

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

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. 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

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

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.

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.

« 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.

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 ».

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

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.

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.

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.

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.

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

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 exhausant 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) 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.

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.

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.

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.

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

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.

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

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.

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 frontière en 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 frontière, a, dans sa sentence de 1831, recommandé une troisième ligne (Moore, *International Arbitrations*, vol. I, p. 133-136).

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.

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'invalidier 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-

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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. »

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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

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.

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.

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.
