermined and to complete the task entrusted to it. To settle part of the boundary dispute and leave other matters in a state of suspense, awaiting later determination, was to abdicate its function and defeat its purpose.

The Tribunal has thus failed to interpret the Agreement consistently with its own understanding of the question before it. It has also failed to give effect to its mandatory duty under the Vienna Convention and to accepted rules of interpretation. It has thereby left an important portion of its commitment dangling unresolved. It has increased the problems of the Parties rather than discharged its duty of resolving them. In short, it has lost sight of the *raison d'être* leading to its creation. Such a patent nullifying factor entitles this Court, for reasons set out later in this opinion, to declare that the Award was undermined at its foundations and therefore cannot stand. Having regard to the widespread and increasing reliance on international arbitration as a means for peaceful resolution of disputes, it would have a damaging influence upon this commendable trend if arbitral bodies solemnly charged with the settlement of major issues of this nature should be able, by such restrictive interpretations of their jurisdiction, to avoid the onus and responsibility of deciding the issues committed to their care.

What follows in law from the principles outlined in the preceding discussion?

II. IS THE AWARD A NULLITY?

A consideration of the legal effect on the Award of the circumstances outlined thus far necessitates the examination of a number of legal principles, all of which were the subject of detailed submissions to this Court. The central question to be addressed is whether the manifestly incorrect interpretation of the *compromis* and of the Tribunal's mandate, followed by the Tribunal's consequent course of action, results in the nullity of the Award. If this result follows in law, the further question must be examined whether the Award is a nullity in its entirety or only in regard to the decision not to examine the issues remaining for examination under Question 2.

The ensuing enquiry deals first with the legal presumptions and principles applicable to the protection of the Award. The concepts of nullity and *excès de pouvoir* will then be briefly examined, followed by an examination of the question whether the nullity of an international arbitral award takes effect of its own force or depends on the existence of a Tribunal competent so to declare. Two conceptual questions will then be consid-

Il était bien sûr loisible au Tribunal de rejeter les arguments des deux Parties en ce qui concerne la portée de l'accord de 1960 et de répondre, comme il l'a fait, que cet accord ne s'appliquait qu'à certains secteurs de la frontière. Toutefois, compte tenu de l'objet et du but du compromis d'arbitrage, le Tribunal ne pouvait ensuite lire la seconde question que comme lui imposant de déterminer ce que la première question avait laissé indéterminé et d'achever la tâche qui lui avait été confiée. Régler une partie du différend frontalier en laissant d'autres questions en suspens, dans l'attente d'une détermination ultérieure, était, pour le Tribunal, se dérober à sa fonction et aller à l'encontre de sa raison d'être.

Le Tribunal n'a donc pas interprété le compromis conformément à son propre entendement de la question qui lui était soumise. Il n'a pas non plus donné effet au devoir impératif que lui imposaient la convention de Vienne et les règles d'interprétation reconnues. Ce faisant, il a laissé pendante et sans solution une partie importante de sa tâche. Il a aggravé la difficulté des Parties, au lieu de remplir sa mission, qui était de les résoudre. En bref, il a perdu de vue la raison pour laquelle il avait été créé. Une cause de nullité aussi patente autorise la Cour, pour les raisons exposées plus loin dans la présente opinion, à dire que la sentence était minée dans ses fondements et ne peut donc être maintenue. Eu égard au recours très large et croissant qui s'attache à l'arbitrage international comme moyen de règlement pacifique des différends, cette louable tendance risquerait d'être compromise si des organes arbitraux solennellement chargés de régler des questions majeures de cette nature pouvaient, en interprétant leur compétence de façon aussi restrictive, éluder la charge et la responsabilité de trancher les questions confiées entre leurs mains.

Quelles sont les conséquences qui découlent en droit des principes esquissés dans l'examen qui précède ?

II. LA SENTENCE EST-ELLE NULLE ?

Pour analyser l'effet juridique sur la sentence des circonstances décrites jusqu'ici, il faut examiner un certain nombre de principes juridiques qui ont tous fait l'objet de conclusions détaillées devant la Cour. La question centrale est de savoir si l'interprétation manifestement incorrecte du compromis et de la mission confiée au Tribunal, ainsi que la conduite ultérieure du Tribunal, entraîne la nullité de la sentence. Si telle est la conséquence en droit, il faut alors se demander si la sentence est nulle en sa totalité ou seulement en ce qui concerne la décision de ne pas examiner les points restant à trancher dans le cadre de la seconde question.

Dans l'étude qui suit, on traitera d'abord des présomptions et principes juridiques applicables à la protection de la sentence avant d'examiner brièvement les concepts de nullité et d'excès de pouvoir. On verra ensuite si la nullité d'une sentence arbitrale prend effet par elle-même ou si elle dépend de l'existence d'un tribunal ayant compétence pour en juger. Il faut alors considérer deux questions conceptuelles, qui sont celles de

ered — whether the failure to answer Question 2 was the subject of a decision and whether a negative decision cannot constitute an *excès de pouvoir*, as submitted by Senegal. A brief examination follows of Guinea-Bissau's contention that the decision is nullified in consequence of absence of reasons and of Senegal's submission that the principle of *compétence de la compétence* places questions of interpretation within the exclusive domain of the Tribunal. The enquiry concludes with a somewhat more extended discussion of the principle of severability as applied to the issues already decided and those awaiting decision.

Burden of proof of invalidity of Arbitral Award

As Balasko has written in his celebrated work ¹, the validity of the arbitral award is to be presumed.

In the *Arbitral Award Made by the King of Spain (I.C.J. Reports 1960, p. 192, at p. 206)*, this Court acted on the principle that the burden lay upon the party contending that the award is invalid. The ensuing enquiry is undertaken on this basis and with due deference to the presumption of validity. The burden of displacing that presumption lies on Guinea-Bissau and that burden, having regard to the importance of the finality of arbitral awards, is a heavy one. Moreover, the contention of Guinea-Bissau (public sitting of 4 April 1991, CR 91/3, pp. 85-87) that, in the case of a patent flaw, the burden of proof of validity lies upon the parties seeking to uphold it is not entitled to succeed. This opinion proceeds upon the basis that the party impugning the award is at all times under the burden of proving that sufficiently weighty circumstances exist to support its contention that the award is invalid.

Protection of the Award and protection of the compromis

The Republic of Senegal has urged before us, and rightly so, that we should, when invited to pronounce upon the validity of an award, bear in mind that the institution of arbitration represents one of the major achievements of the international legal order. A heavy burden of responsibility thus rests upon an international tribunal which is invited to make a declaration that an arbitral award, entered under a valid *compromis* freely contracted between the parties, is null and void. Such a declaration is not one to be lightly sought or lightly granted by any court.

At the same time it should be observed that a proper respect for international arbitration involves not only respect for the award but also respect for the *compromis* which provides the foundation on which the award stands. While, therefore, one must respect the integrity and finality of the arbitral award, the principle of deference to the award cannot entrench awards regardless of major discrepancies between the conduct of the arbi-

¹ A. Balasko, *Causes de nullité de la sentence arbitrale en droit international public*, 1938, p. 201.

savoir si le fait de ne pas répondre à la seconde question a résulté d'une décision et si une décision négative ne peut pas constituer un excès de pouvoir, ainsi que le Sénégal l'affirme. On examinera ensuite brièvement la thèse de la Guinée-Bissau, selon laquelle la décision est frappée de nullité en conséquence de l'absence de motivation, et celle du Sénégal, selon laquelle le principe de la compétence de la compétence fait que les questions d'interprétation sont du ressort exclusif du Tribunal. L'on analysera enfin un peu plus en détail le principe de séparabilité tel qu'appliqué aux problèmes déjà réglés et à ceux restant en suspens.

Charge de la preuve de l'invalidité de la sentence arbitrale

Comme Balasko l'a écrit dans son ouvrage célèbre¹, la validité d'une sentence arbitrale doit être présumée.

Dans l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne* (C.I.J. Recueil 1960, p. 206), la Cour a suivi le principe selon lequel la charge de la preuve incombe à la partie prétendant que la sentence est invalide. L'étude qui suit part de ce principe et tient dûment compte de la présomption de validité. La charge de renverser cette présomption incombe à la Guinée-Bissau et cette charge, compte tenu de l'importance du caractère définitif des sentences arbitrales, est lourde. De plus, la thèse de la Guinée-Bissau (audience publique du 4 avril 1991, CR 91/3, p. 85-87) selon laquelle, dans le cas d'un vice patent, c'est à la partie qui défend la sentence qu'il incombe de prouver qu'elle est valide ne saurait être accueillie. La présente opinion part de l'idée que la partie qui conteste la sentence doit dans tous les cas prouver l'existence de facteurs de suffisamment de poids à l'appui de son allégation d'invalidité de la sentence.

Protection de la sentence et protection du compromis

La République du Sénégal a soutenu devant la Cour, et ce à juste titre, que lorsque nous sommes appelés à nous prononcer sur la validité d'une sentence nous devons garder à l'esprit que l'institution de l'arbitrage représente l'une des grandes réalisations de l'ordre juridique international. Lourde est donc la responsabilité qui pèse sur une juridiction internationale invitée à déclarer nulle une sentence arbitrale rendue en vertu d'un compromis valide librement conclu par les parties. Une telle déclaration de nullité ne doit pas être demandée à la légère, et aucune juridiction ne doit la prononcer à la légère.

Dans le même temps, il convient de noter que le respect qui est dû à l'arbitrage international exige non seulement le respect de la sentence mais aussi celui du compromis qui est la base sur laquelle la sentence repose. En conséquence, si l'on doit respecter l'intégrité et le caractère définitif de la sentence arbitrale, ce principe de déférence à l'égard des sentences ne saurait les protéger quelle que soit la gravité des écarts entre

¹ A. Balasko, *Causes de nullité de la sentence arbitrale en droit international public*, 1938, p. 201.

tration and the course charted out for it by the *compromis*. Far from preserving respect for the arbitral institution, such an approach would undermine the proper respect the institution should command. Absolute finality can only be bought at the cost of detriment to arbitration as an institution.

There is a natural tension between the two principles outlined, and the demarcation of the borderline between them is hence a task calling for anxious consideration. In that task we are called upon to weigh the benefits of certainty against the danger of departures from the *compromis* and there is no set formula that will match these considerations against each other. The Court's task is not an easy one. Yet, as with so many instances in the law where opposing principles compete for supremacy, there are cases where the one consideration is present in so strong a measure that the other must clearly recede. This case is one such.

The jurisprudence of international law offers us many examples where the principle of the integrity of the *compromis* has prevailed over that of the integrity of the award. For example, where a tribunal, invited to decide whether one party or the other should be awarded sovereignty over a territory does not decide this question but examines rather whether there should be a servitude over the territory, the award clearly cannot stand (as happened in the *Aves Island* case of 1865 where the Queen of Spain was arbitrator¹). So, also, where an arbitrator, invited to choose between two boundary lines, recommends a third line, he clearly oversteps the limit of his authority². These are cases clearly travelling beyond the scope of the arbitrator's authority.

As will be discussed later, decisions can take a positive or negative form. One can take a decision to act when the *compromis* clearly requires one not to act, just as one can take a decision not to act where the *compromis* clearly requires one to act. In both cases alike the decision is one beyond the scope of the arbitrator's authority and involves the arbitrator in stepping out, so to speak, from the frame of the *compromis*. When this happens the resulting decision can command no claim to validity, for it is not based on that bedrock of mutual consent which is a prerequisite to arbitral authority. The award, lacking that foundation, cannot sustain itself or command recognition.

The concept of nullity

A brief prefatory note will clarify the terminology adopted in this section, as confusion is sometimes caused in the area of nullity by the some-

¹ A. de Lapradelle and N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Vol. II, p. 404, at p. 414.

² See the *Northeastern Boundary: Arbitration under the Convention of September 29, 1827*, where the King of the Netherlands, invited to choose between the boundary lines, recommended, in his award of 1831, a third line (Moore, *International Arbitrations*, Vol. I, pp. 133-136).

la voie suivie par l'arbitrage et le cap que lui traçait le compromis. Loin de préserver le respect de l'institution arbitrale, une telle attitude saperait le respect véritable que cette institution mérite. Imposer de façon absolue le caractère définitif de la sentence ne peut se faire qu'au détriment de l'arbitrage en tant qu'institution.

Il existe une tension naturelle entre les deux principes décrits, et un examen scrupuleux s'impose donc pour les délimiter. Ce faisant, il nous est demandé de peser les avantages de la certitude et le danger des écarts par rapport au compromis, et il n'existe pas de formule toute faite qui permette d'harmoniser ces considérations entre elles. La tâche de la Cour n'est pas une tâche aisée. Pourtant, comme cela arrive si souvent en droit, quand des principes s'opposent et visent à l'emporter les uns sur les autres, il est des cas où une considération se présente avec tant de force que l'autre doit à l'évidence passer au second plan. La présente affaire appartient à cette catégorie.

La jurisprudence internationale fournit de nombreux exemples dans lesquels le principe de l'intégrité du compromis l'a emporté sur celui de l'intégrité de la sentence. Ainsi, lorsqu'un tribunal invité à décider laquelle des deux parties au différend doit se voir accorder la souveraineté sur un territoire ne tranche pas cette question mais examine s'il doit exister une servitude sur le territoire, la sentence ne peut évidemment pas être maintenue (comme cela s'est passé dans l'affaire de l'*Ile Aves* en 1865, la reine d'Espagne étant l'arbitre¹). C'est ainsi également que, lorsqu'un arbitre chargé de choisir entre deux lignes frontalière recommande une troisième, il outrepassé manifestement les limites de son pouvoir². Ce sont là des affaires où il est clair que les pouvoirs de l'arbitre ont été outrepassés.

Comme on le verra plus loin, une décision peut prendre une forme positive ou négative. On peut décider d'agir lorsque le compromis exige clairement de ne pas le faire tout comme l'on peut prendre la décision de ne pas agir lorsque le compromis exige clairement que l'on agisse. Dans l'un et l'autre cas, on est en présence d'une décision qui outrepassé le pouvoir de l'arbitre et qui conduit ce dernier à sortir, pour ainsi dire, du cadre du compromis. En pareil cas, on ne peut soutenir que la décision qui en résulte est valable car elle ne repose pas sur ce fondement du consentement mutuel qui est la condition préalable au pouvoir arbitral. Sans ce fondement, la sentence ne peut se tenir ni être reconnue.

La notion de nullité

Quelques brèves observations liminaires éclairciront la terminologie adoptée dans cette section car, en matière de nullité, les connotations

¹ A. de Lapradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, p. 414.

² Voir l'affaire de la *Northeastern Boundary: Arbitration under the Convention of September 29, 1827*, dans laquelle le roi des Pays-Bas, prié de choisir entre les lignes frontalière, a, dans sa sentence de 1831, recommandé une troisième ligne (Moore, *International Arbitrations*, vol. I, p. 133-136).

what different connotations which different legal systems attach to some of the expressions used.

Contract, matrimonial law and, more recently, administrative law are traditionally areas where domestic legal systems have had to make distinctions between the results caused by a variety of vitiating factors. The terminology of international law in regard to nullity has its antecedents in those concepts of domestic law. The common law and the civil law have differing approaches to the categorization of the resulting juristic situations.

The civil law differentiates at least three distinct types of legal status resulting from a vitiating factor while the common law, broadly speaking, contents itself with two. The word "nullity" as used in the one system is not therefore identical with the word as used in the other. The language of international law in this field seems in general to have followed the phraseology of the civil law.

The three principal types of nullity, as referred to in the literature of international law, are

- (i) inexistence;
- (ii) absolute nullity; and
- (iii) nullity resulting from the act of annulment by a competent authority¹.

The term "inexistence" is not a term of the common law. Rather, the common law distinguishes between acts which are:

- (i) void; and
- (ii) voidable, i.e., those which retain their validity and are productive of legal effects unless and until they are set aside by competent authority, in which case the nullity may operate retrospectively.

Category (iii) in the first group of terms would be classified as voidable in the common law, and when the term "nullity" is used in international law it may well be to describe a situation which is only voidable under the common law.

When the term "nullity" is used in this opinion it will not be used in sense (iii) — i.e., not in the sense of voidability — for this Court is not sitting in appeal or review and is not engaged in the exercise of invalidating an order that would otherwise be valid. It is engaged rather in the task of making a pronouncement in relation to the existing status of the Award made by the Arbitration Tribunal.

A word needs to be said to clarify the distinction between categories (i) and (ii) in the first classification.

¹ See R. Y. Jennings, "Nullity and Effectiveness in International Law", *Cambridge Essays in International Law: Essays in Honour of Lord McNair*, 1965, pp. 65-67.

quelque peu différentes que les divers systèmes juridiques attachent à certaines des expressions utilisées sont parfois source de confusion.

Le droit des contrats, le droit matrimonial et, plus récemment, le droit administratif sont des domaines où les systèmes juridiques nationaux ont traditionnellement dû faire des distinctions entre les résultats de toute une série de vices. La terminologie du droit international en matière de nullité a son origine dans ces notions de droit interne. Les systèmes de la *common law* et du droit civil diffèrent par leur manière de classer les situations juridiques qui en résultent.

Le système de droit civil distingue au moins trois types de statut juridique résultant d'un vice alors que, généralement parlant, la *common law* se contente de deux. La signification du mot « nullité » n'est donc pas identique dans l'un et l'autre système. En règle générale, la terminologie du droit international semble dans ce domaine s'être alignée sur celle du système de droit civil.

Les trois principaux types de nullité relevés par les publicistes sont :

- i) l'inexistence;
- ii) la nullité absolue; et
- iii) la nullité résultant de l'annulation par une autorité compétente¹.

Le terme « inexistence » n'est pas un terme de *common law*. La *common law* distingue entre les actes qui sont :

- i) nuls; et
- ii) annulables, c'est-à-dire ceux qui conservent leur validité et produisent des effets juridiques tant qu'ils n'ont pas été annulés, par une autorité compétente, auquel cas la nullité peut produire des effets rétroactifs.

La catégorie iii) du premier groupe entrerait, en *common law*, dans celle des actes annulables et lorsque le terme nullité est utilisé en droit international ce peut très bien être pour décrire le statut d'un acte qui, pour la *common law*, est seulement annulable.

Lorsque le terme « nullité » est utilisé dans la présente opinion, il ne le sera pas au sens iii) — c'est-à-dire au sens d'annulabilité — car la Cour ne siège pas en appel ni en révision et n'a pas pour mission d'invalider un acte qui par ailleurs serait valide. Elle a à se prononcer sur le statut de la sentence rendue par le Tribunal arbitral.

Quelques mots sont nécessaires pour clarifier la distinction entre les catégories i) et ii) dans la première classification.

¹ Voir R. Y. Jennings, « Nullity and Effectiveness in International Law », *Cambridge Essays in International Law: Essays in Honour of Lord McNair*, 1965, p. 65-67.

The inexistent order is one which is no order at all. A person with no judicial authority who purports to make a judicial order would produce an "order" which could be described as non-existent. In no circumstance can this so-called "order" produce any legal consequences whatsoever. It was never a juristic act at all. If, in this case, there was not in fact a majority in favour of the Tribunal's decision by virtue of the President's vote being vitiated by his declaration, that would have been a case of inexistence, which of course is not the position here.

On the other hand, one may have to deal with an order or juristic act which, though regular on the face of it, is rendered illegal by a factor extraneous to the procedural regularity of its creation. For example, a treaty which offends against a rule of *jus cogens*, though complying fully with all the requirements of procedural regularity in its creation, can still be null and void owing to a factor lying outside those procedural formalities. As Jennings points out:

"the treaty may fulfil all the requirements for a valid treaty and is void not because it lacks an essential ingredient of a valid treaty but because it offends against the general rule of the *jus cogens* . . . The treaty that offends against a rule of the *jus cogens* is not so because it lacks an essential ingredient but, on the contrary, precisely because it is a treaty." (*Op. cit.*, pp. 66-67.)

In other words an act which is a nullity because it offends some fundamental principle is in a different category from an act which was never a juristic act at all.

Inexistence and absolute nullity are thus distinguishable one from the other although they have this in common that they are nullities from their very inception and do not require the declaration of a competent tribunal or a court to render them devoid of legal consequences.

This case has been presented solely on the basis that the act in question, namely the Award of the Tribunal, is inexistent or a nullity *ab initio* requiring no invalidation from this Court, but only a declaration that such act is and has been a nullity from the commencement. The Applicant itself has stressed that it is not addressing any argument to this Court as though it were sitting in appeal or review. This rules out from our consideration the question of voidability.

Senegal has advanced the argument that, inasmuch as no act of avoidance is involved in making a declaration of nullity, the role of a court making such a declaration is reduced to that of a mere mechanical endorser of a pre-existing state of affairs. This contention of Senegal cannot be upheld. Declarations of nullity have an important juristic significance, and the jurisdiction to make such declarations in appropriate circumstances enhances rather than diminishes the role of the Court as a custodian of international law and its principles. Indeed, through the exercise of this jurisdiction, the Court can play a role in imparting a dynamic nature to this developing department of international jurisprudence and

L'acte inexistant n'est pas un acte du tout. Une personne n'ayant aucun pouvoir judiciaire qui prétendrait rendre une décision judiciaire produirait une « décision » qui pourrait être qualifiée d'inexistante. En aucun cas, cette prétendue « décision » ne peut produire d'effets juridiques. Elle n'a jamais constitué un acte juridique. Si, dans cette affaire, il n'y avait pas en fait eu de majorité pour la décision du Tribunal au motif que le vote du président était vicié par sa déclaration, il y aurait eu inexistance, ce qui bien entendu n'est pas le cas ici.

D'autre part, on peut avoir affaire à une décision ou à un acte juridique qui, bien que régulier en apparence, est illégal pour un motif sans rapport avec la régularité procédurale de sa création. Par exemple, un traité qui va à l'encontre d'une règle du *jus cogens*, bien que créé en pleine conformité avec toutes les prescriptions de régularité procédurale, peut néanmoins être nul pour un motif sans rapport avec ces formalités procédurales. Comme le fait observer Jennings :

« le traité peut remplir toutes les conditions pour être un traité valide et être nul non parce qu'il lui manque un élément essentiel d'un traité valide mais parce qu'il va à l'encontre de la règle générale du *jus cogens*... Un traité qui va à l'encontre d'une règle du *jus cogens* n'a pas cet effet parce qu'il lui manque un ingrédient essentiel, mais, au contraire, précisément parce qu'il est un traité. » (*Op. cit.*, p. 66-67.)

En d'autres termes, un acte qui est nul parce qu'il va à l'encontre d'un principe fondamental ne relève pas de la même catégorie qu'un acte qui n'a jamais été un acte juridique.

L'inexistence et la nullité absolue peuvent donc être distinguées bien qu'elles aient ceci en commun qu'elles sont des nullités dès le départ et qu'une déclaration d'un tribunal ou d'une juridiction compétente n'est pas nécessaire pour les priver d'effets juridiques.

La présente affaire, telle qu'elle a été soumise à la Cour, repose uniquement sur l'hypothèse que l'acte en question, à savoir la sentence du Tribunal, est inexistant ou nul *ab initio*, et que la Cour n'a pas besoin de l'invalider mais qu'il lui suffit de le déclarer nul depuis l'origine. La requérante elle-même a souligné qu'elle ne s'adresse pas à la Cour en tant qu'instance d'appel ou de révision. Pour cette raison, nous n'avons pas besoin d'examiner la question de l'annulabilité.

Le Sénégal a avancé l'argument selon lequel, étant donné qu'aucun acte d'annulation n'est requis pour une déclaration de nullité, le rôle du tribunal qui fait une telle déclaration se réduit à avaliser de façon purement mécanique un état de fait préexistant. Cette thèse du Sénégal ne peut être retenue. Les déclarations de nullité ont une signification juridique importante et la compétence pour faire de telles déclarations dans les circonstances appropriées accroît plutôt qu'elle ne diminue le rôle de la Cour en sa qualité de gardienne du droit international et de ses principes. En exerçant cette compétence, la Cour peut contribuer à donner un caractère dynamique à cette branche en développement de la jurisprudence inter-

help to mould it in a manner which will protect the integrity and prestige of the arbitral process.

Development of the concept of nullity

International law, though still an infant science, has made remarkable progress since the days of Grotius who, at a very rudimentary stage of its evolution, perceived the need to clothe the international arbitral decision with finality and unquestioned validity¹. The foundations of international arbitration had then to be solidly laid. Yet the law could not remain static and after early inroads upon the principle of finality, made by such writers as Pufendorf, later writers have built upon those foundations a structure increasingly responsive to the varied situations for which it must cater in a changing world.

In the developing jurisprudence that has ensued there appear the names of a galaxy of writers who analyse in great detail the circumstances in which an award can be considered a nullity². As early as 1873 the Institute of International Law adopted a *Règlement* concerning the procedure of arbitral tribunals. Article 27 of the *Règlement* provided that an arbitral award is null and void in certain cases, one of which is excess of authority.

This is not to say that respected voices were not heard supporting the opposite view. The illustrious de Martens, for example, at the Hague Convention of 1899, argued strongly against the possibility of nullifying or revising an arbitral award³. So, also, the Hague Conventions of 1899 and 1907 in their articles relating to arbitration speak of arbitration orders as being final and without appeal and do not specify causes of nullity (see Articles 48 and 54 of 1899 and Articles 73 and 81 of 1907).

Yet the weight of opinion has long swung in favour of the view that the validity of arbitral awards is not absolute. The Report of the International Law Commission, 1958, states in regard to the annulment of the award that:

“Neither the Special Rapporteur nor the Commission itself has accepted the categorical theory that an arbitral award should be

¹ Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, Book III, Chap. XX (XLVI), in *The Classics of International Law*, ed. J. B. Scott, Vol. II, p. 823.

² Guinea-Bissau in its Memorial in the present proceedings (para. 63, footnote) cites an array of publicists including A. Balasko, F. Bondil, E. Borel, F. Castberg, A. El Ouali, P. Guggenheim, W. G. Hertz, M. A. Pierantoni, G. Salvioli, M. Reisman, J. H. W. Verzijl, J. G. Wetter and J. C. Witenberg. To this list may be added Hall, Oppenheim, Brierly, Hyde, Fauchille, Nys, Heffter, Bluntschli, Fiore, Twiss and Rolin among others.

³ See *Proceedings of the Hague Peace Conferences: Conference of 1899*, p. 186.

nationale et à la façonner d'une manière qui protégera l'intégrité et le prestige du processus arbitral.

Développement de la notion de nullité

Le droit international, quoique étant encore une science dans l'enfance, a fait des progrès remarquables depuis l'époque de Grotius qui, à un stade très primitif de son évolution, avait perçu la nécessité d'investir la décision arbitrale internationale d'un caractère définitif et d'une validité incontestée¹. Les fondements de l'arbitrage international devaient alors être solidement posés. Mais le droit ne pouvait demeurer statique et après que des auteurs comme Pufendorf ont ouvert les premières brèches dans le principe du caractère définitif de la sentence, la doctrine plus récente a édifié sur ces bases une structure de plus en plus adaptée à la diversité des situations auxquelles elle doit répondre dans un monde en mutation.

Au fur et à mesure que la théorie du droit se développait, un grand nombre d'auteurs sont apparus qui analysaient de manière très approfondie les circonstances dans lesquelles une sentence pouvait être considérée comme nulle². Dès 1873, l'Institut de droit international a adopté un règlement concernant la procédure des tribunaux arbitraux. L'article 27 de ce règlement disposait qu'une sentence arbitrale est nulle dans certains cas, notamment en cas d'abus d'autorité.

Cela n'est pas à dire que des voix respectées n'aient pas exprimé l'opinion opposée. L'illustre de Martens, par exemple, à la conférence de La Haye de 1899, a vigoureusement combattu la possibilité d'annuler ou de réviser une sentence arbitrale³. De même, les conventions de La Haye de 1899 et 1907, dans leurs articles relatifs à l'arbitrage, décrivent les sentences arbitrales comme définitives et sans appel et n'indiquent pas de causes de nullité (voir articles 48 et 54 de la convention de 1899 et articles 73 et 81 de la convention de 1907).

Néanmoins, c'est l'opinion selon laquelle la validité des sentences arbitrales n'est pas absolue qui a depuis longtemps prévalu. Dans son rapport de 1958, la Commission du droit international déclare ce qui suit en ce qui concerne l'annulation d'une sentence :

« Le rapporteur spécial et la Commission elle-même n'ont pas adhéré à la doctrine absolue selon laquelle la sentence arbitrale

¹ Grotius, *De jure belli ac pacis*, livre III, chap. XX (XLVI), dans *The Classics of International Law*, publié sous la direction de J. B. Scott, vol. II, p. 823.

² Dans son mémoire déposé en la présente instance (par. 63, note de bas de page), la Guinée-Bissau cite toute une série de publicistes et notamment A. Balasko, F. Bondil, E. Borel, F. Castberg, A. El Ouali, P. Guggenheim, W. G. Hertz, M. A. Pierantoni, G. Salvioli, M. Reisman, J. H. W. Verzijl, J. G. Wetter et J. C. Witenberg. A cette liste, on peut ajouter Hall, Oppenheim, Brierly, Hyde, Fauchille, Nys, Heffter, Bluntschli, Fiore, Twiss et Rolin, entre autres.

³ Voir *Conférence internationale de la paix, 1899, Procès-verbaux des séances de la Conférence*, p. 186.

treated as final even if found to be morally unacceptable or practically unenforceable.”¹

Further developments and refinements of the bases of nullity must necessarily ensue, and this Court will no doubt be called upon to play an important role in evolving the principles that will enable the balance to be held true, between the principle of finality and the due recognition of vitiating factors.

The nullity of an award given without jurisdiction is moreover a well-accepted proposition in domestic legal systems. In the common law one of the classic texts on the finality of judgments and awards states :

“it is quite clearly established that, wherever the arbitral tribunal has exceeded the jurisdiction with which it has been invested by the agreement of the parties, or by the order of the court, or by the statute, the award, so far from operating as *res judicata*, is deemed an absolute nullity either in whole, or in part, as the case may be”².

In the civil law the principle that an arbitrator cannot exceed the terms of his authority is a time-honoured one going all the way back to the Roman maxim *arbiter nihil extra compromissum facere potest*. The principle that arbitrators cannot exceed their powers and decide points which have not really been submitted to them was adopted by international law at a very early stage³.

Excès de pouvoir *and* *infra petita*

The doctrine has been continuously developed since its formulation by early writers such as Vattel (*op. cit.*), especially under the rubric of *excès de pouvoir*, and numerous cases have built around it a considerable body of jurisprudence. One has only to look at treatises such as that of Dr. Verzijl⁴ to see the numerous major cases where the plea of *excès de pouvoir* has been raised over a long historical period. Within the rubric of *excès de pouvoir*, *infra petita* covers the case where a tribunal runs counter to its *compromis* in not addressing issues it was required to address.

Excès de pouvoir is one of the most invoked rubrics of nullity and one of the areas where arbitral law will continue to face challenges and require development. Although the Parties, both of civil law jurisdictions, pre-

¹ *Yearbook of the International Law Commission*, 1958, Vol. 2, p. 11.

² G. Spencer Bower and A. K. Turner, *Res Judicata*, 2nd ed., p. 102.

³ Vattel, *Le droit des gens*, 1758 (para. 329), in *The Classics of International Law*, ed. J. B. Scott, Carnegie Institution of Washington, 1916, Vol. 3, p. 224, translated by G. Fenwick.

⁴ J. H. W. Verzijl, *op. cit.*, p. 577.

devait être considérée comme définitive, même si elle se révélait comme moralement inacceptable ou pratiquement inapplicable.»¹

De nouveaux développements et affinements des motifs de nullité doivent nécessairement en découler et la Cour sera certainement appelée à jouer un rôle important en développant les principes qui permettront de réaliser un véritable équilibre entre le principe qu'une sentence est définitive et la reconnaissance, quand il y a lieu, de l'existence de vices.

La nullité d'une sentence rendue en l'absence de compétence est de plus un principe bien accepté dans les systèmes juridiques internes. En *common law*, l'un des textes classiques sur le caractère définitif des jugements et des sentences déclare :

«il est clairement établi que lorsqu'un tribunal arbitral outrepassa la compétence dont il a été investi par la convention des parties, par la décision du tribunal ou par la loi, sa sentence, loin d'avoir l'autorité de la chose jugée, est considérée comme frappée de nullité absolue soit dans sa totalité, soit en partie, selon le cas»².

Dans les systèmes de droit civil, le principe selon lequel un arbitre ne peut outrepasser son autorité est consacré depuis longtemps puisqu'il remonte à l'adage romain *arbiter nihil extra compromissum facere potest*. Le principe qui veut que les arbitres ne peuvent outrepasser leurs pouvoirs et trancher des points qui ne leur ont pas été véritablement soumis a été adopté très tôt en droit international³.

Excès de pouvoir et infra petita

La doctrine s'est continuellement développée depuis sa formulation par les premiers publicistes tels que Vattel (*op. cit*), en particulier sous la rubrique de l'excès de pouvoir, et de nombreuses affaires ont constitué autour d'elle une jurisprudence considérable. Il suffit de consulter des traités comme celui de Verzijl⁴, pour voir qu'au cours de l'histoire les grandes affaires où l'excès de pouvoir a été invoqué ont été nombreuses. Dans la catégorie des excès de pouvoir, on entend par décision *infra petita* le cas où un tribunal est allé à l'encontre du compromis en n'examinant pas les problèmes qu'il était requis de trancher.

L'excès de pouvoir est l'un des motifs de nullité les plus invoqués et l'un des domaines dans lesquels le droit de l'arbitrage continuera d'être confronté à des défis et devra être développé. Bien que les Parties, toutes

¹ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1958, vol. 2, p. 11.

² G. Spencer-Bower et A. K. Turner, *Res judicata*, 2^e éd., p. 102.

³ Vattel, *Le droit des gens*, 1758 (par. 329), dans *The Classics of International Law*, publié sous la direction de J. B. Scott, Carnegie Institution of Washington, 1916, vol. 3, p. 224.

⁴ J. H. W. Verzijl, *op. cit*, p. 577.

ferred to couch their arguments in terms of *excès de pouvoir*, similar concepts of total nullity find a place in the jurisprudence of other legal systems, including the common law, where the concept of *ultra vires* has recently received extended development in the context of administrative¹ and arbitral² law. In Islamic jurisprudence, likewise, a similar notion of nullity existed under the well-recognized principle of legitimacy. Under this principle, all acts, procedures, dispositions and final decisions of the public authorities at any level were held to be invalid and not legally binding as to the people they affected, save to the extent that they were consistent with the law³. The basic notion of the nullity of an act performed without the requisite authority thus enjoys wide recognition in the world's legal systems.

In the present case, the *infra petita* doctrine perhaps encapsulates the relevant principle even more neatly, for the Tribunal has fallen short of performing that which it should have performed and in this way acted as it was not entitled to act.

Is nullity automatic or dependent on the existence of a competent tribunal?

The next stage of enquiry is into the question whether such nullity is restricted to cases where a tribunal with necessary authority exists to make such a pronouncement or whether the nullity is automatic, producing an instant effect irrespective of the existence or absence of a tribunal competent so to declare.

The latter position is not free of difficulty. One logical consequence of recognizing the concept of automatic nullity is that it gives to dissatisfied parties a legal rubric under which they can unilaterally repudiate an inconvenient award. Parties can then become judges in their own cause and the finality that should attend arbitral awards would theoretically be gravely impaired.

The difficulty was analysed by Sir Hersch Lauterpacht, who, in 1928⁴, pointed out that it results from the co-existence of three rules of international law, each of which individually seems to be inherently sound.

¹ See H. W. R. Wade, *Administrative Law*, 1988, pp. 39-48.

² M. J. Mustill and S. C. Boyd, *Commercial Arbitration*, 1989, pp. 554-555. This work states that non-compliance with certain essential requisites constitutes a patent flaw which could invalidate an award. Among these requisites is the following: "The award must be complete in that it contains an adjudication upon all the issues submitted to arbitration" (p. 556).

³ O. A. al-Saleh, "The Rights of the Individual to Personal Security in Islam", in M. C. Bassiouni, *The Islamic Criminal Justice System*, 1982, p. 85.

⁴ "The Legal Remedy in Case of Excess of Jurisdiction", *BYBIL*, 1928, p. 118.

deux des pays de droit civil, aient préféré présenter leurs arguments au titre de l'excès de pouvoir, des notions analogues de nullité totale existent dans la jurisprudence d'autres systèmes juridiques, y compris la *common law*, où la notion d'acte *ultra vires* a récemment été considérablement développée dans le contexte du droit administratif¹ et du droit arbitral². En droit islamique, de même, une notion de nullité analogue existait en vertu du principe, largement reconnu, de légitimité. Selon ce principe, tous actes, procédures, dispositions et décisions définitives des autorités publiques, à quelque niveau que ce soit, étaient tenus pour non valables et juridiquement non obligatoires à l'égard des intéressés s'ils n'étaient pas conformes à la loi³. La notion fondamentale selon laquelle un acte accompli sans le pouvoir nécessaire est nul est donc largement reconnue dans les systèmes juridiques du monde entier.

En l'espèce, la doctrine en matière de décisions *infra petita* définit peut-être plus exactement encore le principe en question, car le Tribunal a manqué d'exercer la fonction qu'il aurait dû remplir et a de la sorte agi de la façon dont il n'avait pas le droit d'agir.

La nullité est-elle automatique ou est-elle subordonnée à l'existence d'un tribunal compétent pour la déclarer ?

L'étape suivante de l'examen porte sur la question de savoir si cette nullité est limitée aux cas où il existe un tribunal ayant la compétence nécessaire pour la prononcer ou si la nullité est automatique et d'effet instantané, même en l'absence de tribunal compétent pour la déclarer telle.

Ce dernier point de vue ne va pas sans difficultés. Une conséquence logique de l'acceptation de la nullité de plein droit est qu'elle donne aux parties mécontentes un moyen juridique leur permettant de refuser unilatéralement toute validité à une sentence qui ne leur convient pas. Les parties peuvent ainsi devenir juges de leur propre cause, ce qui risque en théorie de porter gravement atteinte au caractère définitif qui doit s'attacher aux sentences arbitrales.

Cette difficulté a été analysée par sir Hersch Lauterpacht qui, en 1928⁴, a fait observer qu'elle résulte de la coexistence de trois règles du droit international, dont chacune, prise individuellement, semble être intrinsèquement saine.

¹ Voir H. W. R. Wade, *Administrative Law*, 1988, p. 39-48.

² M. J. Mustill et S. C. Boyd, *Commercial Arbitration*, 1989, p. 554-555. Dans cet ouvrage, les auteurs font valoir que l'inobservation de certaines conditions essentielles constitue un *vice flagrant* qui peut invalider une sentence. Parmi ces conditions, ils indiquent la suivante : « la sentence doit être complète en ceci qu'elle contient une décision sur l'ensemble des problèmes soumis à l'arbitrage » (p. 556).

³ O. A. al-Saleh, « The Rights of the Individual to Personal Security in Islam », dans M. C. Bassiouni, *The Islamic Criminal Justice System*, 1982, p. 85.

⁴ « The Legal Remedy in Case of Excess of Jurisdiction », *BYBIL*, 1928, p. 118.

Lauterpacht lists these three rules as follows:

- (a) The arbitrator is competent to interpret the instrument conferring jurisdiction upon him and that is virtually to determine the scope of his competence.
- (b) In so doing, he must not disregard the terms of reference under which the tribunal has been created.
- (c) Owing to the deficiencies of judicial organization of the international community and the absence of an appropriate tribunal no sanction is attached to the disregard of the second principle in consequence of which, as a rule, the awards of arbitral tribunals are final and without appeal.

Though each rule taken by itself is apparently sound, in combination they produce conflicts which, as Lauterpacht points out, are a fruitful source of discredit for the whole institution of international arbitration. Lauterpacht observes that the possibility of the defeated party disobeying an adverse award exposes a sound juridical principle

“to legal inefficacy and to abuse, inasmuch as it affords an opportunity for cloaking with the garb of legality an essentially law-defying disposition” (*op. cit.*).

However, he goes on to observe that the remedy is easily supplied by the exercise of a simple and strictly judicial function and that the existence of a judicial tribunal with authority to determine whether the arbitrator had exceeded the terms of reference could be a solution. That judicial tribunal he points out is now existent in the shape of the Permanent Court of International Justice “which is pre-eminently qualified to decide legal questions bearing upon the interpretation of treaties”.

The weight of juristic authority is against the view that an award must stand as binding in the absence of a tribunal competent to set it aside. Thus Professor J. L. Brierly¹ describes such a view² as a “startling thesis” and points out that such an interpretation does not appear to have occurred to most authors writing on the subject of awards since the Hague Conventions. He cites among others Hall, Oppenheim, Fauchille and Nys. Among these authors, Hall says:

“An arbitral decision may be disregarded in the following cases: viz. when the tribunal has clearly exceeded the powers given to it by the instrument of submission . . .”³

¹ “The Hague Conventions and the Nullity of Arbitral Awards”, *BYBIL*, 1928, p. 115.

² As expressed by Professor A. de Lapradelle in *Revue de droit international*, 1928, No. 5, pp. 5-64.

³ W. E. Hall, *International Law*, 8th ed. (by Pearce Higgins), 1924, p. 420.

Il énumère ces trois règles comme suit :

- a) L'arbitre est compétent pour interpréter l'instrument qui lui confère compétence, c'est-à-dire, virtuellement, pour déterminer l'étendue de sa compétence.
- b) Ce faisant, il ne doit pas méconnaître le compromis par lequel le tribunal a été créé.
- c) En raison des déficiences de l'organisation judiciaire de la communauté internationale et de l'absence de tribunal approprié, aucune sanction ne s'attache à la méconnaissance du second principe, en conséquence de quoi, en règle générale, les sentences des tribunaux arbitraux sont définitives et sans appel.

Bien que chacune de ces règles, prises individuellement, soit apparemment saine, leur combinaison produit des conflits qui, comme le fait observer Lauterpacht, portent gravement atteinte au crédit de toute l'institution de l'arbitrage international. Lauterpacht note que la possibilité que la partie ayant succombé n'obéisse pas à une sentence qui lui est contraire expose un principe juridique sain

« à l'inefficacité juridique et à des abus, dans la mesure où elle permet de présenter sous l'apparence de la légalité une disposition essentiellement contraire au droit » (*op. cit.*).

Il poursuit toutefois en relevant qu'il est facile d'y porter remède par l'exercice d'une fonction simple et strictement judiciaire et que l'existence d'un tribunal judiciaire compétent pour déterminer si l'arbitre a outrepassé son mandat peut être une solution. Ce tribunal judiciaire existe, déclare-t-il, il s'agit de la Cour permanente de Justice internationale « qui est qualifiée au premier chef pour trancher des questions juridiques touchant l'interprétation des traités ».

La majorité des auteurs réfute l'opinion selon laquelle une sentence est obligatoire en l'absence d'un tribunal compétent pour l'annuler. Ainsi, J. L. Brierly¹ décrit cette opinion² comme une « thèse stupéfiante » et fait observer qu'une telle interprétation ne semble pas être venue à l'idée de la plupart des auteurs qui ont écrit sur le sujet des sentences depuis l'adoption des conventions de La Haye. Il cite notamment Hall, Oppenheim, Fauchille et Nys. Parmi ceux-ci, Hall déclare :

« Une décision arbitrale peut être écartée dans les cas suivants : par exemple lorsqu'il est clair que le tribunal a excédé les pouvoirs que lui conférait le compromis... »³

¹ « The Hague Conventions and the Nullity of Arbitral Awards », *BYBIL*, 1928, p. 115.

² Telle qu'elle a été exprimée par A. de Lapradelle dans la *Revue de droit international*, 1928, n° 5, p. 5-64.

³ W. E. Hall, *International Law*, 8^e éd. (sous la direction de Pearce Higgins), 1924, p. 420.

and Oppenheim :

“it is obvious that an arbitral award is only binding provided that the arbitrators have in every way fulfilled their duty as umpires . . . Should they have been bribed, or not followed their instructions . . . the award would have no binding force whatever.”¹

Among the prominent publicists who support the view that, where the arbitrators have proceeded without authority, their awards would carry no weight, are Vattel² and Phillimore³.

Brierly points out that, although “it is undesirable that the complainant state should assume to decide the question of nullity for itself, and although agreements for a further reference to arbitration have sometimes been made by states in such a case” (for example, the *Orinoco Steamship Co.* case), “there is no warrant in law for saying that unless such a reference takes place . . . the complainant party is without remedy . . .”⁴.

Further, although the Hague Conference, being unable to propose a satisfactory *procedure* for adjudicating on questions of nullity, thought it best to say nothing about the *substantive* law of nullity, it is to be noted that the report of chevalier Descamps showed that it hoped that when the Permanent Court of Arbitration came to be established States would come to use it for deciding allegations of nullity.

Although inconveniences and practical difficulties can result from the principle of absolute nullity there can thus be no theoretical difficulty in accepting the concept, even in the absence of a tribunal with competence to make the requisite declaration.

It would be difficult for a country to take it upon itself unilaterally to disregard a solemn international arbitration and to act in defiance of the presumption that the arbitral award is binding. As Brierly observes :

“In practice also the fact that the appreciation of a cause of nullity is left to the state affected is not so grave a defect as it seems in principle. It is not easy for a state to refuse execution of an award on the ground of nullity, and instances where it has done so have been rare.”⁴

In this case Guinea-Bissau has very properly sought to have an authoritative declaration of what it states is the legal position and has not chosen to act unilaterally on the basis of its own view.

Reference may also be made in this context to Judge Winiarski’s indi-

¹ L. Oppenheim, *International Law*, 4th ed., Vol. II, pp. 27-28.

² *Op. cit.*, pp. 223-224.

³ R. J. Phillimore, *Commentaries upon International Law*, 3rd ed., Vol. 3 [1885], p. 3.

⁴ *Op. cit.*, p. 116.

et Oppenheim :

« il est évident qu'une sentence arbitrale n'est obligatoire qu'à condition que les arbitres se soient à tout point de vue acquittés de leur devoir en tant qu'arbitres... S'ils ont été corrompus ou n'ont pas suivi leurs instructions ... la sentence n'aura pas la moindre force obligatoire. »¹

Parmi les éminents publicistes qui estiment que lorsque les arbitres ont agi sans autorité leur sentence ne sera d'aucun poids, on peut citer Vattel² et Phillimore³.

Brierly fait observer que bien qu'« il ne soit pas souhaitable que l'Etat plaignant prenne sur lui de trancher par lui-même la question de la nullité, et bien qu'en pareil cas des Etats aient parfois conclu des accords en vue d'une nouvelle soumission à l'arbitrage » (par exemple dans l'affaire de l'*Orinoco Steamship Co.*), « il n'est pas justifié en droit de dire qu'en l'absence d'une telle soumission ... l'Etat plaignant est sans recours... »⁴

De plus, bien que la conférence de La Haye, incapable de proposer une *procédure* satisfaisante pour trancher les questions de nullité, ait préféré ne rien dire du *fond* du droit de la nullité, le rapport du chevalier Descamps montre qu'elle espérait que lorsque la Cour permanente d'arbitrage viendrait à être établie, les Etats l'utiliseraient pour statuer sur les allégations de nullité.

Bien que le principe de la nullité absolue puisse être source d'inconvénients et de difficultés pratiques, il n'existe ainsi aucune difficulté théorique qui empêche de l'accepter en tant que concept, même en l'absence d'un tribunal compétent pour faire la déclaration nécessaire.

Il serait difficile pour un pays de prendre unilatéralement la responsabilité de faire fi d'un arbitrage international solennel et d'agir au mépris de la présomption de validité qui s'attache à la sentence arbitrale. Comme Brierly fait observer :

« Le fait que l'appréciation d'une cause de nullité est laissée à l'Etat affecté n'est pas en pratique un défaut aussi grave qu'il semble l'être en principe. Il n'est pas facile pour un Etat de refuser d'exécuter une sentence au motif qu'elle est nulle, et les cas où les Etats l'ont fait sont rares. »⁴

Dans la présente affaire, la Guinée-Bissau a très légitimement voulu obtenir une déclaration faisant autorité de ce qu'elle déclare être la situation juridique et elle n'a pas choisi d'agir unilatéralement en se fondant sur sa propre opinion.

On peut aussi citer dans ce contexte l'opinion individuelle de

¹ L. Oppenheim, *International Law*, 4^e éd., vol. II, p. 27-28.

² *Op. cit.*, p. 223-224.

³ R. J. Phillimore, *Commentaries upon International Law*, 3^e éd., vol. 3 [1885], p. 3.

⁴ *Op. cit.*, p. 116.

vidual opinion in the *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal* case (*I.C.J. Reports 1954*, p. 65). That opinion, which has been described as the traditional view, was as follows:

“An arbitral award, which is always final and without appeal, may be vitiated by defects which make it void; in this event, a party to the arbitration will be justified in refusing to give effect to it. This is not by virtue of any rule peculiar to ordinary arbitration between States; it is a natural and inevitable application of a general principle existing in all law: not only a judgment, but any act is incapable of producing legal effects if it is legally null and void.”¹

There does not therefore seem to be any logical difficulty in the concept of a court declaring a state of nullity to have existed prior to its declaration. Indeed such a declaration made in appropriate circumstances by a court possessed of the necessary jurisdiction is a powerful means of ensuring the integrity of international arbitration.

Was the failure to answer Question 2 the subject of a decision?

The Tribunal took the view that it was not called upon to reply to Question 2. Paragraph 87, which contains this information, is very tersely expressed:

“*Bearing in mind* the above conclusions reached by the Tribunal and the *actual wording of Article 2* of the Arbitration Agreement, *in the opinion* of the Tribunal it is not called upon to reply to the second question.” (Emphasis added.)

Does this constitute a decision? Did the Tribunal just happen to wander into a course of inaction or was there a considered decision not to act?

A decision is by definition the process of making up one's mind. One reaches thereby a conclusion which may or may not be formally expressed.

In *Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal* (*I.C.J. Reports 1973*, p. 166), this Court dealt with the question whether an omission by a tribunal to exercise jurisdiction with respect to a certain submission made to it constituted a decision. The Court held (at p. 193) that the test was whether the Tribunal had addressed its mind to the matters on which the plea was based, and not the merely formal one of verifying whether the plea had been mentioned *eo nomine* in the substantive part of the judgment.

The question of failure to exercise jurisdiction came before this Court again in *Application for Review of Judgement No. 333 of the United Nations*

¹ W. Michael Reisman, *Nullity and Revision: The Review and Enforcement of International Judgments and Awards*, 1971, p. 423.

M. Winiarski dans l'affaire de l'*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité* (C.I.J. Recueil 1954, p. 65). Cette opinion, qui a été qualifiée d'opinion traditionnelle, était la suivante :

« Une sentence arbitrale, qui est toujours définitive et sans appel, peut être entachée de nullité; dans ce cas la partie à l'arbitrage est justifiée dans son refus de l'exécuter. Ceci n'est pas une règle propre au seul arbitrage ordinaire entre Etats; c'est une application naturelle et inévitable du principe général de tout droit: non seulement un arrêt, mais aucun acte ne peut produire d'effets légaux s'il est juridiquement nul. »¹

Il ne semble donc y avoir aucune difficulté logique à ce qu'un tribunal déclare qu'un état de nullité a existé avant sa déclaration. Une telle déclaration, faite dans des circonstances appropriées par un tribunal ayant la compétence nécessaire, contribuerait même puissamment à garantir l'intégrité de l'arbitrage international.

L'absence de réponse à la seconde question a-t-elle fait l'objet d'une décision ?

Le Tribunal a estimé qu'il n'avait pas à répondre à la seconde question. Il le dit au paragraphe 87 de la sentence de manière extrêmement concise :

« *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.* » (Les italiques sont de moi.)

Ceci constitue-t-il une décision ? Le Tribunal s'est-il sans y penser laissé aller à l'inaction ou bien a-t-il pris une décision réfléchie de ne pas agir ?

Par définition, une décision est le processus consistant à arrêter son opinion. On parvient par ce processus à une conclusion qui peut être ou ne pas être exprimée formellement ou non.

Dans l'avis consultatif qu'elle a rendu sur la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies* (C.I.J. Recueil 1973, p. 166), la Cour a traité de la question de savoir si le fait qu'un tribunal ait omis d'exercer sa juridiction à propos d'une certaine demande qui lui avait été présentée constituait une décision. La Cour a jugé (p. 193) que le critère était de savoir si le Tribunal avait fait porter sa réflexion sur les bases de la demande et qu'on ne saurait recourir aux critères purement formels qui consistent à s'assurer qu'elle figure nommément dans les motifs du jugement.

La question de l'omission d'exercer la juridiction a été à nouveau portée devant la Cour dans l'affaire de la *Demande de réformation du juge-*

¹ W. Michael Reisman, *Nullity and Revision: The Review and Enforcement of International Judgments and Awards*, 1971, p. 423.

Administrative Tribunal (I.C.J. Reports 1987, p. 18) where, even in the absence of an express decision specifically rejecting or upholding the relevant contention, this Court found that the Tribunal clearly made a decision, though by implication (at p. 45). What was important was whether “the Tribunal addressed its mind” to the matters on which the contention was based “and drew its own conclusions therefrom” (at p. 44).

It thus seems clear beyond argument that there was a conscious decisional process involved, however terse the language used to describe it. The Tribunal has brought its mind to bear upon two factors — the conclusions it has already reached and the wording of Article 2. It has considered the bearing of one upon the other. It has formed an opinion. It has made up its mind that it will not decide the issue raised in Question 2. It has reached a decision.

The absence of amplified reasons does not take away from the fact that it is a decision. Whether ill- or well-considered, the decision not to answer an important question addressed to it — a decision not to act — was as much a decision as its converse.

That decision was one fraught with far-reaching consequences, for both the Parties and the Tribunal were aware that the disputes regarding the exclusive economic zone and the fishery zone were a vital part of the matters in contention between the Parties. The disputes would continue unabated if the arbitration left them unresolved. Hence the decision was not a decision only in the formal or semantic sense but one on which grave practical consequences turned. The step of not deciding Question 2 was indeed a decision and a momentous one at that.

A negative decision can constitute an excès de pouvoir

To quote Carlston, “the tribunal . . . derives its life and vitality from the *compromis*. Respect for its constitutive treaty is its cardinal rule of action.”¹ Consequently, the *compromis* becomes the constant point of reference for the tribunal on every matter concerning its powers, duties and scope of action.

We have here a situation where a *compromis* calls upon the arbitrators to resolve a certain dispute. It maps out for them the area in which their determination is required. Its object and purpose are clear. The Parties to it have committed to the Tribunal the resolution of their entire dispute. The terms of the *compromis* are so drafted as to entitle the Parties to expect an order which will settle this troublesome matter finally and definitively. The essential outcome represents a clear conflict between the course mapped out in the *compromis* and that chosen by the Tribunal.

¹ K. S. Carlston, *The Process of International Arbitration*, 1946, p. 64.

ment n° 333 du Tribunal administratif des Nations Unies (C.I.J. Recueil 1987, p. 18) où, même en l'absence d'une décision expresse rejetant ou acceptant spécifiquement la thèse pertinente, la Cour a jugé que le Tribunal avait nettement décidé, encore qu'implicitement (p. 45). Ce qui comptait, c'était de savoir si « le Tribunal avait fait porter sa réflexion » sur les éléments qui sous-tendaient cette thèse et en avait « tiré ses propres conclusions » (p. 44).

Il semble donc incontestable qu'il y a eu en l'espèce un processus de décision conscient, quelque abrupt qu'ait pu être le langage utilisé pour le décrire. Le Tribunal a réfléchi à deux facteurs — les conclusions auxquelles il était déjà parvenu et le libellé de l'article 2. Il a examiné leur effet réciproque. Il s'est formé une opinion. Il a décidé qu'il ne trancherait pas le problème soulevé à la seconde question. Il est parvenu à une décision.

L'absence de motifs très amples ne change pas le fait qu'il y a bien eu décision. Qu'elle fût mûrement réfléchie ou mal avisée, la décision du Tribunal de ne pas répondre à une question importante qui lui était posée — la décision de ne pas agir — était tout autant une décision que l'aurait été la décision opposée.

Cette décision avait des conséquences considérables, car tant les Parties que le Tribunal savaient que les différends relatifs à la zone économique exclusive et à la zone de pêche représentaient une part essentielle des questions en litige entre les Parties. Les différends subsisteraient avec autant d'acuité si l'arbitrage les laissait sans solution. Ainsi, la décision n'était pas une décision uniquement au sens formel ou sémantique, mais une décision qui avait des conséquences pratiques graves. La décision de ne pas répondre à la seconde question n'était pas seulement une décision : c'était une décision capitale.

Une décision négative peut constituer un excès de pouvoir

Pour citer Carlston, « le Tribunal ... tient son existence et sa vitalité du compromis. Le respect de son acte constitutif est sa principale règle de conduite. »¹ En conséquence, le compromis devient le point de référence constant pour le Tribunal sur toute question concernant ses pouvoirs, ses obligations et sa compétence.

En l'espèce, nous sommes en présence d'un compromis qui invite les arbitres à résoudre un certain différend. Il circonscrit pour eux le domaine dans lequel leur décision est requise. Son objet et son but sont clairs. Les Parties au compromis ont confié au Tribunal le règlement de la totalité de leur différend. Les termes du compromis sont ainsi libellés qu'ils autorisent les Parties à attendre une sentence qui règlera ce problème gênant de manière définitive. Pour l'essentiel, le résultat fait clairement ressortir un conflit entre la démarche envisagée dans le compromis et celle choisie par le Tribunal.

¹ K. S. Carlston, *The Process of International Arbitration*, 1946, p. 64.

Senegal urged before us (public sitting of 5 April 1991, CR 91/4, pp. 60-61) that the omission to act, far from being an *excès de pouvoir*, is rather the non-exercise of a power which has been conferred and that “an omission is the very opposite of a usurpation”.

This submission is not entitled to succeed. The negative fact of inaction ensues from and connotes an affirmative decision. Affirmative decisions attract the tests of *excès de pouvoir* and do not repel them or render them irrelevant merely because the decision is a decision not to act.

This is a conclusion confirmed both by high juristic authority and by the insights of modern analytical jurisprudence. Balasko enumerates the categories of *excès de pouvoir* in public international law as follows:

“Il est bien entendu que l’excès de pouvoir du tribunal peut être commis non seulement par action, mais *par omission, par inaction, par abstention*, par manquement aux règles prescrites dans le compromis ou par la nature et le but de la fonction juridictionnelle. *Ainsi le tribunal doit juger tout point prévu au compromis, fût-il d’avis qu’il n’y a pas lieu de l’examiner.*”¹

A negative decision is thus clearly within the categories of decisions which can attract the principles of *excès de pouvoir*.

In the words of a detailed treatise on nullity and revision of international awards:

“There can be little doubt that review competence extends to negative decisions: a decision either to disavow jurisdiction initially (for reasons of defective jurisdiction, inadmissibility, or lack of a showing of adequate ‘legal interest’) or to reject on grounds of the merits. In terms of value allocation, these decisions are indistinguishable from positive decisions; hence their grounds are equally susceptible to nullification. Indeed, the *Orinoco* case and the *Caracas* arbitrations were nullified because too little, and in some claims nothing at all, was decreed.

From the standpoint of policy, no distinction should be drawn between positive and negative decisions. The conditions which necessitate review can obtain for both . . .”²

Much light is thrown on problems such as this by the insights of modern analytical jurisprudence especially in its researches on the semantics of legal language. Such studies as that of Julius Stone³ have shown how semantic variations in the formulation of the self-same issue produce dif-

¹ A. Balasko, *op. cit.*, p. 200; emphasis added.

² Reisman, *op. cit.*, pp. 441-442.

³ *Legal System and Lawyers’ Reasonings*, 1964, pp. 241 *et seq.*

Le Sénégal a argué devant nous (audience publique du 5 avril 1991, CR 91/4, p. 60-61) que loin de constituer un excès de pouvoir, le fait de ne pas agir représente le non-exercice d'un pouvoir qui a été conféré et qu'« une omission est l'opposé même d'une usurpation ».

Cette thèse ne saurait être accueillie. Le fait négatif que constitue l'inaction découle d'une décision positive et dénote une telle décision. Les décisions positives sont justiciables des principes de l'excès de pouvoir; ceux-ci ne sont pas écartés ni privés de pertinence pour la seule raison qu'une décision est une décision de ne pas agir.

Cette conclusion est confirmée tant par les plus éminents juristes que par la doctrine analytique la plus récente. Balasko énumère comme suit les catégories d'excès de pouvoir en droit international public :

« Il est bien entendu que l'excès de pouvoir du tribunal peut être commis non seulement par action, mais *par omission, par inaction, par abstention*, par manquement aux règles prescrites dans le compromis ou par la nature et le but de la fonction juridictionnelle. *Ainsi le tribunal doit juger tout point prévu au compromis, fût-il d'avis qu'il n'y a pas lieu de l'examiner.* »¹

Une décision négative entre donc à l'évidence dans les catégories de décisions auxquelles les principes de l'excès de pouvoir sont applicables.

Pour citer un traité très complet sur la nullité et la révision des sentences internationales :

« Il n'est guère douteux que la compétence de révision s'étend aux décisions négatives : une décision soit de décliner d'emblée la compétence (pour incompétence, irrecevabilité ou défaut « d'intérêt légal ») soit de débouter pour des motifs de fond. En termes d'allocation de valeurs, ces décisions ne peuvent être distinguées des décisions positives; leurs motifs peuvent donc tout aussi bien être annulés. De fait, dans les affaires de l'*Orinoco* et des arbitrages de la *Commission mixte de Caracas*, les décisions ont été annulées parce qu'elles décidaient trop peu, et dans le cas de certaines demandes, rien du tout.

Du point de vue des principes, il n'y a pas à distinguer entre décisions positives et décisions négatives. Les conditions qui nécessitent une révision peuvent exister pour les unes comme pour les autres... »²

Des problèmes tels que celui-ci s'éclairent beaucoup grâce aux idées de la doctrine analytique moderne, en particulier dans le domaine des recherches sur la sémantique de la langue juridique. Des études telles que celle de Julius Stone³ ont montré comment des formulations verbales

¹ A. Balasko, *op. cit.*, p. 200; les italiques sont de moi.

² Reisman, *op. cit.*, p. 441-442.

³ *Legal System and Lawyers' Reasonings*, 1964, p. 241 et suiv.

ferent legal answers if one permits the form of the question to overshadow its underlying meaning. One is not here asking whether the Tribunal acted affirmatively or did not act but whether the decision it took was one which it was or was not entitled to take. Following in the wake of research by distinguished jurists of both the common law and the civil law traditions, these explorations of the meaning of meaning stress the importance of the referent behind the form of words, rather than the words themselves.

The proposition that a decision not to act cannot constitute a usurpation of power is clearly untenable. The crucial question for decision is not whether there was action or inaction but whether the course followed, be it positive or negative, was so far out of alignment with the *compromis* as to constitute a serious departure therefrom.

Reisman in his study of nullity reflects this thinking when he observes:

“Non-decision is simply a different form for articulating a substantive decision. A decision — a controlling value allocation — can, obviously, be articulated in many forms. Once an organized arena has been seised of a matter, however, it cannot escape decision. Its culminating behavior, whatever the manifest purport and form, will have value consequences . . . In particular, students should consider the full range of effects caused by clothing a substantive decision in the form of a non-decision . . .

‘Decisions refusing to decide’ — or ‘nondecisions’ — are real decisions no matter how they are characterized . . .” (*Op. cit.*, pp. 625-626.)

The decision not to answer Question 2 meant that the Tribunal was of its own accord releasing itself from a major portion of the task entrusted to it by the *compromis*. It departed from its terms, context and object. It also defeated the main purpose of arbitration in general, which is to resolve disputes, for it left even more unsettled than before the contentions between the Parties. It was not a decision the Tribunal was entitled to make under the treaty which was its charter of authority.

The absence or insufficiency of reasons

The necessity for reasons in an arbitral award is of course obvious as it removes any appearance of arbitrariness in the Tribunal’s decision. It is a long-established and well-respected rule.

Article 31 of the International Law Commission’s Model Rules on Arbitral Procedure, adopted by the Commission in 1958, states that, “The award shall state the reasons on which it is based for every point on which it rules.”

différentes de la même question aboutissent à des réponses juridiques différentes si on laisse la forme de la question prendre le pas sur sa signification profonde. En l'occurrence, on ne se demande pas si le Tribunal a agi de façon positive ou s'il n'a pas agi mais si la décision qu'il a prise est une décision qu'il avait ou non le droit de prendre. Faisant suite aux travaux d'éminents juristes de traditions tant de *common law* que de droit civil, ces recherches sur le sens soulignent l'importance du référent occulté derrière les mots par rapport aux mots eux-mêmes.

La thèse selon laquelle une décision de ne pas agir ne peut constituer une usurpation de pouvoir est à l'évidence indéfendable. La question essentielle à trancher n'est pas de savoir s'il y a eu action ou inaction mais si la voie suivie, qu'elle soit positive ou négative, était si peu conforme au compromis qu'elle constituait un manquement grave à celui-ci.

Dans son étude consacrée à la nullité, Reisman développe ce point de vue lorsqu'il déclare :

« La non-décision est simplement une manière différente de formuler une décision de fond. Une décision — une allocation de valeurs déterminante — peut à l'évidence être présentée sous diverses formes. Toutefois, une fois qu'une instance organisée a été saisie d'une question, elle ne peut échapper à une décision. Le point ultime de son comportement, quelles qu'en soient l'intention et la forme manifestes, aura des conséquences sur le plan des valeurs... En particulier, les étudiants devraient examiner l'ensemble des effets causés par la présentation d'une décision de fond sous la forme d'une non-décision...

Les « décisions refusant de décider » — ou « non-décisions » — sont de véritables décisions, quelle que soit la manière dont on les qualifie... » (*Op. cit.*, p. 625-626.)

La décision de ne pas répondre à la seconde question signifiait que le Tribunal se soustrayait de son propre chef à une part importante de la tâche qui lui était confiée par le compromis. Elle constituait un manquement à ses termes, à son contexte et à son objet. Elle était également contraire à l'objectif principal de l'arbitrage en général, qui est de régler les différends, car elle laissait les différends entre les Parties encore moins résolus qu'auparavant. Ce n'était point une décision que le Tribunal avait le droit de prendre en vertu du compromis définissant ses pouvoirs.

L'absence ou l'insuffisance de motifs

La nécessité de motiver une sentence arbitrale est bien sûr évidente, car elle ôte toute apparence d'arbitraire à la décision du Tribunal. C'est une règle établie de longue date et respectée.

L'article 31 du modèle de règles sur la procédure arbitrale adopté en 1958 par la Commission du droit international dispose : « La sentence arbitrale doit être motivée sur tous les points. »

There have been occasional instances of major international arbitrations in which no reasons have been given for the award, as for instance in the *Portendick* arbitration of 1843 between France and Great Britain in which the arbitrator was the King of Prussia. However, such award without reasons immediately attracted criticism from learned publicists even at that early stage in the evolution of international arbitral law. The *Portendick* arbitration was criticized by Fauchille¹ and in 1897 when President Cleveland failed to give reasons for his decision in the *Cerruti* arbitration between Colombia and Italy, this was criticized by Darras².

Scelle, the eminent Special Rapporteur to the International Law Commission, referred in his report to the rule that a judgment should be accompanied by a statement of the reasons on which it is based. Describing this as a firmly established principle which had acquired the force of law, he added:

“There would appear to be no point in stressing these undisputed principles here, and it is enough to emphasize the need for a statement of reasons. A judgment unaccompanied by a statement of reasons is not a judgment, but a mere opinion.”³

In the case of the *King of Spain's Award*, one of the grounds of nullity urged by Nicaragua was that there was an inadequacy of reasons given by the arbitrator in support of his conclusions. However the Court held that the award dealt in logical order and in some detail with all the relevant considerations and that it contained ample reasoning and explanations in support of the arbitrator's conclusions. The allegation was therefore rejected.

In the present case, the Tribunal has set out rather scantily the factors which weighed with it in reaching its decision not to answer Question 2. No reason has been given in respect of its decision not to append a map, beyond a reliance on its decision not to address Question 2.

This seems unsatisfactory. Yet it does not follow that these circumstances by themselves are sufficient to ground a finding of nullity. The Tribunal has, however scantily, set out some reasons for its decision and it is not necessary to consider this matter further, as other grounds exist for a finding of nullity. However, it is to be hoped, in the interests of proper arbitral practice, that such inadequate statements of reasons will not be looked upon in the future as adequate foundations on which to rest important portions of an award.

¹ Doctrinal note in de Lapradelle and Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Vol. 1, pp. 543-544.

² *Revue générale de droit international public*, 1899, Vol. 6, p. 547.

³ Scelle, *Report on Arbitration Procedure*, A/CN.4/18, 21 March 1950, p. 67.

Il est arrivé que dans certaines grandes affaires d'arbitrage international les sentences n'aient pas été motivées, comme par exemple dans l'affaire *Portendick* (1843) entre la France et la Grande-Bretagne dans laquelle l'arbitre était le roi de Prusse. Toutefois, cette sentence, non motivée, a immédiatement suscité les critiques de publicistes éminents, alors même que l'évolution du droit international de l'arbitrage n'en était qu'à ses débuts. La sentence rendue dans l'affaire *Portendick* a été critiquée par Fauchille¹, et lorsqu'en 1897 le président Cleveland n'a pas motivé sa sentence dans l'affaire *Cerruti* opposant la Colombie et l'Italie, il s'est attiré les critiques de Darras².

Scelle, l'éminent rapporteur spécial de la Commission du droit international, rappelle dans son rapport la règle selon laquelle une sentence doit être motivée. En qualifiant ces règles de « choses acquises et passées en « force de droit », il a ajouté :

« Il paraît sans intérêt d'insister sur des points hors de contestation et suffisant de souligner la clause de la motivation. Une sentence non motivée n'est pas une sentence, mais une simple opinion. »³

Dans l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne*, l'un des motifs de nullité invoqués par le Nicaragua était que l'arbitre n'avait pas suffisamment motivé ses conclusions. La Cour a toutefois considéré que la sentence traitait en ordre logique et avec quelque détail de toutes les considérations pertinentes et que les conclusions de l'arbitre étaient fondées sur un raisonnement et des explications suffisants. Le grief a donc été jugé sans fondement.

Dans la présente affaire, le Tribunal a exposé de manière plutôt succincte les facteurs qui l'ont amené à prendre sa décision de ne pas répondre à la seconde question. Il n'a donné aucun motif en ce qui concerne sa décision de ne pas annexer de carte, se contentant d'une référence à sa décision de ne pas répondre à la seconde question.

Cela ne semble pas satisfaisant. Mais il ne s'ensuit pas que ces circonstances, en elles-mêmes, soient suffisantes pour fonder une décision de nullité. Pour succinctement qu'il l'ait fait, le Tribunal a bien exposé certains motifs de sa décision et il n'est pas nécessaire d'examiner la question plus avant, puisque d'autres motifs existent pour conclure à la nullité. Toutefois, il est à espérer, dans l'intérêt d'une pratique arbitrale correcte, que des motivations inadéquates de ce genre ne seront pas considérées à l'avenir comme des bases suffisantes sur lesquelles fonder des éléments importants d'une sentence.

¹ Note doctrinale dans de Lapradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. 1, p. 543-544.

² *Revue générale de droit international public*, 1899, vol. 6, p. 547.

³ Scelle, *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, A/CN.4/18, 21 mars 1950, p. 139.

The principle of compétence de la compétence

It has been argued in this case that questions of interpretation of the *compromis* are a matter for the Tribunal itself and that questions of its powers and jurisdiction are within its exclusive domain. The principle invoked is the principle of *compétence de la compétence*.

This principle, which is in tension with the principle *extra compromissum arbiter nihil facere potest*¹, evolved at an early stage of the development of international arbitration as a necessary attribute of the independence of arbitrators. Though they were nominees of the contending parties they needed to shake themselves clear of any appearance of continuing dependence on their principals in regard to matters concerning the scope of their arbitral powers. When a dispute arose as to the interpretation of the clause conferring jurisdiction upon them, this was therefore treated as a matter entirely for the arbitrators, and rightly so.

The rule of *compétence de la compétence*, now well recognized in international law, is embodied in Article 6, paragraph 6, of the Statute of this Court and in Article 10 of the Model Rules on Arbitral Procedure, 1958, of the International Law Commission².

The rule was clearly enunciated by the Permanent Court of International Justice in its Advisory Opinion in the *Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926*:

“it is clear — having regard amongst other things to the principle that, as a general rule, any body possessing jurisdictional powers has the right in the first place itself to determine the extent of its jurisdiction — that questions affecting the extent of the jurisdiction of the Mixed Commission must be settled by the Commission itself without action by any other body being necessary” (*P.C.I.J., Series B, No. 16, p. 20*).

Yet there must naturally be limits upon this principle as Senegal itself has so properly recognized in its Counter-Memorial in the present proceedings in paragraph 64 of which it states:

“It is nevertheless true — and Guinea-Bissau is right on this point — that a court’s jurisdiction over its own competence is not unlimited: the court may thus not usurp powers which manifestly do not follow from the text of the jurisdictional clause, interpreted in the light of the relevant principles of international law. If a court were thus to exceed its powers, the result would be to render its decision null and void in whole or in part.”

¹ Jennings, *op. cit.*, pp. 83-84.

² See also J. H. Ralston, *International Arbitral Law and Procedure*, 1910, pp. 21 *et seq.*; and C. Rousseau, *Droit international public*, Vol. V: *Les rapports conflictuels*, 1983, No. 311, p. 323.

Le principe de la compétence de la compétence

Il a été soutenu en l'espèce que les questions d'interprétation du compromis relevaient du Tribunal lui-même et que lui seul était juge de ses pouvoirs et de sa compétence. Le principe invoqué est celui de la compétence de la compétence.

Ce principe, qui est en conflit avec l'adage *extra compromissum arbiter nihil facere potest*¹, est apparu tôt dans le développement de l'arbitrage international en tant qu'attribut nécessaire de l'indépendance des arbitres. Bien que ces derniers fussent nommés par les parties adverses, il fallait qu'ils se départissent de toute apparence de dépendance à l'égard de leurs mandants relativement aux questions concernant la portée de leurs pouvoirs d'arbitres. Tout différend quant à l'interprétation de la clause attribuant compétence aux arbitres était donc considéré comme relevant entièrement de leurs attributions, et ce à juste titre.

La règle de la compétence de la compétence, aujourd'hui bien établie en droit international, est consacrée à l'article 6, paragraphe 6, du Statut de la Cour et à l'article 10 du modèle de règles sur la procédure arbitrale (1958) adopté par la Commission du droit international².

Cette règle a été clairement énoncée par la Cour permanente de Justice internationale dans son avis consultatif relatif à l'*Interprétation de l'accord gréco-turc du 1^{er} décembre 1926*:

«il est clair — en tenant compte notamment du principe suivant lequel, en règle générale, tout organe possédant des pouvoirs juridictionnels a le droit de se prononcer en premier lieu lui-même sur l'étendue de ses attributions dans ce domaine — que les questions touchant l'étendue de la juridiction de la commission mixte doivent être résolues par la commission elle-même sans que l'intervention d'une autre instance quelconque soit nécessaire». (*C.P.J.I. série B n° 16*, p. 20.)

Il existe pourtant des limites à ce principe, comme le Sénégal l'a si justement reconnu au paragraphe 64 de son contre-mémoire en la présente instance:

«Il est toutefois vrai, et l'on doit suivre la Partie adverse sur ce point, que la compétence de la compétence d'un tribunal n'est pas illimitée: un tribunal ne saurait en effet usurper des pouvoirs qui, manifestement, ne ressortent pas du texte du titre de compétence interprété à la lumière des principes pertinents du droit international. L'excès de pouvoirs ainsi commis par le tribunal peut entraîner la nullité totale ou partielle de sa décision.»

¹ Jennings, *op. cit.*, p. 83-84.

² Voir aussi J. H. Ralston, *International Arbitral Law and Procedure*, 1910, p. 21 et suiv.; et C. Rousseau, *Droit international public*, vol. V: *Les rapports conflictuels*, 1983, n° 311, p. 323.

A standard work on international arbitration¹ explains that the principle would not apply to an award based on an assumption of powers which clearly could not be justified on any legitimate process of interpretation of the *compromis*. Nor would it apply if it could be shown for example that the Tribunal had not directed its mind to the question on which its jurisdiction depended. The authors conclude:

“The rule that a tribunal has jurisdiction to decide its jurisdiction therefore does not mean that its decision is conclusive. There is no conflict between the two rules; the first rule has to be read as subject to the second. In practice difficulty arises, not from the alleged conflict between the two rules, but from the lack of any generally available means of determining objectively whether the conduct of the tribunal has been such as to justify the application of the second rule.”²

These considerations go to the very heart of the *compromis*. What was the matter which was committed to the Tribunal for decision? Was it the entire maritime dispute or only a part thereof? Did it accord with the object and purpose of the *compromis* that the Tribunal should address only part of this question and leave a major part unanswered? These issues clearly touch the very fundamentals of the Tribunal’s authority. A decision which manifestly goes beyond the authority conferred by Article 2 is not in my view saved by the principle of *compétence de la compétence*.

The principle of severability

The preceding discussion has led to the conclusion that the Award is so fundamentally flawed as to be a nullity. One question yet remains for examination and that is whether such nullity applies only to the decision not to demarcate the boundaries of the exclusive economic zone and the fishery zone or whether it applies also to the decision in regard to the three zones which the Tribunal did in fact demarcate.

There is more than one reason why every endeavour should be made to preserve the integrity of that latter decision. In the first place, it was within the subject-matter committed to the Tribunal for decision and, from the point of view of formal jurisdiction, was untouched by the taint of *excès de pouvoir*. Secondly, in the interests of achieving an end to litigation, it can be urged that it determines at least some contentious issues and clears the decks so to speak for the future determination of the remaining issues. In the third place, a duty lies upon the court making the declaration of nullity to keep to a minimum the scope of that nullity.

¹ J. L. Simpson and Hazel Fox, *International Arbitration: Law and Practice*, 1959, p. 252.

² *Ibid.*; see also Lauterpacht, *op. cit.*, p. 117.

L'un des ouvrages classiques sur l'arbitrage international¹ explique que le principe ne s'appliquerait pas à une sentence découlant de l'exercice de pouvoirs qu'à l'évidence aucun processus légitime d'interprétation du compromis ne pourrait justifier. Il ne s'appliquerait pas non plus s'il pouvait être démontré par exemple que le tribunal ne s'est pas attaché à examiner la question sur laquelle reposait sa compétence. Les auteurs concluent :

« La règle selon laquelle un tribunal a compétence pour décider de sa compétence ne signifie donc pas que sa décision est finale. Il n'y a pas de conflit entre les deux règles ; la première règle doit être lue sous réserve de la seconde. Des difficultés se posent en pratique non à cause du prétendu conflit entre les deux règles mais de l'absence de moyens généralement reconnus de déterminer objectivement si la conduite du tribunal a été telle qu'elle justifie l'application de la seconde règle. »²

Ces considérations touchent au cœur même du compromis. Quel était le problème soumis au Tribunal pour décision ? Était-ce l'ensemble du différend maritime ou une partie seulement de celui-ci ? En n'examinant qu'une partie de la question et en laissant une grande partie sans réponse, le Tribunal a-t-il agi conformément à l'objet et au but du compromis ? Ces questions touchent clairement aux fondements mêmes du pouvoir du Tribunal. Une décision qui, manifestement, outrepassa le pouvoir conféré par l'article 2 n'est pas, à mon avis, rachetée par le principe de la compétence de la compétence.

Le principe de la séparabilité

L'examen qui précède a conduit à la conclusion que la sentence est si fondamentalement viciée qu'elle est nulle. Toutefois, une question doit encore être examinée, celle de savoir si cette nullité s'applique seulement à la décision de ne pas délimiter la zone économique exclusive et la zone de pêche ou si elle s'applique aussi à la décision relative aux trois zones que le Tribunal a effectivement délimitées.

Il y a plus d'une raison pour laquelle tout doit être mis en œuvre pour préserver l'intégrité de cette dernière décision. En premier lieu, elle rentrait dans l'objet du différend soumis au Tribunal pour décision et, du point de vue de la compétence formelle, n'était pas viciée par le grief d'excès de pouvoir. En second lieu, dans l'intérêt de mettre fin au procès, l'on peut faire valoir que la décision règle tout au moins certains des points litigieux et, pour ainsi dire, fait place nette pour les futures décisions concernant les problèmes qui demeurent. En troisième lieu, la juridiction qui prononce la nullité a l'obligation de limiter au minimum la portée de cette nullité.

¹ J. L. Simpson et Hazel Fox, *International Arbitration: Law and Practice*, 1959, p. 252.

² *Ibid.* ; voir aussi Lauterpacht, *op. cit.*, p. 117.

These are powerful considerations moving the Court in the direction of upholding the Tribunal's determination of the territorial sea, the contiguous zone and the continental shelf.

Yet, there is an overriding principle which prevents the Court from giving effect to the considerations just mentioned and that is the principle that serious prejudice must not be caused to either party in consequence of the erroneous decision to make only a partial determination. Much though a court should strive to uphold the decisions made within the tribunal's formal authority, this result should not be achieved at the cost of substantial damage to the interests which the parties had submitted to the tribunal for decision.

The principle of severability holds the key to the determination of this question of prejudice. Can the issues already decided be severed from those awaiting determination without prejudice to the interests of one party or the other? Are the issues involved so intrinsically connected that the known answer will cramp the free determination of the unknown by wielding a significant influence upon it? If so, this course of salvage of the partial solution becomes unacceptable and difficult to square with principles of justice and equity. The later decision may then be said to be pre-empted in whole or in part by the earlier.

One could of course visualize a case where, though the various questions are interrelated, the substantial dispute is answered but some inconsequential portions of the dispute remain unanswered. One would not be justified in such a situation in treating the minor omission as invalidating the entire decision. However, that is clearly not the case in the matter before us.

There are also cases, including boundary disputes, where different segments of the total matter in dispute can be decided as separate and discrete problems, the answers to which can stand independently of each other. In such cases the segments of the dispute that have been properly determined can maintain their integrity though the findings on other segments are assailed or do not exist. Such was the position in the *Argentine-Chile Frontier Award* case of 1902 and the *Orinoco Steamship Co.* case of 1910¹. In the former, a portion of the boundary between two boundary posts needed further determination while the findings in regard to the rest of the boundary could still remain intact. In the latter a series of separable and discrete claims could be separately adjudicated upon without the findings on one of them being interlinked with those on the others.

If, on the other hand, the different component elements of the subject-matter are inextricably interlinked, we face difficulties in attempting to

¹ 16 *Reports of International Arbitral Awards* 109 and 11 *ibid.* 237, at p. 238, respectively.

Ce sont là des arguments de poids qui conduiraient la Cour à confirmer la décision du Tribunal concernant la mer territoriale, la zone contiguë et le plateau continental.

Pourtant, il est un principe prééminent qui empêche la Cour de donner effet aux considérations qu'on vient de mentionner : aucune des parties ne doit subir un préjudice grave du fait qu'il a été décidé à tort de ne rendre qu'un jugement partiel. S'il est vrai qu'une juridiction doit s'efforcer de confirmer les décisions prises conformément aux pouvoirs formels du tribunal, un tel résultat ne doit pas être obtenu au prix d'un préjudice substantiel aux intérêts que les parties avaient soumis à la décision du tribunal.

Le principe de la séparabilité est la clé qui permet de décider cette question du préjudice. Les questions déjà tranchées peuvent-elles être séparées de celles qui attendent une décision sans causer un préjudice aux intérêts d'une partie ou de l'autre ? Les problèmes en cause sont-ils si intrinsèquement interdépendants que la réponse connue, en influant nettement sur l'élément inconnu, empêchera de le déterminer librement ? Si tel est le cas, cette tentative de « sauvetage » de la solution partielle devient inacceptable et difficile à concilier avec les principes de justice et d'équité. On pourrait alors dire que la décision à venir a été, en tout ou en partie, prédéterminée par la première.

Certes, on peut aussi imaginer le cas d'un différend dont l'essentiel a été réglé mais dont certains détails sans conséquence restent en suspens, alors même que ses divers aspects sont liés. Il ne serait pas justifié, en pareil cas, de traiter une omission mineure comme invalidant l'ensemble de la décision. Mais, dans l'affaire qui nous est soumise, tel n'est évidemment pas le cas.

Il est aussi des affaires, y compris de différends frontaliers, dans lesquelles les divers éléments de l'ensemble de la question en litige peuvent être traités comme des problèmes séparés et distincts, auxquels les réponses qu'on apporte valent indépendamment les unes des autres. Dans de telles affaires, les parties du différend sur lesquelles il a été régulièrement statué conservent leur intégrité alors même que les conclusions auxquelles on est parvenu sur d'autres parties sont contestées ou inexistantes. Telle était la situation qui existait dans les affaires de l'*Argentine-Chile Frontier Award* de 1902 et de l'*Orinoco Steamship Co.* de 1910¹. Dans la première, une partie de la frontière entre deux postes frontière devait faire l'objet d'une nouvelle délimitation alors que les conclusions concernant le reste de la frontière pouvaient demeurer intactes. Dans la deuxième, une série de demandes séparables et distinctes pouvaient être jugées séparément sans que les décisions les concernant respectivement soient liées entre elles.

Si, en revanche, les différents éléments qui composent le différend sont inextricablement liés, il devient difficile de vouloir maintenir une

¹ *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 16, p. 111, et *ibid.*, vol. 11, p. 238.

uphold a partial award. One test would be to examine the practicalities of the later decisional process. With a line already drawn and unalterable, would the later tribunal be as free as it would be in the absence of such a line to take into consideration all relevant facts and make an equitable order determining the exclusive economic zone and the fishery zone? Are all the factors relevant to the different zones a composite group whose subtle interaction upon each other cannot take place if the zones are compartmentalized and separately determined? If the overall result is to prevent a free and untrammelled resolution of the remaining areas of the dispute, the option of preserving the existing decision ceases to be available.

Needless to say, the task of delimitation of maritime boundaries as important as those of the exclusive economic zone and the fishery zone, is a delicately balanced one involving a plethora of factors — geological, geomorphological, ecological and economic, among others — which must be taken into account. Special circumstances such as islands, rocks and coastline irregularities have to be considered. Developing principles of law and equity¹, fine-tuned to meet the needs of the particular case, have to be sensitively applied. Thus alone can a fair and equitable result be achieved. The possible interlinkages are too numerous to be visualized or itemized in advance.

We should remind ourselves in this connection that :

“The fundamental rule of general international law governing maritime delimitations . . . requires that the delimitation line be established while applying equitable criteria to that operation, with a view to reaching an equitable result.” (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, I.C.J. Reports 1984*, p. 339, para. 230.)

Far from the complex mix of decisional factors blending into a harmonious and equitable result, we will have the second tribunal functioning within a straitjacket imposed upon it by a fixed and unalterable boundary governing the territorial sea, the contiguous zone and the continental shelf. For these reasons, this Court cannot conclude with any degree of assurance that the interests of Guinea-Bissau would not be prejudiced by the piecemeal process that will take the place of the composite process both parties had in mind.

Is that prejudice substantial or can we overlook it in the interests of salvaging that part of the boundary determination that has already been made? From a practical point of view, it can hardly be said that the riches of the sea in such key areas as the exclusive economic zone and the fishery zone are anything but a most vital resource for any country, developed

¹ See P. Bravender-Coyle, “The Emerging Legal Principles and Equitable Criteria Governing the Delimitation of Maritime Boundaries between States” [1988], 19 *Ocean Development and International Law*, pp. 171-227.

sentence partielle. Une solution consisterait à examiner les aspects pratiques du processus de décision ultérieur. En présence d'une ligne déjà tracée et inaltérable, le second tribunal serait-il aussi libre qu'il l'aurait été, en l'absence d'une telle ligne, de prendre en considération tous les faits pertinents et de rendre une décision équitable délimitant la zone économique exclusive et la zone de pêche? Tous les facteurs liés aux différentes zones constituent-ils un groupe composite à l'intérieur duquel leur interaction subtile est impossible si les zones sont compartimentées et délimitées séparément? Si l'effet global de cette solution est d'empêcher un règlement libre et sans entrave de ce qui reste du différend, la faculté de maintenir la décision existante disparaît.

Il va sans dire que la tâche consistant à délimiter les frontières maritimes aussi importantes que celles de la zone économique exclusive et de la zone de pêche est un équilibre subtil qui fait intervenir une multitude de facteurs — géologiques, géomorphologiques, écologiques et économiques, entre autres — qui doivent être pris en considération. Il faut tenir compte de circonstances spéciales comme la présence d'îles, de rochers et d'irrégularités du littoral. Les principes naissants du droit et de l'équité¹, judicieusement adaptés aux exigences de l'espèce, doivent être appliqués avec doigté. Ce n'est qu'ainsi que l'on peut parvenir à un résultat juste et équitable. Les liens possibles sont trop nombreux pour pouvoir être envisagés ou précisés à l'avance.

A ce propos, nous devons nous rappeler que :

« La règle fondamentale du droit international général régissant la matière des délimitations maritimes ... exige que la ligne de délimitation soit établie en appliquant à cette opération des critères équitables, et ceci en vue de parvenir à un résultat équitable. » (*Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, C.I.J. Recueil 1984*, p. 339, par. 230.)

Loin d'avoir une combinaison complexe d'éléments de décision se conjuguant pour parvenir à un résultat harmonieux et équitable, le deuxième tribunal devra fonctionner à l'intérieur du carcan que lui impose une ligne de démarcation fixe et inaltérable de la mer territoriale, de la zone contiguë et du plateau continental. Pour ces raisons, la Cour ne peut pas raisonnablement être certaine que le processus fragmentaire qui se substituera au processus composite que les Parties avaient à l'esprit ne portera pas préjudice aux intérêts de la Guinée-Bissau.

Ce préjudice est-il substantiel ou pouvons-nous le négliger dans le souci de « sauver » la partie de la frontière qui a déjà été déterminée? D'un point de vue pratique, il est difficilement contestable que les richesses de la mer dans des secteurs aussi importants que la zone économique exclusive et la zone de pêche constituent des ressources d'une importance tout à fait

¹ Voir P. Bravender-Coyle, « The Emerging Legal Principles and Equitable Criteria Governing the Delimitation of Maritime Boundaries between States » [1988], *Ocean Development and International Law*, n° 19, p. 171-227.

and developing alike. The determination of their boundaries within the framework of such pre-set constraints clearly causes a degree of prejudice too great to be overlooked in the interests of salvaging the Award. Indeed, it would be pertinent to note that the maritime wealth of the exclusive economic zone and the fishery zone would, for both Parties to this particular dispute, constitute a far greater proportion of their total national asset than the disputed maritime zones would have involved, for example, for the United States of America and Canada in the *Gulf of Maine* case or for the Federal Republic of Germany, Denmark and the Netherlands in the *North Sea Continental Shelf* cases, to quote just two examples of cases of significant importance in the jurisprudence of the Court. For the parties concerned, the issues were momentous and any interference with their fair determination a matter of grave concern. The prejudice involved, by determining the later issues within the framework of the first decision, is thus too great to be overlooked in the interests of preserving the partial award.

A consideration of the question of severability would be incomplete without examining the possibility of different lines being drawn in regard to different boundaries. This in itself is a vast question, the complexities of which cannot at this point be envisaged. It is relevant to note in this context that in more than one place the *compromis* speaks of the boundary line which the Tribunal will draw, thus showing no contemplation of more than one. One line drawn at 240° for the zones already determined and another at another angle for those yet to be determined does not seem to accord with this language. Else there could be a resulting situation, for example, of the continental shelf following the 240° line and the exclusive economic zone following another. Whether such a situation, even if it is possible in law, is feasible in reality, this Court is not called upon to determine here. All that is possible at this stage is to make a brief reference to the jurisprudence of this Court. Such a reference will reveal a problem so complex that it is not possible to point to a later determination as affording Guinea-Bissau a way out of the impasse in which it finds itself if the territorial sea, the contiguous zone and the continental shelf are to be treated as already fixed and determined.

The *Gulf of Maine* case, the first in which the Court was asked to draw a delimitation line itself¹, was also of special significance as the Court was asked to delimit *both* the continental shelf *and* the exclusive fishery zone by a *single* boundary.

¹ As opposed to indicating the applicable principles and rules of international law as in the *North Sea Continental Shelf*, *I.C.J. Reports 1967*, pp. 3 and 6, and *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, *I.C.J. Reports 1982*, p. 18.

vitale pour tout pays, qu'il soit développé ou en développement. La détermination de la frontière sur la base de contraintes ainsi préétablies causerait manifestement un préjudice trop grand pour être négligé dans le souci de sauvegarder la sentence. Il convient d'ailleurs de noter à ce propos que les richesses que renferment les eaux de la zone économique exclusive et de la zone de pêche constituent pour les deux Parties à ce différend une proportion bien plus grande de leur patrimoine national total que celle représentée par les zones maritimes contestées, par exemple, entre les Etats-Unis d'Amérique et le Canada dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* ou de la République fédérale d'Allemagne, du Danemark et des Pays-Bas dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, pour ne citer que deux exemples particulièrement importants dans la jurisprudence de la Cour. Pour les Parties en cause, l'enjeu était considérable et toute ingérence dans le juste règlement de leur différend une cause de profonde préoccupation. Le préjudice qu'entraînerait un règlement des points en suspens dans le cadre de la première décision est par conséquent trop grand pour pouvoir être négligé dans l'intérêt d'une sauvegarde de la sentence partielle.

L'analyse de la question de la séparabilité serait incomplète si l'on n'examinait pas la possibilité de tracer des lignes différentes pour des zones différentes. Il s'agit là d'une question extrêmement vaste dont les complexités ne peuvent pas être envisagées à ce stade. Il convient néanmoins de relever dans ce contexte qu'à plus d'une occasion le compromis parle de la ligne frontière que devra tracer le Tribunal, n'en envisageant par conséquent pas plus d'une. Il ne semble pas que le fait de tracer une ligne d'azimut de 240° pour les zones déjà déterminées et une autre ligne d'un autre angle pour les zones restant à déterminer serait conforme à ces dispositions. Tout cela pourrait aboutir à une situation telle, par exemple, que la ligne de délimitation du plateau continental serait orientée à 240° et que la ligne de délimitation de la zone économique exclusive aurait un autre azimut. La Cour n'est pas appelée, en l'occurrence, à déterminer si une telle situation, même si elle est possible en droit, le serait dans la réalité. Tout ce que l'on peut faire, à ce stade, c'est examiner brièvement la jurisprudence de la Cour. Cet examen fait apparaître un problème si complexe qu'il n'est pas possible d'envisager une décision ultérieure qui permettrait à la Guinée-Bissau de sortir de l'impasse dans laquelle elle se trouve si la mer territoriale, la zone contiguë et le plateau continental doivent être considérés comme ayant déjà été délimités et déterminés.

L'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, qui est la première dans laquelle la Cour a été invitée à tracer elle-même une ligne de délimitation¹, revêt aussi une importance toute particulière en ce sens que la Cour a été priée de délimiter à la fois le plateau continental et la zone exclusive de pêche au moyen d'une frontière *unique*.

¹ Plutôt que d'indiquer les principes et les règles de droit international applicables, comme dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J. Recueil 1967, p. 3 et 6, et du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, C.I.J. Recueil 1982, p. 18.

The problems attendant on treating each separate boundary as a matter for separate enquiry become apparent from the Judgment, for, after acknowledging that separate criteria may be appropriate and equitable for the determination of the two areas involved, the Chamber goes on to state:

“In other words, the very fact that the delimitation has a twofold object constitutes a special aspect of the case *which must be taken into consideration even before proceeding to examine the possible influence of other circumstances on the choice of applicable criteria*. It follows that, whatever may have been held applicable in previous cases, it is necessary, in a case like the present one, to *rule out the application of any criterion found to be typically and exclusively bound up with the particular characteristics of one alone of the two natural realities that have to be delimited in conjunction*.” (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, I.C.J. Reports 1984*, p. 326, para. 193; emphasis added.)

The fact that the determination of separate boundaries in hermetically sealed compartments produces different results from those that follow when they are dealt with as a collectivity thus receives authoritative endorsement.

The Chamber goes on to observe that:

“it can be foreseen that with the gradual adoption by the majority of maritime States of an exclusive economic zone and, consequently, an *increasingly general demand for single delimitation, so as to avoid as far as possible the disadvantages inherent in a plurality of separate determinations*, preference will henceforth inevitably be given to criteria that, because of their more neutral character, are best suited for use in a multi-purpose delimitation” (p. 327, para. 194; emphasis added).

This judicial confirmation of the differences between a composite determination and a plurality of separate determinations, and of the disadvantages of the latter, further establishes the necessary interlinkage between the partial award that has been made and the residual award yet to come. The second can scarcely be effected in isolation from the first.

The tendency to make the determination of the exclusive economic zone coincide with that of the continental shelf is another factor crippling freedom of decision in the course to which Guinea-Bissau would be committed if she were to be sent to another decisional process while preserving the demarcation of the continental shelf. As Judge Jiménez de Aréchaga observed in the case concerning the *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*:

“At least in the large majority of normal cases, the delimitation of the Exclusive Economic Zone and that of the continental shelf would

Les problèmes que susciterait le fait de considérer chaque frontière distincte comme devant faire l'objet d'une étude distincte ressortent de l'arrêt, car la Chambre, après avoir reconnu que des critères distincts peuvent être appropriés et équitables pour délimiter les deux zones en question, poursuit en disant :

« En d'autres termes, dans le fait que la délimitation a un double objet, il y a une particularité du cas d'espèce *qui doit être prise en considération avant même de passer à l'examen de l'incidence possible d'autres circonstances sur le choix des critères à appliquer.* Il en découle donc qu'abstraction faite de ce qui a pu avoir été retenu dans des affaires précédentes il conviendrait d'*exclure l'application*, dans un cas comme celui-ci, *d'un quelconque critère qui apparaîtrait typiquement et exclusivement lié aux caractéristiques propres d'une seule des deux réalités naturelles à délimiter ensemble.* » (*Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, C.I.J. Recueil 1984, p. 326, par. 193 ; les italiques sont de moi.*)

Le fait que la détermination de frontières distinctes dans des compartiments hermétiquement scellés aboutit à des résultats différents de ceux que l'on obtient lorsque ces secteurs sont considérés comme un tout est par conséquent confirmé par une source digne de foi.

La Chambre fait observer ensuite que :

« il est d'ailleurs à prévoir que, avec l'adoption progressive, par la plupart des Etats maritimes, d'une zone économique exclusive et, par conséquent, avec la *généralisation de la demande d'une délimitation unique, évitant autant qu'il est possible les inconvénients inhérents à une pluralité de délimitations distinctes*, la préférence ira désormais, inévitablement, à des critères se prêtant mieux, par leur caractère plus neutre, à une délimitation polyvalente » (p. 327, par. 194; les italiques sont de moi).

Cette confirmation judiciaire des différences qui résultent d'une détermination composite et de plusieurs déterminations séparées ainsi que des inconvénients de cette dernière formule met encore plus en relief le lien qui doit nécessairement exister entre la sentence partielle déjà rendue et la sentence résiduelle à venir. La seconde ne peut guère être rendue indépendamment de la première.

La tendance à faire coïncider la délimitation de la zone économique exclusive avec celle du plateau continental est un autre facteur qui entrave la liberté de décision pour ce qui est de la démarche que la Guinée-Bissau devrait suivre si elle devait être renvoyée devant une autre juridiction tout en maintenant la délimitation du plateau continental. Comme M. Jiménez de Aréchaga l'a fait observer dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*:

« La délimitation de la zone économique exclusive et la délimitation du plateau continental coïncideront, tout au moins dans la très

have to coincide. The reason is that both of these delimitations are governed by the same rules . . ." (*I.C.J. Reports 1982*, pp. 115-116, para. 56.)

So, also, Judge Evensen referred in the same case, to "the obvious advisability of having identical lines of delimitation for the continental shelf and the 200-mile Exclusive Economic Zone" (at p. 319).

It is not necessary to enter here into all the complexities of these processes, suffice it merely to note them for the limited purposes of this opinion. Some understanding of the extent of these complexities appears also from a perusal of the dissenting opinion of Judge Gros in the *Gulf of Maine* case, and from the writings of Judge Oda¹. Having regard to these complexities, it is clear that it would be prejudicial to the vital national interests of Guinea-Bissau in its exclusive economic zone and fishery zone to commit it to a decisional process clouded by so many obscurities and hampered by so many restraints.

It is to be noted finally that the exercise of fixing separate boundaries for separate zones through two or more discrete determinations is conceptually and methodologically different from the combined operation of evaluating them as a totality. The interplay of factors relevant to more than one boundary is immaterial to the former enquiry but central to the latter. The production of inconsistent boundary lines is possible under the first method but is unavailable under the second. Practical considerations of achieving a workable overall demarcation are of immediate importance to the second method but not necessarily to the first.

Needless to say, the compartmentalized enquiry can thus lead to vastly different results from the consolidated one. The result which is equitable in the context of any one or more boundaries viewed by themselves may well be inequitable in the context of a total determination.

It is not difficult to see why the agreement laid so much store by the concept of one demarcation line and why that factor assumes such central importance in this case.

In all these circumstances, one cannot conclude, unless compelled thereto by obligatory juristic principle, that an interpretation is legitimate which commits one party or the other to a situation so fraught with prejudice. Such a course neither offers a real solution to the problem before the Court nor ensures a fair determination for Guinea-Bissau of its exclusive

¹ See "Delimitation of a Single Maritime Boundary: The Contribution of Equidistance to Geographical Equity in the Interrelated Domains of the Continental Shelf and the Exclusive Economic Zone", in *International Law at the Time of Its Codification, Essays in Honour of Roberto Ago*, 1987, Vol. II, p. 349.

vaste majorité des cas normaux. La raison en est que les deux délimitations sont régies par des règles identiques.» (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 115-116, par. 56.)

C'est ainsi également que M. Evensen, dans la même affaire, a relevé qu'il « serait manifestement opportun de tracer des lignes de délimitation identiques pour le plateau continental et pour la zone économique exclusive de 200 milles » (p. 319).

Il n'est pas nécessaire d'entrer ici dans toutes les complexités de ces processus, et il suffira simplement d'en relever l'existence aux fins limitées de la présente opinion. L'opinion dissidente de M. Gros dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* et les écrits de M. Oda¹ mettent en lumière aussi l'étendue de ces complexités. Eu égard à ces complexités, il est clair qu'engager la Guinée-Bissau dans un processus de détermination assombri par tant d'obscurités et entravé par tant de contraintes porterait préjudice à ses intérêts nationaux vitaux dans sa zone économique exclusive et dans sa zone de pêche.

Il convient de noter enfin que l'opération consistant à fixer des frontières séparées pour des zones séparées au moyen de deux ou plusieurs déterminations distinctes est différente, sur les plans conceptuel et méthodologique, de l'opération globale consistant à les évaluer comme un tout. L'interaction de facteurs relatifs à plus d'une frontière est sans importance dans le premier cas mais revêt une importance capitale dans le second. L'établissement de lignes frontières incompatibles les unes avec les autres est possible selon la première formule, mais pas selon la deuxième. Sur le plan pratique, la nécessité de parvenir à une démarcation globale réaliste revêt une importance immédiate dans le cadre de la deuxième méthode, mais pas nécessairement dans celui de la première.

Il est à peine besoin de souligner qu'une analyse compartimentée peut ainsi conduire à des résultats extrêmement différents de ceux auxquels aboutit une analyse globale. Un résultat équitable dans le contexte d'une ou de plusieurs frontières considérées isolément peut fort bien être inéquitable dans le contexte d'une détermination globale.

Il n'est pas difficile de voir pourquoi le compromis faisait tant de cas du concept de ligne de démarcation unique et pourquoi ce facteur revêt une importance aussi cruciale en l'espèce.

Eu égard à toutes ces circonstances, l'on ne peut pas conclure, à moins d'être forcé à le faire par un principe de justice obligatoire, qu'une interprétation qui condamnerait l'une ou l'autre des Parties à une situation risquant de lui causer un tel préjudice est légitime. Une telle démarche n'offrirait pas de solution réelle au problème auquel la Cour est confron-

¹ Voir « Delimitation of a Single Maritime Boundary: The Contribution of Equidistance to Geographical Equity in the Interrelated Domains of the Continental Shelf and the Exclusive Economic Zone », dans *International Law at the Time of Its Codification, Essays in Honour of Roberto Ago*, 1987, vol. II, p. 349.

economic zone and its fishery zone, which was among the principal purposes of the document under examination.

Without any intrusion into the question of the merits in relation to the Award concerning the territorial sea, the contiguous zone and the continental shelf, the conclusion seems irresistible that the failure of the Tribunal to address the entire question posed to it undermines the validity of even the partial answer it has rendered.

III. CONCLUSION

Reference was made at the commencement of this opinion to the importance of maintaining the integrity of international arbitration as one of the cardinal procedural achievements of international law. This involves the twin considerations of respecting the finality of arbitral awards once made and of holding arbitral proceedings within the confines of the *compromis* on which they are based. As international law matures it will be necessary, without impairing the integrity of the first principle, to develop the second so as to make it more responsive to the demands of juristic principle.

The case before us juxtaposes these competing considerations in a manner highlighting the importance of each. It would be tempting to adopt the stance that an unassailably valid *compromis* followed by a procedure enjoying all the appearances of regularity should be left intact and unimpaired. It is evident, however, that other considerations are involved, too important to the future of international arbitration to be ignored. A court invited to declare on the validity of the order, and with undoubted jurisdiction to make a pronouncement thereon, would, in my respectful view, be in error if it should fail to give to important vitiating factors the weight which they deserve.

It has been observed that the lack of courts with jurisdiction to examine questions of nullity and effectiveness is damaging to the development of international law in this field (see Jennings, *op. cit.*, p. 86). While "the enervating effect of the lack, or near lack, of courts with compulsory jurisdiction is nowhere more damaging than in this aspect of international law . . ." (*ibid.*), we have here a situation where a court seised of the matter is eminently in a position to give some guidance on the substantive law relating to nullity. Deference to arbitral awards is important but deference in the presence of significant deviations from the *compromis* may damage the institution which it is intended to protect.

The reasons set out in this opinion lead to the conclusion that the burden of proof of invalidity, which at all times lay upon Guinea-Bissau, has been discharged and that the entire Arbitral Award is null and void. Guinea-Bissau is therefore entitled to a declaration to this effect.

tée, pas plus qu'elle n'assurerait une détermination équitable pour la Guinée-Bissau de sa zone économique exclusive et de sa zone de pêche, ce qui était l'un des objectifs principaux du document à l'étude.

Sans entrer de quelque façon que ce soit dans la question du fond de la sentence pour ce qui est de la mer territoriale, de la zone contiguë et du plateau continental, il paraît inévitable de conclure que le fait que le Tribunal n'a pas répondu à l'intégralité de la question qui lui était posée compromet la validité même de la réponse partielle qu'il a donnée.

III. CONCLUSION

J'ai évoqué au début l'importance de préserver l'intégrité de l'arbitrage international en tant qu'il représente l'une des réalisations procédurales majeures du droit international. Cela implique à la fois que l'on respecte le caractère définitif des sentences arbitrales qui ont été rendues et que l'on maintienne les procédures arbitrales dans les limites du compromis sur lesquelles elles se fondent. Au fur et à mesure que le droit international progresse, il sera nécessaire, sans porter atteinte à l'intégrité du premier principe, de développer le second afin qu'il réponde mieux aux exigences du principe de justice.

L'affaire dont nous sommes saisis juxtapose ces considérations contradictoires en faisant ressortir l'importance de chacune d'elles. Il serait tentant de considérer qu'un compromis incontestablement valide auquel a fait suite une procédure qui a toute l'apparence de la régularité doit demeurer intact et ne pas être altéré. Il est évident toutefois que d'autres considérations s'imposent, qui sont trop importantes pour l'avenir de l'arbitrage international pour pouvoir être ignorées. Une cour invitée à se prononcer sur la validité de la sentence, et indubitablement compétente pour le faire, serait à mon avis, avec tout le respect que je lui dois, dans l'erreur si elle ne donnait pas le poids qu'ils méritent à certains facteurs importants qui vicient la sentence.

On a fait observer que l'absence de tribunal compétent pour examiner les questions de nullité et de validité nuit au développement du droit international dans ce domaine (voir Jennings, *op. cit.*, p. 86). Si «l'effet débilitant de cette absence ou quasi-absence de tribunaux ayant compétence obligatoire n'est nulle part plus nuisible que dans ce domaine du droit international...» (*ibid.*), en l'espèce une cour saisie de la question est éminemment capable de fournir certaines indications sur le fond du droit relatif à la nullité. La déférence due aux sentences arbitrales est importante mais elle risque, en présence de déviations notables par rapport au compromis, de nuire à l'institution qu'elle vise à protéger.

Les raisons exposées dans la présente opinion conduisent à conclure que la preuve de nullité de la sentence, dont la charge a toujours incombé à la Guinée-Bissau, a été rapportée et que la sentence arbitrale est nulle dans son ensemble. C'est donc à bon droit que la Guinée-Bissau a demandé une déclaration à cet effet.

The ground on which a declaration of nullity should issue is the ground that the Tribunal had no competence to decide that it would not decide a principal part of the matter entrusted to it and which, by its acceptance of its mandate, it had undertaken to decide. Its decision not to decide Question 2 was without jurisdiction. That decision was incompatible with the *compromis*, thus vitiating the Award from its very commencement. Moreover, the impossibility of obtaining a full and fair determination of the remaining portions of the boundary, so long as the portions of the boundary already determined remained valid, rendered it impossible to preserve even the determined portion of the boundary, thus undermining the answer to Question 1 as well, and resulting in the nullity of the total Award.

For the reasons set out in this opinion, the second declaration sought by Guinea-Bissau in its Memorial should be granted, but only on the ground that failure to reply to the second question did not comply with the provisions of the Arbitration Agreement, and not on the ground of failure to draw a single line and record that line on a map, or on the ground of failure to give reasons.

The third declaration sought by Guinea-Bissau, to the effect that the Government of Senegal is not justified in seeking to require the Government of Guinea-Bissau to apply the Award, should also be granted.

The first declaration sought by Guinea-Bissau, to the effect that the Award is inexistent, should be refused.

(Signed) Christopher Gregory WEERAMANTRY.

Le motif sur lequel devrait reposer une déclaration de nullité est que le Tribunal n'était pas compétent pour décider qu'il ne trancherait pas un élément majeur du différend qui lui avait été confié et sur lequel, en acceptant son mandat, il s'était engagé à statuer. Il n'était pas fondé à décider de ne pas répondre à la seconde question. Cette décision était incompatible avec le compromis et viciait par conséquent d'emblée la sentence. En outre, l'impossibilité d'obtenir la détermination complète et équitable des autres éléments de la frontière tant que ceux qui avaient déjà été déterminés demeuraient valables, écartait toute possibilité de maintenir ne serait-ce que les éléments déterminés de la frontière, ce qui compromettrait aussi la validité de la réponse donnée à la première question et entraînait la nullité de la sentence dans son ensemble.

Pour les raisons exposées dans la présente opinion, la deuxième déclaration demandée par la Guinée-Bissau dans son mémoire aurait dû être admise, mais uniquement au motif que le fait de ne pas répondre à la seconde question n'était pas conforme aux dispositions du compromis d'arbitrage et non au motif qu'une ligne unique n'avait pas été tracée et portée sur une carte, ni pour défaut de motivation.

La troisième déclaration demandée par la Guinée-Bissau, à savoir que le Gouvernement du Sénégal n'est pas fondé à exiger que le Gouvernement de la Guinée-Bissau applique la sentence, aurait dû aussi être admise.

La première déclaration demandée par la Guinée-Bissau, selon laquelle la sentence serait inexistante, est à rejeter.

(Signé) Christopher Gregory WEERAMANTRY.
