

Cour internationale
de Justice
LA HAYE

CR 91/3

International Court
of Justice
THE HAGUE

ANNEE 1991

Audience publique

*tenue le jeudi 4 avril 1991, à 10 heures, au Palais de la Paix,
sous la présidence de sir Robert Jennings, Président
en l'affaire relative à la Sentence arbitrale du 31 juillet 1989
(Guinée-Bissau c. Sénégal)*

COMPTE RENDU

YEAR 1991

Public sitting

*held on Wednesday 4 April 1991, at 10 a.m., at the Peace Palace,
President Sir Robert Jennings presiding
in the case concerning the Arbitral Award of 31 July 1989
(Guinea-Bissau v. Senegal)*

VERBATIM RECORD

Présents:

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

M. Valencia-Ospina, Greffier

Present:

President Sir Robert Jennings

Vice-President Oda

Judges Lachs

Elias

Ago

Schwebel

Ni

Evensen

Tarassov

Guillaume

Shahabuddeen

Aguilar Mawdsley

Weeramantry

Ranjeva

Judges *ad hoc* Mbaye

Thierry

Registrar Valencia-Ospina

—

Le Gouvernement de la Guinée-Bissau est représenté par :

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

comme agent;

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

comme coagent;

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

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

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

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

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

M. Michael B. Froman, Harvard Law School,

comme conseils;

M. Mario Lopes, procureur général de la République,

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

comme conseillers.

The Government of Guinea-Bissau is represented by:

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

as Agent;

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

as Co-Agent;

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

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

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

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

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

Mr. Michael B. Froman, Harvard Law School,

as Counsel;

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

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

as Advisers.

Le Gouvernement du Sénégal est représenté par :

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

comme agent;

M. Birame Ndiaye, professeur de droit,

M. Tafsir Malick Ndiaye, professeur de droit,

comme coagents;

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

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

M. Ibou Diaite, professeur de droit,

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

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

comme conseils.

The Government of Senegal is represented by:

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

as Agent;

Mr. Birame Ndiaye, Professor of Law,

Mr. Tafsir Malick Ndiaye, Professor of Law,

as Co-Agents;

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

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

Mr. Ibou Diaite, Professor of Law,

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

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

as counsel.

The PRESIDENT: Mr. Galvao Teles.

M. GALVAO TELES : Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

Ma plaidoirie a pour objet les questions que le cas d'espèce suscite liées à la compétence de la compétence des tribunaux arbitraux. Permettez-moi, tout d'abord, quelques considérations d'ordre général.

Le concept de *compétence de la compétence* - *Kompetenz-Kompetenz* - est dû à un grand juriste du XIX^e siècle, souvent très injustement oublié, Albert Haenel ("Die vertragsmässigen Elemente der deutschen Reichsverfassung, *Studien zum Deutschen Staatsrecht*, I, Leipzig, 1873, p. 145 et suiv.; voir aussi *Deutsches Staatsrecht*, Leipzig, 1892, p. 771 et suiv.). Il le formula en liaison avec le concept de souveraineté - ce serait la *Kompetenz-Kompetenz* qui le définirait - et en considérant particulièrement les problèmes propres de la théorie de l'Etat fédéral. Comme notion théorique générale et au sens où Haenel l'entendait, le concept de compétence de la compétence, étant peut-être en avance sur le temps, n'a pas eu le sort qu'il méritait. Mais l'expression et une notion relativement similaire ont fait leur chemin dans la théorie de la juridiction et, en particulier, de la juridiction internationale.

Ce ne sera pas moi qui nierait la nécessité et la valeur d'un concept de compétence de la compétence du type de celui qu'Haenel élaborait, moyennant une certaine révision, ni de celui dont on vient de parler à propos de la juridiction internationale. Si l'on veut, il est possible, peut-être même nécessaire, de réunir les deux concepts sous une notion plus générale. Mais il faut ne pas perdre de vue qu'à l'intérieur des cas couverts par ce concept général de compétence de la compétence, il existe de très importantes différences.

D'une part, on trouvera - *verbi gratia* par rapport à l'acte constituant - ce que l'on pourrait appeler une compétence de la compétence *originnaire* (ou qui se veut telle), qui apparaît comme une compétence de la compétence pure et en principe pleine. Celle-ci est toujours "arrogée", même si cela ne signifie pas qu'elle ne réclame pas de justification et qu'elle ne puisse pas être justifiée. Du point de vue juridique, les problèmes suscités par son "arrogation" (excusez-moi le néologisme) sont essentiellement de reconnaissance et d'effectivité. D'autre part, on trouvera la compétence de la

compétence *octroyée* ou *dérivée*, et donc susceptible de limitation par le fondement d'où elle découle et qu'elle réclame.

C'est évidemment une compétence de la compétence dérivée ou octroyée qui est en cause quand on parle de la compétence de la compétence des arbitres internationaux. Certes, quelqu'un pourrait prétendre se déclarer compétent pour juger *jure proprio*, mais il n'y aurait nulle obligation de reconnaissance ni d'exécution de sa décision. Il est nécessaire que la compétence de la compétence de l'arbitre soit rattachable au compromis.

Le problème qui historiquement se posait était celui de savoir comment on devrait interpréter le compromis en l'absence de stipulation explicite ou de traité général d'arbitrage concernant la compétence de la compétence. Il est possible d'admettre la formation d'une coutume internationale de nature interprétative, qui implique que, en cas de silence, on doit présumer l'attribution de la compétence de *second degré*. La question n'a d'ailleurs pas d'intérêt pour la présente affaire, puisque la compétence de la compétence du Tribunal arbitral découlait de l'article 4, paragraphe 2, du compromis d'arbitrage du 12 mars 1985.

Verdross a très justement souligné qu'à propos de la compétence de la compétence des arbitres deux questions se posent, qui doivent être distinguées : "l'une tend à savoir si et dans quelle mesure une décision du tribunal arbitral dépassant les pouvoirs de celui-ci est obligatoire pour les parties; l'autre est de savoir si le tribunal arbitral, en cas de contestation de sa compétence par l'une des parties (je dirais, plus généralement, en cas de contestation sur sa compétence et son étendue), a le droit d'entreprendre l'examen du fond du litige" ("L'excès de pouvoir du juge arbitral dans le droit international public", *RDILC*, 3^{ème} série, IX, 1928, p. 225; voir aussi "Die Verbindlichkeit der Entscheidung internationaler Schiedsgerichte und Gerichte über ihre Zuständigkeit", *ZOR*, VII, 1928, p. 439 et 440).

La deuxième question ne soulève plus vraiment de sérieux doutes, mais la première continue de les susciter : quelle efficacité reconnaître à la décision par laquelle les arbitres exercent la compétence de leur compétence ? Peut-elle nommément exclure et, en cas de réponse affirmative, à quel point, l'invocation d'excès de pouvoir ?

Il s'établit, je cite et je traduis : "une inévitable tension entre le principe extra *compromissum arbiter nihil facere potest* et le facteur additionnel, susceptible de compliquer, dans ce cas où le tribunal a, conformément au compromis, la compétence pour déterminer sa propre juridiction" (Sir Robert Jennings, "Nullity and Effectiveness in International Law", *Cambridge Essays in International Law - Essays in Honour of Lord Mc Nair*, Londres, 1965, p. 83 et 84).

Comme le disait sir Hersch Lauterpacht, je cite à nouveau et je traduis : "les difficultés impliquées dans le problème découlent de l'existence de trois règles, chacune desquelles est généralement acceptée (*omissis*), mais chacune desquelles contient les germes d'un possible conflit avec les deux autres. La première est que l'arbitre est compétent pour interpréter l'instrument lui conférant juridiction et ainsi virtuellement pour déterminer le domaine de sa compétence. La seconde est qu'en le faisant, il lui faut ne pas méconnaître les "termes de référence" selon lesquels le tribunal arbitral a été créé. Cette réserve est l'expression du principe ... qu'une sentence rendue en méconnaissance ou au-delà des pouvoirs octroyés à l'arbitre est une usurpation de pouvoirs et juridiquement nulle ("The Legal Remedy in Case of Excess of Jurisdiction", *BYBIL*, 1928, p. 118).

On ne pourra plus à présent maintenir l'idée classique qui faisait de la compétence de la compétence une réponse uniquement à la seule deuxième question mentionnée par Verdross, c'est-à-dire à celle de savoir si l'arbitre, en cas de contestation sur sa compétence, pouvait ne pas s'abstenir et décider sur le fond du litige.

Mais on ne peut pas plus aujourd'hui souscrire sans réserves à la thèse de Lapradelle selon laquelle "si l'arbitre déclare, dans sa sentence, interpréter le compromis, sa sentence est inattaquable du chef de dépassement de compétence", ou à celle, pas très différente, de Verdross, selon laquelle "l'excès de pouvoir existe uniquement lorsque la décision du tribunal arbitral en ce qui concerne sa compétence n'est pas basée sur une interprétation des traités en vertu desquels il est chargé de juger la contestation (excès de pouvoir *formel*)". La critique de Brierly (*BYBIL*, 1928, p. 114-117), dirigée contre la première thèse, mais qui peut être opposée aussi à la seconde, est décisive.

Dans toute compétence de la compétence dérivée (comme d'ailleurs dans l'originaire, mais quant à celle-ci en des termes partiellement différents), il y a une certaine *circularité* : la compétence

s'exerce sur son proprement fondement. Ne pas reconnaître de limites à la liberté des arbitres d'interpréter le compromis reviendrait en fait à leur permettre de convertir cette compétence en compétence originaire. Plus précisément, le titre de compétence des arbitres est le compromis tout entier et non seulement la clause qui leur attribue la compétence de la compétence.

D'ailleurs, dans l'hypothèse contraire, on pourrait ne jamais retrouver le titre de compétence, puisque le concept de compétence de la compétence dérivée, de par sa circularité, peut créer une situation logique d'auto-référence susceptible d'entraîner un *regressus ad infinitum*. Le titre est la clause qui établit la compétence de la compétence ? Certes, mais les arbitres peuvent-ils interpréter cette clause ? S'ils le peuvent c'est que l'on conçoit une clause ou une "sous-clause" de compétence de la compétence de la compétence. Mais pourquoi ne devrait-on pas l'interpréter aussi ? Et ainsi successivement... Si je n'étais pas devant la Cour, je ne résisterais pas à rapprocher la situation du "puzzle" constitutionnel d'Alf Ross...

Quand les Etats instituent un arbitrage, ils le font pour décider un certain ou certains différends qu'ils définissent. Eventuellement, des doutes peuvent surgir, le pouvoir de les résoudre appartenant au tribunal. Mais les parties ne peuvent être censées avoir attribué à celui-ci un pouvoir illimité. Il est impératif de trouver un point d'équilibre quelque part. C'est ce que signale très clairement le professeur Georges Berlia dans son cours à l'Académie de La Haye, consacré exactement à la question de la compétence de la compétence (*RCADI* (1955-II), p. 109 et suiv.).

Ce sera autour des idées d'erreur manifeste ou, plus précisément à mon avis, d'erreur majeure d'interprétation que s'établira la limite des effets (certains effets) de l'exercice de la compétence de la compétence. Sur ce point, il n'y a d'ailleurs pas de raison pour qu'on s'attende à des difficultés. Le Sénégal semble bien, pour l'essentiel, partager le même point de vue, ainsi qu'il découle des paragraphes 54 et 65 (p. 28 et 29), 103 (p. 43) et 169 (p. 81) de son contre-mémoire.

Permettez-moi de repérer deux passages :

"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 pouvoir ainsi commis par le tribunal peut entraîner la nullité totale ou

partielle de sa décision."

Et par la suite : pour

"se prévaloir d'un excès de pouvoir, il faut établir que le dépassement de compétence imputable au tribunal est manifeste et revêt une certaine ampleur".

*

* *

La compétence de la compétence s'exerce par une *décision* du tribunal arbitral, logiquement préalable à la décision ou aux décisions sur le fond. Ce n'est pas une affaire de *motivation*, c'est une affaire de *dispositif*. Il ne s'agit pas de *justifier* pourquoi le tribunal décidera au fond d'une certaine manière ou d'une autre, mais d'*établir* sur quoi le tribunal peut et ne peut pas décider au fond, doit ou ne doit pas décider au fond. Et les décisions d'exercice de la compétence de la compétence possèdent - ou doivent posséder - leur propre motivation.

Le compromis du 12 mars 1985 est d'ailleurs très clair dans le sens qu'il présuppose - et donc il impose - que la fixation de la compétence du Tribunal et l'interprétation du compromis soient l'objet de décision. Selon l'article 4, paragraphe 2 :

"les décisions du Tribunal relatives à toutes questions de fond ou de procédure, y compris toutes les questions concernant la compétence *du Tribunal et l'interprétation du compromis*, seront prises à la majorité de ses membres".

Deux ordres de conséquence en découlent. Tout d'abord, l'exercice de la compétence de la compétence est soumis aux *conditions formelles des décisions*, notamment celles de vote et d'expression de son résultat, ainsi que celle de *motivation*. Ensuite, la décision peut elle-même être viciée, soit par défaut formel, soit par défaut de substance.

D'autre part, si le compromis octroie ou est censé octroyer au tribunal la compétence de la compétence, celui-ci non seulement peut mais aussi il *doit* l'exercer.

Sir Hersch Lauterpacht disait, dans un passage célèbre (je traduis), "il n'est pas facile de concevoir une règle ou un principe de droit international auquel la désignation de 'positif' pourrait

être appliquée avec une plus forte justification que la prohibition du *non liquet*" ("Some Observations on the Prohibition of 'Non Liquet' and The Completeness of Law", *Symbolae Verzijl*, La Haye, 1958, p. 206). L'affirmation est discutable et elle a été vivement discutée : c'est une controverse bien connue. Je crois, cependant, qu'il n'y aurait plus de doutes si on la modifiait un peu (au prix évidemment de faire abstraction du problème du non liquet, puisque c'est lui le point de discussion) et si on disait qu'il "n'est pas facile de concevoir une règle ou un principe du droit international auquel la désignation de 'positif' pourrait être appliquée avec une plus forte justification que la prohibition, pour les tribunaux, de ne pas décider". Car, même quand le Tribunal prononce un non liquet, il *décide* de ne pas décider (ce à quoi le *non liquet* se réfère). De même, quand, la compétence de la compétence étant exclue par le compromis, l'arbitre, face à un doute d'interprétation au sujet de sa compétence, renvoie aux parties, il décide de ne pas décider et de procéder au renvoi. Le juge international a, au minimum, le devoir de décider jusqu'où il en a la possibilité. La controverse sur le *non liquet* suppose, d'ailleurs, la reconnaissance de ce devoir.

Ainsi, il faut différencier le *refus de décision* (lequel implique une décision de ne pas décider) et la simple omission, où il n'y a nulle décision, même celle de ne pas décider. Il faut cependant souligner qu'omission ne signifie nécessairement pas omission involontaire ou inconsciente. Il se peut que les arbitres ou quelqu'un ou quelques-uns d'entre eux, alors qu'ils savent très bien qu'ils sont appelés à décider ne décident pas, sans prendre une décision, en forme juridique, de ne pas décider - en bonne ou en mauvaise foi. Pour l'omission consciente on pourra réserver le nom d'*abstention*, comme désignation de l'espèce d'un genre.

Le Tribunal qui possède la compétence de la compétence a donc le devoir de l'exercer. A propos de ce devoir, il convient encore de faire deux remarques.

Tout d'abord, il se rapporte à des *questiones decidendi*, non à des questions posées dans la séquence du raisonnement nécessaire à la réponse à une *quaestio decidendi*, c'est-à-dire des simples *questions à résoudre*, dont la considération appartient exclusivement à la motivation. Quant à celles-ci, c'est un autre devoir - devoir de raisonnement pourrait-on dire (lié, du point de vue de l'explication du raisonnement, au devoir de motiver) - qui est en cause.

Le problème de l'omission de l'exercice de la compétence de la compétence, selon le point de vue du *devoir de décider*, est donc plus restreint que celui de l'omission de juridiction, prévue, par exemple, à l'article 11, paragraphe 1, du statut du Tribunal administratif des Nations Unies. Ici est comprise l'hypothèse de non-considération de questions qui n'ont pas la nature de *quaestiones decidendi*.

Deuxièmement, le Tribunal n'a évidemment pas le devoir de décider explicitement toutes les questions qui théoriquement pourraient être suscitées à propos de l'interprétation du compromis et de sa compétence et tâche. Mais il a, sans aucun doute, le devoir de le faire quant aux questions effectivement suscitées par les parties durant la procédure. C'était le cas, comme on a pu le vérifier, de celle concernant le rapport entre les deux interrogations posées à l'article 2 du compromis du 12 mars 1985 ainsi que les termes possibles de la réponse à la première question.

L'exercice de la compétence de la compétence étant, en même temps, l'objet d'un pouvoir et d'un *devoir*, le problème des conséquences du non-exercice (ou de l'exercice non valable) se pose à deux niveaux, l'un se rapportant au non-exercice *du pouvoir*, l'autre au non-accomplissement du *devoir*.

Sur le premier plan, et si l'on fait abstraction du second (c'est-à-dire, sans considérer le problème de savoir si les effets sur cet autre plan peuvent *consumer* ceux qui se produiraient sur le premier), la définition des conséquences du non-exercice ne soulève pas de difficultés. On a vu que la conséquence de l'exercice de la compétence de la compétence était d'établir un obstacle, quoique simplement relatif, à l'interprétation *ab extra* du compromis. S'il n'y a pas d'exercice ou d'exercice valable de la compétence de la compétence, cet obstacle ne se soulève pas.

C'est-à-dire, l'instance qui juge la validité de la sentence arbitrale est tout à fait libre (de ce point de vue) quant à l'interprétation du compromis. Sur cet aspect (en faisant toujours abstraction du deuxième plan), la conséquence de l'omission est négative : la situation devient identique à celle qui existerait si le compromis excluait la compétence de la compétence des arbitres.

La deuxième question - celle des conséquences du non-accomplissement du devoir du Tribunal de décider sur sa compétence et sa tâche - se révèle plus délicate. Si l'omission est totale,

c'est-à-dire, s'il n'y a nulle décision ni quant à la compétence ni quant au fond, les éventuels effets du non-accomplissement du devoir de décider ne peuvent jamais se placer sur le champ de la validité, puisqu'il n'existe rien qu'on puisse qualifier comme valide ou invalide. Il est possible, cependant, qu'il y ait, du moins apparemment, une décision partielle sur la compétence, laquelle peut, à son tour, être accompagnée soit d'une absence totale de décision sur le fond (dans l'hypothèse où la décision partielle ou son apparence se traduise par un jugement d'incompétence), soit d'une décision sur le fond (dans l'hypothèse inverse).

Dans ces cas, est-ce que le non-exercice partiel (ou apparemment partiel) de la compétence de la compétence met en cause la décision qui, apparemment tout au moins, l'aurait partiellement exercée, et, par conséquent, la décision sur le fond, si elle existe ?

Je laisserai à plus tard l'analyse de cette question.

*

* *

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, venons-en maintenant aux textes du 31 juillet 1989.

La première question à soulever, et que je soulève, est la suivante : le Tribunal arbitral a-t-il exercé la compétence de sa compétence ? A-t-il *décidé* quant à l'interprétation de l'article 2 du compromis du 12 mars 1985 et, en particulier, quant à son objet et quant au sens des neuf premiers mots du paragraphe 2 ? S'est-il, comme le prétend le Sénégal, *jugé* - je souligne, *jugé* - incompetent pour passer à l'examen de la seconde question ?

Les réponses ne peuvent être que négatives. Non : le Tribunal arbitral de Genève n'a pas exercé la compétence de sa compétence. Non : il n'a pas décidé quant à l'interprétation de l'article 2 du compromis d'arbitrage et, en particulier, quant à son objet et quant au sens des neuf premiers mots du paragraphe 2. Non : il ne s'est jamais jugé incompetent pour passer à l'examen de la seconde question.

Le texte *stricto sensu* de la "sentence" (entre guillemets, évidemment) ne mentionne l'article 2 du compromis d'arbitrage qu'au paragraphe 87.

Il ne s'agit que d'une phrase :

"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."

Je vous prie de remarquer, Monsieur le Président, Messieurs les Juges, qu'au paragraphe 87 on est *encore à la motivation, pas au dispositif*. Le dispositif ne se trouve qu'au paragraphe 88. D'ailleurs ce paragraphe commence précisément par dire : "Vu les motifs qui ont été exposés..."

Dans la conception du texte du 31 juillet 1989, le paragraphe 87 contient des motifs, non une décision.

D'ailleurs, le texte de la "sentence", quand il fait l'historique dit, au paragraphe 9, qu'en "ce qui concerne la procédure, le Tribunal est convenu de s'inspirer autant que possible des règles de procédure de la Cour internationale de Justice et d'adopter en tant que de besoin des décisions de procédure complémentaires".

Selon l'article 95, paragraphe 1, du Règlement de la Cour, l'arrêt comprend "l'indication du nombre et des noms des juges ayant constitué la majorité". Et cette indication s'entend, évidemment (c'est d'ailleurs la pratique constante de la Cour), pour chaque décision, s'il y en a plusieurs.

Le paragraphe 88 de la "sentence" déclare bien que la décision quant à la réponse à la première question aurait été prise par deux voix contre une, ayant voté pour M. Julio A. Barberis, président, et l'arbitre M. André Gros et contre l'arbitre M. Mohammed Bedjaoui. Mais - pour la première phrase du paragraphe 87 rien n'est dit. Unanimité ? Majorité ? Qui aurait voté pour et qui aurait voté contre ?

Aucune indication n'est donnée. Pourquoi ? Tout simplement et de toute évidence pour la très, très simple raison qu'il n'y a eu nul vote.

D'ailleurs, qui aurait pu voter pour le paragraphe 87 ? Seul l'arbitre André Gros aurait pu le faire, par exclusion de parties. Sûrement pas l'arbitre M. Bedjaoui, qui, à la fin de son opinion dissidente, met en cause l'existence d'une majorité et la réalité de la sentence. Certainement pas non plus le président, si l'on tient compte de sa déclaration.

L'importance de la déclaration du président est tout d'abord celle de *confirmer* - je souligne, *confirmer* - que le paragraphe 87 n'a été l'objet de nul vote et de nulle décision.

La déclaration du président... Il est sans doute délicat d'en parler. Mais elle présente des aspects si insolites qu'on ne peut pas les cacher - d'ailleurs, ils sont manifestes. Les deux arbitres se trouvant dans des positions diamétralement opposées, que cela ait du être le président, lequel avait ainsi le pouvoir de trancher, et non un des arbitres, qui fasse une déclaration de dissociation, c'est quelque chose d'extraordinaire, qui dépasse les limites de toute compréhension possible. Quand, par des exigences de fonction, qui sont les nôtres et celles de la Cour, on se laisse entraîner dans l'analyse, on perd un peu de vue le sentiment d'aberration que cause la lecture sans préjugé de la déclaration. Il faut cependant y revenir de temps en temps.

Néanmoins, la déclaration du président est aussi un acte d'honnêteté, qui fait état de la dimension des divergences qui se sont établies au sein du Tribunal.

Celles-ci prenaient une telle portée qu'un des arbitres s'est estimé devoir terminer son opinion dissidente par ces mots, d'autant plus incisifs qu'ils sont mesurés :

"La déclaration du président du Tribunal montre combien la sentence est incomplète et non conforme à la lettre et à l'esprit du compromis quant à la ligne unique voulue par les Parties. Emanant du président du Tribunal lui-même, cette 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.*" (Souligné par l'exposant).

Le Sénégal, nettement mal à l'aise sur ce point, essaye d'accumuler des exemples d'opinions individuelles qui présenteraient, à ce qu'il prétend, une ressemblance quelconque avec la déclaration du président Barberis (CM, p. 71-74). Ils n'ont aucune pertinence et il est même choquant que l'on veuille y voir des cas parallèles. Qu'on me permette juste deux interrogations : duquel, parmi eux, ressort la notion de contre-sens que provoque la déclaration du président du Tribunal arbitral ? Dans lequel des cas la voix ou les voix en jeu étaient-elles nécessaires à la formation d'une majorité ?

Le Sénégal reconnaîtra que, tout au moins, comme l'a dit la Cour dans son avis consultatif du 27 mai 1987 sur la *Demande de réformation du jugement n° 333 du Tribunal administratif des Nations Unies* (affaire Yakimetz),

"pour interpréter ou élucider un jugement il est à la fois permis et souhaitable de prendre en

considération les éventuelles opinions dissidentes ou autres jointes à ce jugement" (*C.I.J. Recueil 1989*, p. xxxx) (par. 49, p. 45).

Et, j'ajouterai, à fortiori, pour élucider si un passage d'une sentence est un jugement. La déclaration du président Barberis a rapport, d'une part, au paragraphe 88, d'autre part au paragraphe 87 de la "sentence". Pour l'instant ce qui importe c'est le paragraphe 87, plus précisément, sa première phrase :

"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."

Je remémore. Le paragraphe 87 appartient à la motivation, non au dispositif de la "sentence".

Il n'existe aucune indication de ce qu'il ait été voté. Le président aurait-il pu l'avoir voté ?

Non, de toute évidence. Le désaccord du président en ce qui concerne la première phrase du paragraphe 87 est *total*. Il reconnaît *expressis verbis* que la sentence ne décide pas l'intégralité du différend entre les Parties :

"le Tribunal *aurait pu trancher le différend d'une manière complète* car, en vertu de la réponse à la première question du compromis arbitral, il aurait déterminé la limite pour la mer territoriale, la zone contiguë et le plateau continental, comme la sentence vient de le faire, et moyennant la réponse à la deuxième question, le Tribunal aurait pu déterminer la limite pour les eaux de la zone économique exclusive ou la zone de pêche, limite qui aurait pu ou non coïncider avec la ligne établie par l'Accord de 1960". (Souligné par l'exposant).

Le Sénégal insiste sur le fait que la comparaison entre la formulation du paragraphe 88 de la "sentence" et celle contenue dans la déclaration du président "ne fait ressortir aucune différence de fond" (CM, par. 165, p. 79-80). Il ne peut donc ne pas reconnaître la totale opposition entre la déclaration du président et la première phrase du paragraphe 87 de la sentence.

L'avis du Tribunal auquel le paragraphe fait référence n'est que l'avis d'un des arbitres. Le président n'a pas rédigé le paragraphe 87. Il ne l'a pas voté. Il n'aurait jamais pu le faire.

Je répète, d'ailleurs, qu'ici la déclaration du président n'est prise que comme *confirmation* de ce qui découlait déjà, de forme décisive, d'autres éléments : le paragraphe 87, ne faisant pas partie du dispositif ni ne portant l'indication d'un vote et d'une majorité, ne correspond à aucune décision du

Tribunal.

Il aurait fallu voter et, en particulier, indépendamment des positions de chacun des membres du Tribunal concernant la réponse à donner à la première question, prendre le vote de l'arbitre M. Bedjaoui, qui serait décisif face au désaccord total entre le président et l'autre arbitre.

La "sentence" montre qu'on ne l'a pas fait.

*

* *

Le Tribunal arbitral n'a donc pas exercé la compétence de sa compétence, ni n'a interprété le compromis en ce qui concerne les rapports entre la première et la deuxième des questions posées par l'article 2.

Ceci est tellement évident qu'il devient même presque inutile d'argumenter à titre subsidiaire. Faisons-le, cependant. Supposons, pour un instant, que le paragraphe 87 ait été placé, non là où il est, mais au dispositif imaginons qu'il ait été voté. Supposons, par un exercice de raisonnement, que le Tribunal eût décidé et oublions la déclaration du président. La décision serait-elle valable ?

Non - et tout d'abord par *défaut de motivation*.

C'est un principe aujourd'hui bien établi que les décisions des arbitres doivent être motivées. Le projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale de l'Institut du droit international de 1875 y faisait déjà référence (art. 23). Le principe fut repris par la convention de La Haye de 1899 (art. 52) et par celle de 1907 (art. 79). Le modèle de règles de 1958 (art. 29) le réaffirme d'une façon particulièrement significative. La sentence arbitrale doit être motivée *sur tous les points*. D'autre part, l'on reconnaît que le *défaut de motivation* est une des causes de nullité des sentences arbitrales (voir, par exemple, l'article 30, alinéa c), du Modèle de règles).

Dans le cas d'espèce, le libellé du paragraphe 3 de l'article 9 du compromis d'arbitrage est précis et exigeant : "la décision sera *pleinement* motivée". Par décision s'entend, évidemment, toute décision.

Dans le passé, on a discuté s'il y a défaut de motivation seulement quand celle-ci manque absolument ou s'il a lieu encore quand la motivation est *insuffisante*, ou manifestement insuffisante.

Comme l'a souligné par exemple Morelli, "pour déterminer les conditions de validité de la sentence, il faut se rapporter à chaque norme procédurale fondamentale" (*La Sentenza Internazionale*, Padoue, 1931, p. 231, "La Théorie générale du procès international", RCADI (1937-III), vol. 61, p. 329), c'est-à-dire, à chaque compromis ou à chaque convention d'arbitrage. Certes, il y a aujourd'hui des normes générales de droit international au sujet de la validité des sentences. Mais, d'une part, cela n'empêche pas que le compromis ou la convention introduisent, implicitement ou explicitement, d'autres conditions de validité. D'autre part, et du moins, les règles générales doivent être appliquées en tenant compte de ce qu'établit le compromis ou la convention.

Or, face à la clause 9 du compromis, qui réclame la pleine, je répète, la pleine motivation des décisions, apparaissant donc comme particulièrement exigeante en la matière, la *motivation insuffisante* devra nécessairement être reconnue comme cause de nullité. On pourra avoir des doutes sur le degré de tolérance admissible, jamais sur le fait qu'une motivation manifestement insuffisante vicie la décision. A fortiori la viciera une motivation contradictoire, à son intérieur ou avec le dispositif. Pour l'instant, on part de l'hypothèse - qui correspond à une simple supposition, écartée par toutes les données disponibles - où le Tribunal aurait pris la décision de ne pas passer à l'examen de la deuxième question posée à l'article 2 du compromis. La première phrase du paragraphe 87 constituerait-elle motivation qui remplisse les exigences minimales d'une motivation suffisante, vis-à-vis de l'article 9 du compromis ? Certainement pas.

Le paragraphe 87, première partie, contient deux énoncés, présentés comme ayant une fonction justificatrice. Les deux sont des énoncés de renvoi. L'un renvoie aux conclusions précédemment établies : "en tenant compte des conclusions ci-dessus auxquelles le Tribunal est parvenu" (remarquons, en passant, que le renvoi est fait aux conclusions contenues dans l'exposé des motifs, non au dispositif, ce qui confirme bien qu'on est encore à l'intérieur de la motivation). Le second énoncé renvoie au libellé du compromis : "en tenant compte du libellé de l'article 2 du compromis arbitral".

De toute évidence, ces énoncés n'expriment pas un raisonnement qui puisse se soutenir à soi-même. Est-ce qu'on ne doit pas passer à la deuxième question parce que "les conclusions auxquelles le Tribunal est parvenu" sont tout à fait affirmatives ou est-ce parce que ces conclusions, (remarquons qu'on fait toujours référence à la motivation précédente) ces conclusions, je disais, étant partiellement négatives, le paragraphe 2 fut interprété comme n'exigeant pas de réponse même dans ce cas ? Si l'interprétation est la seconde, pourquoi a-t-on adopté une formule restrictive dans le paragraphe 88 ? Si elle est la première, comment la rendre compatible avec le paragraphe 85 où la conclusion était clairement négative ? Il suffit de lire un passage :

"A la lumière de son texte et des principes de droit intertemporel applicables, le Tribunal estime que l'accord de 1960 ne délimite pas les espaces maritimes qui n'existaient pas à cette date, qu'on les appelle zone économique exclusive, zone de pêche ou autrement."

Comment le paragraphe 87 de la "sentence" a-t-il interprété l'article 2 du compromis en ce qui concerne le début de son paragraphe 2 ? On ne sait pas. Pourquoi ? Pas plus. Le paragraphe 87 considère-t-il les conclusions précédentes comme correspondant à une réponse partiellement affirmative ou partiellement négative à la première question ou comme une réponse simplement affirmative ? On l'ignore.

De surcroît, il n'y a, ni dans le paragraphe 87, ni ailleurs, un mot, je souligne, un mot, au sujet de la question de savoir si le Tribunal pouvait ou ne pouvait pas, et pourquoi, répondre à la première question posée à l'article 2 du compromis de manière qui ne dise que l'échange de lettres fait droit pour tous les espaces ou qu'il ne le fait pour aucun.

Il ne s'agit pas d'une motivation peu détaillée. On est en face d'une motivation absolument insuffisante, qui ne permet même pas de déterminer le raisonnement qui aurait été suivi et qui ne répond en aucun point aux questions posées et discutées pendant la procédure arbitrale.

Il existe, par ailleurs, défaut de motivation par rapport à la deuxième période du paragraphe (lui aussi n'appartenant pas au dispositif, ni n'ayant formé l'objet d'une décision) : "Au surplus, le Tribunal n'a pas jugé utile, étant donné sa décision, de joindre une carte comprenant le tracé de la ligne frontière."

Etait-ce cependant une question d'utilité ou de respect de l'article 9, paragraphe 2, du

compromis ? Et pourquoi ne serait-ce pas utile ? Pas un mot. On ne peut avoir que des soupçons : peut-être parce que sur une carte on ne pourrait pas supprimer la référence à la zone économique exclusive.

*

* *

La conséquence de tout ce qui vient d'être dit (en faisant toujours abstraction du deuxième plan auquel on a fait allusion, j'insiste) est qu'il n'y aurait nul obstacle à ce que la Cour interprète le compromis pour qu'elle juge s'il a été respecté ou non. Le Tribunal arbitral n'a pas exercé la compétence de sa compétence. L'aurait-il fait, l'exercice serait nul par défaut de motivation.

Je tiens cependant à souligner, à titre déjà deuxièmement subsidiaire, que, quand même la compétence de la compétence aurait été exercée, et exercée de façon valable du point de vue formel, ceci ne saurait empêcher la Cour d'écarter l'interprétation que le Sénégal prétend avoir été faite par le Tribunal et de reconnaître un excès de pouvoir dans le jugement de compétence. En effet, ainsi qu'il découle très clairement de la plaidoirie de Mme Chemillier-Gendreau, si le Tribunal avait interprété le compromis comme le prétend le Sénégal, c'est-à-dire dans le sens que son article 2 ne visait pas tous les espaces maritimes et qu'il ne serait pas nécessaire que découle de la sentence, directement ou indirectement, la délimitation de tous ces espaces, il aurait commis une erreur majeure et, de surcroît, manifeste.

Je rappelle seulement que l'interprétation contraire était l'interprétation commune aux deux parties, exprimée pendant la procédure arbitrale. Si elles divergeaient sur les possibilités du Tribunal quant à la réponse à la première question, elles étaient d'accord pour estimer que l'article 2 visait l'ensemble des espaces maritimes. La valeur interprétative de la conduite subséquente des parties à un traité est un principe bien établi en droit international. Cette conduite prend d'autant plus d'importance si elle révèle une interprétation commune, quoiqu'à peine partiellement.

Je crois qu'on peut même dire que, de par leur pratique déclarative devant le Tribunal arbitral, les Parties étaient allées jusqu'à établir un accord interprétatif partiel concernant l'article 2 du compromis, qu'elles en avaient fait une *interprétation quasi authentique*.

Quoiqu'il en soit, des affirmations des Parties durant la procédure arbitrale ressort, sans qu'il y ait lieu à aucun doute, que quand elles ont conclu le compromis, elles avaient l'intention de régler, par l'intermédiaire du Tribunal, la question de la frontière de tous les espaces maritimes et, donc, d'appeler les arbitres à décider de sorte à ce que toute la frontière soit, directement ou indirectement, établie.

*

* *

Jusqu'à présent j'ai analysé l'abstention de l'exercice de la compétence de la compétence par le Tribunal exclusivement du point de vue de ce que j'ai appelé son effet *négatif* (effet négatif de l'abstention). L'exercice de la compétence de la compétence introduit un obstacle, quoique simplement relatif, à l'interprétation du compromis par l'instance d'appréciation de validité. Si la compétence de la compétence n'est pas exercée, tout simplement cet obstacle ne se soulève pas. D'ailleurs, l'obstacle étant simplement relatif, on a vu que, dans le cas d'espèce, même s'il existait, il serait surmontable. De ce point de vue, l'abstention de l'exercice de la compétence de la compétence apparaît comme non-exercice d'un *pouvoir*.

Nous avons constaté toutefois que l'exercice de la compétence de la compétence constitue aussi l'objet d'un *devoir* de la part du Tribunal. Si les parties au compromis attribuent aux arbitres la compétence de la compétence, c'est pour qu'elle soit exercée par rapport aux questions posées durant la procédure. De cette perspective, l'abstention de l'exercice de la compétence de la compétence, ou son exercice non valable, signifient le *non-accomplissement d'un devoir*. Quelles en sont les conséquences ? L'abstention de l'exercice ou l'exercice non valable de la compétence de la compétence ont-ils des effets que l'on pourrait dire *positifs* ?

Il faut remarquer que dans le cas d'espèce il y a *deux abstentions* (l'une conditionnée par l'autre) qu'il est nécessaire de maintenir distinctes : l'une concerne l'exercice de la compétence de la compétence, l'autre le fond. D'une part, le Tribunal s'est abstenu de décider quant à l'interprétation du compromis. Notamment, il ne s'est pas prononcé, alors qu'on le lui demandait, sur la question de

savoir si, en cas de réponse à la première interrogation de l'article 2 dans le sens que l'échange de lettres de 1960 faisait droit pour certains espaces mais pas pour d'autres, il devrait répondre à la deuxième question en ce qui concerne ces derniers espaces. Il ne s'est pas prononcé non plus sur la question subséquente de savoir si, dans l'hypothèse de lignes différentes pour des espaces superposés, il ne faudrait pas établir une ligne unique de synthèse. Il s'agit ici d'une abstention de décision sur la compétence. D'autre part, le Tribunal n'a pas décidé sur la frontière de la zone économique exclusive ni (question subséquente) sur le tracé d'une ligne unique de synthèse entre les lignes divisaires du plateau et de la zone. Il s'agit d'abstention de décision sur le fond.

Je ne m'occuperai que de la question des conséquences de l'abstention d'exercer la compétence de la compétence, là où le Tribunal est appelé à le faire. J'ai auparavant essayé de délimiter quelques catégories et de définir les termes généraux du problème que peut poser, dans le domaine de la validité, le non-exercice de la compétence de la compétence, considéré du point de vue du non-accomplissement d'un devoir. On a vu que le problème surgit quand il y a décision partielle ou apparence de décision partielle sur la compétence, et que celle-ci peut être accompagnée, soit de l'absence de toute décision au fond, soit d'une décision ou d'une apparence de décision sur le mérite. C'est à cette dernière hypothèse que correspond le cas d'espèce.

La question est donc la suivante : est-ce que l'abstention d'exercice de la compétence de la compétence présente une quelconque autonomie par rapport à l'omission ou à l'abstention de décider au fond ?

Est-ce qu'on doit reconnaître quelques conséquences supplémentaires, disons, à cette abstention par rapport à celle qui consiste dans le fait qu'un obstacle, même relatif, ne se pose pas à l'instance d'appréciation de la validité dans son interprétation du compromis ? Que conclure dans la présente affaire ?

*

* *

La première sensation qu'on éprouve quand on lit les textes du 31 juillet 1989 est de surprise,

voire de stupéfaction, compte tenu de la contradiction entre la "sentence" et la déclaration du président. Peu à peu, elle devient aussi de malaise. On a le sentiment qu'il existe quelque chose non immédiatement apparent et objectivement malsain.

Je me suis demandé pendant pas mal de temps comment est-ce que l'on pourrait rationaliser les causes de ce sentiment. Une de ces causes tient au fait que l'omission de décider sur la compétence ait été consciente : il s'agit donc d'une abstention, au sens que nous avons précédemment attribué au terme. La déclaration du président montre, sans qu'il puisse y avoir de doute, que le problème du passage à la deuxième question était, non seulement un problème posé par les Parties, mais aussi un problème ouvert au sein du Tribunal.

Toutefois ce n'est pas la seule cause du malaise. Peut-être cette formule sera-t-elle susceptible d'en exprimer une autre :

Par le biais d'une non-décision a été produit un résultat (absence de décision sur le fond) qui ne pourrait être légitimé que par une majorité se prononçant dans un certain sens : celui selon lequel le Tribunal n'aurait pas à examiner la deuxième question.

C'est-à-dire : la non-décision produit le résultat que serait celui d'une décision n'ayant pas été prise, sans que, donc, les conditions de légitimité découlant de celle-ci se vérifient et hors de toute condition de légitimité.

La situation pose tous les problèmes que soulève l'abstention (partielle) de décision sur le fond, mais pose encore des problèmes *supplémentaires*.

Car l'abstention de décider sur la compétence porte atteinte à la rationalité minimale exigible d'un tribunal et d'une sentence et à l'intégrité de la fonction judiciaire elle-même.

Là où il y a abstention de décision sur la compétence, la délimitation du champ où va s'exercer, au fond, l'activité du tribunal devient tout à fait *arbitraire*. Il n'est pas le fruit d'une décision raisonnée (bonne ou mauvaise), mais du hasard.

L'abstention de décision sur la compétence amène à un résultat équivalant à celui que produirait une certaine décision possible et pas à celui qui découlerait d'une autre tout simplement parce que la dernière, à l'inverse de la première, exigerait une activité subséquente du Tribunal.

Parmi deux prétentions des Parties concernant la compétence du Tribunal, une qui réclame que le Tribunal décide au fond sur un point, une autre qui soutient qu'il ne doit pas le faire, l'abstention de décision donne nécessairement la victoire à la seconde, non parce qu'elle est estimée la bonne, mais *tout simplement parce qu'elle n'appelle pas à une activité subséquente*. L'abstention d'exercice de la compétence de la compétence, dans une situation pareille, produit un résultat *aveugle*. Tout rapport rationnel avec le compromis est perdu, toute rationalité disparaît.

De reconnaître une quelconque efficacité juridique à une "sentence" rendue en de telles conditions signifierait, au surplus, violer le principe de l'égalité des parties et le droit de chacune d'elles à que ses prétentions soient ou non retenues selon leur mérite. La partie gagnante et la partie perdante seraient prédéfinies par le seul fait de l'objet de leurs prétentions.

Sans que la question de compétence sur laquelle le Tribunal s'est abstenu soit décidée et sans que la décision sur le fond soit prise, si le jugement concernant la compétence le réclame, une sentence qui aurait décidé sur certains autres points au fond, ainsi arbitrairement délimités, ne peut pas avoir de force obligatoire.

*

* *

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je tiens encore à souligner un autre aspect.

Sur le plan de l'interprétation du compromis en ce qui concerne la compétence, le problème de savoir dans quelles conditions et mesure le Tribunal devrait passer au jugement de la seconde question posée à l'article 2 n'était pas le seul sur lequel il avait à se prononcer. Il en existait un autre, celui de savoir si le Tribunal était autorisé à répondre à la première question d'une façon qui ne soit pas affirmative ou négative au regard de tous les espaces maritimes, c'est-à-dire qui ne soit pas totalement affirmative ou négative.

Les deux problèmes étaient *inséparables*, ils formaient une seule *et indivisible question*, qui exigeait une seule et indivisible réponse.

J'ai pris le soin, en début de plaidoirie, de vous rappeler, Monsieur le Président et

Messieurs les Juges, les termes d'après lesquels les parties ont, durant la procédure arbitrale, suscité et discuté le problème de la compétence et de la tâche du Tribunal. Ceci était important pour faire ressortir que les deux Etats se trouvaient bien d'accord pour dire que l'article 2 visait la totalité des espaces maritimes et qu'ils s'étaient liés par cette interprétation. Mais ce en quoi les Parties divergeaient est tout aussi pertinent. Car ce que l'une et l'autre soutenaient ne correspondait pas à deux positions possibles parmi une pluralité de possibilités, les positions des parties traduisaient les deux uniques hypothèses *pensables*, étant donné que l'article 2 visait la totalité des espaces maritimes. La thèse sénégalaise était insoutenable, on l'a vu. Elle était néanmoins pensable. Et pour le moment ce dont il s'agit ce n'est que de la "pensabilité" (c'est un néologisme, je le crois, excusez-moi, mais je ne réussis pas à me conformer à l'habitude de la langue française de s'opposer à ce qu'on substantive les adjectifs). Si l'on veut, pour l'instant il s'agit exclusivement de la susceptibilité d'être pensé. La thèse sénégalaise correspondait à la seule alternative pensable à celle de la Guinée-Bissau.

Dans ces conditions, le jugement de la question de compétence par rapport à chacun des paragraphes de l'article 2 était la *condition de possibilité* du jugement par rapport à l'autre paragraphe. Sous peine d'illogisme total, le Tribunal ne pouvait pas juger qu'il ne devait passer à la délimitation *ex novo* qu'en cas de réponse totalement négative à la première question que s'il jugeait, du même coup, c'est-à-dire, *dans le même acte*, qu'il ne pouvait répondre à cette première question que d'une façon non-uniforme pour tous les espaces; il ne pouvait pas non plus se juger compétent pour dire qu'il pouvait répondre à la première question d'une façon uniforme pour tous les espaces que si, dans le même acte, il jugeait qu'il pouvait et qu'il devait répondre à la deuxième question pour ce sur quoi la réponse à la première serait éventuellement négative.

La conséquence devient visible. Le Tribunal arbitral s'est apparemment estimé compétent pour donner, à la première question posée à l'article 2 du compromis, une réponse non-uniforme pour tous les espaces. Il n'a cependant pas décidé quant au passage à l'examen de la deuxième question.

Cette décision était toutefois la condition de la possibilité de l'autre. Celle-ci tombe donc, par absence de condition de possibilité. Le jugement implicite apparent, selon lequel le Tribunal se serait

jugé compétent pour dire que l'échange de lettres faisait ou ne faisait pas droit pour certains espaces, et non pour tous, ne subsiste pas.

On se demandera alors : le Tribunal ne pouvait-il pas écarter l'interprétation selon laquelle l'article 2 du compromis vise la totalité des espaces maritimes ? Ce serait une erreur, une erreur majeure, on l'a vu, mais n'était-ce pas une possibilité ?

Il aurait cependant fallu qu'on ait écarté cette interprétation du compromis, qu'on ait jugé dans le sens qu'il n'était pas nécessaire que la sentence conduise à la délimitation de tous les espaces. Or, sur ce point, il n'y a eu nulle décision. Ce serait la conception de l'un des arbitres, non celle du président. Et on a déjà vérifié que la première phrase du paragraphe 87 de la "sentence" ne correspond à aucune décision.

Si l'on introduit l'hypothèse de l'interprétation du compromis dans le sens que la délimitation de tous les espaces maritimes ne devrait pas découler nécessairement de la sentence, la condition de possibilité du jugement de compétence selon lequel le Tribunal serait autorisé à donner à la première question posée au compromis une réponse qui ne vaille pas uniformément pour tous les espaces maritimes devient *alternative*. Ou bien le Tribunal juge que, contrairement à l'accord des Parties, il n'est pas exigé que la sentence conduise à la délimitation de tous les espaces, ou bien il juge qu'il doit passer à l'examen de la deuxième question. Mais il est nécessaire qu'un des termes de l'alternative - *l'un ou l'autre, mais un* - se concrétise. Seulement à cette condition il est possible d'exclure l'interprétation alternative par rapport à la question de compétence en ce qui concerne la première question posée à l'article 2 du compromis, c'est à dire, que le Tribunal ne pourrait répondre que oui ou non pour tous les espaces.

On s'aperçoit maintenant de toute la portée de la déclaration du président du Tribunal arbitral. D'une part, il se trouvait tout à fait en désaccord avec le paragraphe 87 de la sentence et il le dit. Ceci confirme que ce paragraphe ne correspond à aucune décision du Tribunal. D'autre part, le président a compris que le jugement de compétence nécessaire pour répondre à la première question posée à l'article 2 du compromis d'une façon qui ne vaille pas uniformément pour tous les espaces maritimes avait une condition de possibilité. Selon lui, cette condition, en conformité d'ailleurs avec

les motifs de la sentence, serait la décision de passer à l'examen de la deuxième question pour ce qui était de la zone économique exclusive. Il a voulu l'expliciter : le *plus logique* de la réponse du président à la première question, dont la Guinée-Bissau a parlé au mémoire, c'était qu'elle portait le jugement implicite de passer à la deuxième question. En l'absence de ce plus logique, nulle condition de possibilité du jugement de compétence nécessaire à la réponse à la première question ne s'est réalisée. Le jugement ne subsiste pas.

Le Tribunal s'est paralysé en cours du processus de jugement. Face à l'impasse qui s'est établie, on a oublié de prendre le vote du troisième arbitre.

On n'a pas su dépasser la différence entre ce qui était, non deux, mais trois points de vue.

Le cas d'espèce est bien plus grave et, du moins sous un aspect qualitativement différent de l'*affaire Cerruti*, bien connue dans l'histoire de l'arbitrage international.

Malgré que l'Italie ait imposé à la Colombie, par la menace de la force, l'acceptation de la sentence du président Cleveland du 2 mars 1895 et qu'un nouvel arbitrage ait réglé quelques aspects subséquents, on s'est demandé si la sentence n'était pas nulle du chef, parmi d'autres, de ne pas avoir décidé entièrement sur la compétence (p. ex., Pierantoni, ("La nullité d'un arbitrage international", *RDILC*, xxx, 1898), p. 459-460, Balasko, *Causes de nullité de la sentence arbitrale en droit international public*, Paris, 1938, p. 273). Cependant, s'il y avait éventuellement omission de décision sur la compétence, il n'y avait pas - bien au contraire de ce qui se passe dans le cas d'espèce - indivisibilité de cette question de compétence : on pouvait juger, de façon autonome par rapport à chaque prétention, si elle était ou non du ressort d'un tribunal international.

*

* *

La Guinée-Bissau a qualifié la "sentence" de *juridiquement inexistante* par absence de majorité.

Le Sénégal, s'appuyant sur Brierly, met en cause la valeur, en droit international, de la distinction entre nullité et inexistance. Je crois que l'interprétation, je dis cela avec tout le respect, l'interprétation de la note du professeur Brierly ("The Hague Conventions and The Nullity of Arbitral Awards", *BYBIL*, 1928, p. 114-117) n'est pas tout à fait correcte et son invocation me surprend quelque peu. Ce que l'auteur, en s'opposant à Lapradelle, mais en utilisant les mots employés par celui-ci d'inexistence et de nullité, disait n'avoir "jamais eu une place en droit international, et, puisque'elle dépend d'une machinerie organisée de révision, elle ne peut pas y avoir de place", c'était la distinction entre ce qu'aujourd'hui on appellerait la *nullité* et l'*anullabilité*. Il n'existerait que la nullité. La surprise à laquelle j'ai fait allusion, provient du fait que, dans le texte mentionné, le professeur Brierly met très nettement en cause la présomption de validité des sentences arbitrales arguées de nullité.

La distinction conceptuelle entre inexistance et nullité est, en soi-même, légitime. Sa portée pratique en droit international dépend de savoir si une présomption de validité est attachée aux actes nuls. Dans cette hypothèse il faut délimiter certains cas où la présomption ne jouera pas, soit parce qu'il y a absence d'un élément absolument essentiel et qu'il n'y a qu'une apparence d'acte (l'on peut parler ici d'inexistence *au sens littéral*), soit parce que le vice est particulièrement grave. Les conséquences pratiques, en droit international, d'une distinction entre inexistance et nullité sont donc conditionnées par la solution du problème de la présomption de validité. Sur ce point, je suivrais volontiers le professeur Brierly. D'ailleurs, dans son mémoire (par. 162, p. 61), la Guinée-Bissau a dit que, "si l'inexistence et la nullité absolue se rejoignent en principe dans leurs conséquences sur l'acte qu'elles atteignent, il est possible cependant de les distinguer dans leur origine". Puisque, toutefois, on ne pourrait pas donner comme acquise la solution de la question de la présomption de validité, la distinction entre les qualifications d'inexistence et de nullité continuerait d'avoir, dans le cas d'espèce, un fort intérêt, si la Guinée n'était pas venue devant la Cour, ou si le Sénégal, comme il annonça qu'il le ferait, avait contesté votre compétence. Le Sénégal changea d'avis - nous nous en réjouissons. La signification pratique de la distinction conceptuelle entre inexistance et nullité s'est réduite dans le cas d'espèce : que la Cour déclare l'inexistence ou qu'elle déclare la nullité, les

résultats seront semblables.

Bien plus important c'est ce que se maintienne claire dans notre esprit la distinction entre le plan du jugement de compétence et le plan du jugement de fond. La qualification d'inexistence attribuée à la sentence du 31 juillet 1989 est faite, à l'origine, sur le plan du jugement de compétence.

On ne parle pas tout simplement d'absence de jugement parce que le paragraphe 87 peut introduire une apparence de décision. On a vu que ce n'est vraiment qu'une apparence. On a vu que la question de compétence n'a pas été décidée. On a vu qu'aucune majorité ne s'est formée sur la *question indivisible* de compétence.

Me dira-t-on : mais n'est-ce pas que, quand la "sentence" répond à la première question en disant que l'échange de lettres faisait droit pour certains espaces, cela signifie que l'on s'est implicitement jugé compétent pour décider au fond de cette sorte ? N'y a-t-il pas, quoique seulement pour ce qui est d'une réponse variable selon les espaces, un jugement implicite ? Je réponds : la question de compétence était indivisible, on ne pouvait pas décider sur ce point sans décider sur la question du passage à la deuxième question, il fallait qu'une majorité se forme sur le tout indivisible.

Subsidiairement, je peux affirmer : même si l'on considère qu'une décision implicite existe, elle est nulle parce que la question de compétence était indivisible et n'admettait pas une réponse parcellaire; elle est nulle, au surplus, par défaut de motivation. Quoiqu'il en soit, il n'y a aucune réponse valable sur la compétence.

Quelle en est la conséquence pour ce qui est de la décision sur le fond ?

On revient au problème de ce que l'on pourrait appeler les effets *positifs* du non-exercice ou du non-exercice valable de la compétence de la compétence.

J'ai auparavant insisté sur le fait que, dans le cas d'espèce, maintenir la décision au fond serait contraire aux conditions minimales de rationalité exigibles d'une sentence et à l'intégrité judiciaire elle-même, puisque la délimitation du domaine où, au fond, l'activité s'exerça fut tout à fait arbitraire et aveugle. Il faudra, cependant, avancer encore un peu.

Imaginons une hypothèse maximale. Elle ne correspond pas au cas d'espèce mais elle aura la valeur d'un test final.

Supposons un tribunal arbitral appelé à décider sur sa compétence, qui ne le fait pas ou ne le fait pas valablement. Toutefois, il a jugé sur le fond. L'instance d'appréciation de validité conclut qu'il n'y a effectivement pas eu de décision valide sur la compétence. Cependant, elle estime que, même par hasard peut-être, ce sur quoi le Tribunal arbitral a décidé au fond serait exactement, ni plus, ni moins, exactement, ce que, selon l'avis de ceux qui jugent maintenant, il devrait décider. Ne doit-on pas reconnaître que la décision sur le fond se maintient, malgré l'invalidité de la décision sur la compétence ?

On est au coeur du problème. Vous voyez, Monsieur le Président, Messieurs les Juges, quelle est la condition pour qu'on puisse répondre affirmativement : *que l'instance d'appréciation de la validité se constitue comme instance d'appel pour ce qui est du jugement de compétence.*

Il faudrait que l'instance d'appréciation de validité puisse, elle, introduire le jugement de compétence là où il fait défaut, puisse le remplacer là où il est invalide, puisse enfin le réformer là où il est erroné.

Mais, n'y-a-t-il donc pas lieu au vice d'incompétence des sentences arbitrales ? L'instance d'appréciation de validité ne peut-elle pas faire un jugement tout court de compétence, pour savoir si les arbitres se sont tenus à celles-ci ? Oui, elle le peut, si les arbitres n'avaient pas la compétence de la compétence ou s'ils n'étaient pas appelés à l'exercer, la question de compétence n'ayant pas surgi. L'instance d'appréciation de validité ne peut-elle pas cependant reconnaître une erreur *in judicando* dans l'exercice par un tribunal arbitral de la compétence de sa compétence ? Oui, elle le peut, mais non par la voie de réformation du jugement de compétence, tout simplement parce que, compte tenu de la tension inévitable entre le principe *extra compromissum nihil arbiter facere potest* et la compétence de la compétence des arbitres et de par la circularité de celle-ci, l'erreur majeure est admise comme cause de nullité des décisions de compétence des arbitres. Il s'agit d'une forme d'excès de pouvoir - c'est le Sénégal lui-même qui le reconnaît (CM, par. 64-65, p. 28-29).

Au cas où l'arbitre exerce ou est appelé à exercer la compétence de la compétence, il n'est plus question pour la décision sur le fond, d'un vice d'incompétence - sous cet aspect et dans ces termes, Lapradelle et Verdross avaient raison. La situation est à la rigueur d'*invalidité conséquente*. Si on

insiste à trouver un vice, il s'agira de défaut de présumé, que l'on peut considérer comme une modalité de l'excès de pouvoir.

Le Sénégal a, à juste titre, insisté sur l'importance du concept de compétence de la compétence et sur la différence entre demande d'invalidité et appel. Il faut, toutefois, qu'on poursuive le raisonnement jusqu'au bout.

*

* *

La réponse à la première question posée à l'article 2 du compromis du 12 mars 1985 est donc privée du présumé nécessaire que représenterait la décision indivisible de compétence que le Tribunal arbitral était appelé à prononcer et qu'il n'a pas prononcé. Seulement pour le cas où cette conséquence n'est pas retenue, il faut passer à une étape ultérieure de l'analyse. Ce n'est plus mon affaire, ce sera celle de M. Keith Highet. Merci de votre attention, Monsieur le Président, Messieurs les juges.

The PRESIDENT : Thank you very much, Mr. Galvao Teles, and now I think we will adjourn for 10 minutes and then hear Mr. Keith Highet. Thank you.

L'audience est suspendue de 11 h 15 à 11 h 45.

The PRESIDENT: Please be seated. Mr. Highet.

Mr. HIGHET: Mr. President, Mr. Vice-President, Members of the Court. It is always a great honour to plead before you, but today it is a particular pleasure for me to address the full Court in its new composition, and under its present leadership.

I join my colleagues in order to challenge the imposition of an unjust result of an arbitration on our client, the Republic of Guinea-Bissau.

I am fully aware of the difficulties that this presents for the Court. It is not an easy matter to consider or set aside the decision of another tribunal, in particular where that tribunal has been established by the express will of the Parties. Indeed it is both a sensitive and a precarious matter to seek to review, in any way, the judgment or decision of another tribunal in the field of international law. This Court cannot become a court of appeal or *cassation* for the determinations of other panels.

Nor would this be a proper result for the course of international law generally. As Senegal has pointed out extensively in her written pleadings - and will doubtless do so again in oral argument - it would be wrong to seek to undermine the international arbitral process by protesting every award, by collaterally attacking every decision of every arbitral panel when one loses a case in arbitration. That would be chaos.

Indeed many of us here have had first-hand experience with the most unsatisfactory trend a few years ago in international mixed arbitral practice - the trend toward collateral attack on the processes and decisions of arbitral panels by the employment of every known stratagem of the litigator, including attacks on the basis of inconsistency with the municipal laws of the place of arbitration and attacks on similar grounds on actions brought in third States for the enforcement of awards. We also know that the reaction of States to the difficulties presented by the increased use of the "collateral attack technique" has been to adopt various forms of national arbitration laws limiting these possibilities, and also to conclude conventions relating to arbitral practice generally.

It would, we can all assume, be all the more disastrous for the future of public international arbitration if every award that displeased a party were to be subject to an application to the Court

for a declaration of nullity - a disguised appeal, one might think - a wolf in sheep's clothing.

The Court has notably also been cautious about its own rules of interpretation and revision of judgments, as is well known. Just as the judgments of the Court are final and without appeal under Article 60, subject only to revision in exceptional circumstances: so should arbitral awards be final and without appeal, particularly when - as in the present case - the compromis says so¹. Guinea-Bissau does not in any sense wish to appear to act inconsistently with this principle.

Yet there are other principles at stake. They must be weighed together with the principle supporting *stare decisis*. Those principles are that an arbitration tribunal must not and cannot act inconsistently with the will of the parties, without risking the accusation of acting in excès de pouvoir and in consequence causing the award of such a tribunal to be a nullity. To hold otherwise would permit a null award, a "decision" taken outside the competence of an arbitral tribunal or beyond its powers, to pretend to be an international arbitration decision that would engage the international responsibilities of the parties to implement and respect.

These opposing interests, Mr. President, are not, as Guinea-Bissau well knows, on a level playing field. There is a heavy burden on a party to an arbitral award who seeks to have it declared null or non-existent. There is of course a presumption of validity, supporting the rule of arbitral *stare decisis* that must be overcome.

But what if it is overcome? What if there are severe lacunae in an arbitral award? What if the arbitrators acted in a way that was clearly and unequivocally inconsistent with the arguments that had taken place before them, and with the intention and desires and the common understanding of the parties? What if the arbitral award were partial, and *partial in a particularly critical way*?

Let us say that the award completed only two out of three tasks that it had been asked to do. In some cases, such as the Chile/Argentina arbitration in 1966², the Court will recall, those tasks could be remedied: a fresh arbitration in that case came along and plugged up the gaps in the boundary. But in other cases - admittedly a small minority - the juridical nature of one task is interrelated to that of the other and it might not be possible merely to "fill in the blanks"; it would be necessary to go back to the drawing-board and to do one's sums all over again.

We should therefore stress, Mr. President, that it is also the view of Guinea-Bissau that the present procedure is not an appeal. That is common cause between the Parties. To appeal a decision means that the Court is invited to get inside the spirit of the tribunal and the minds of the arbitrators in order to decide whether they have made mistakes that can or should be corrected. In the concise words of Judge Winiarski in his individual opinion in the *Awards of the Administrative Tribunal* opinion: "appeal is one thing, and refusal to give effect to a judgment which is a nullity is another"³.

The latter case is this case. The Court does not have to evaluate the reasoning of the arbitrators or judges of that other panel, except to determine whether the result would have been any different if the arbitrators had followed the rules.

What the Court is doing is to exercise its powers under its Statute. These are powers to which Guinea-Bissau and Senegal both have consented by virtue of their optional clause declarations. The Court is invited to decide in accordance with its Statute "any question of international law" - or perhaps "the interpretation of a treaty" - under Article 36, and is requested by Guinea-Bissau to indicate that Guinea-Bissau is not bound, as a question of international law, by the "award" rendered on 31 July 1989. To decide that is the same thing as deciding that the same award is null and void, or of no effect, or non-existent, or that it does not exist as an "award" that generates legal rights and obligations.

Indeed, Mr. President, the relief sought by Guinea-Bissau in this case is narrow and limited, and is grounded on very specific elements in the award of the Tribunal. As has been noted by my colleagues, the single distinguishing factor of arbitral practice is that arbitrations are the creations of the sovereign will of the parties. It follows that if States do turn to arbitration, and if their arbitrators stray from that will for even a *scintilla juris*, the consequences are those of excès de pouvoir and potential if not actual nullity. As we say, it goes with the uniform ...

The role of this Court in those circumstances is nonetheless still, of course, a delicate and a difficult role. We of course recall the *King of Spain* case in 1960, where the Court was faced with a substantial challenge to an arbitral award, and resolved it against the challenger and as the Court

will recall, that case was an enforcement action by Honduras against Nicaragua, with Nicaragua pleading the nullity of the award. It was not a case to be taken lightly, any more than is the present case.

As the Court will also recall, in the *King of Spain* case the Court disposed of the matter by finding that Nicaragua had

"by express declaration and by conduct, recognized the Award as valid and [that] it is no longer open to Nicaragua to go back upon that recognition and to challenge the validity of the Award"⁴.

The Court however did consider the four grounds of pretended nullity advanced by Nicaragua, saying that

"even if such complaints had been put forward in proper time, the Award would, in the judgment of the Court, still have to be recognized as valid"⁵.

The Court began the process of examining the challenges to it by Nicaragua by pronouncing the famous *dictum* that

"the award is not subject to appeal and ... the Court cannot approach the consideration of the objections raised by Nicaragua to the validity of the Award as a Court of Appeal"⁶.

The Court then added that it

"is not called upon to pronounce on whether the arbitrator's decision was right or wrong. These and cognate considerations have no relevance to the function that the Court is called upon to discharge in these proceedings, which is to decide whether the Award is proved to be a nullity having no effect."⁷

There were essentially four reasons advanced by Nicaragua, and rejected by the Court, for the nullity of the Award.

1. The first reason was that the arbitrator had, inconsistently with the Gamez-Bonilla Treaty, "fixed what he regarded as a natural boundary line without taking into account the Laws and Royal Warrants of the Spanish State which established the Spanish administrative divisions before the date of independence"⁸.

The Court found this complaint "without foundation inasmuch as the decision of the arbitrator is based on historical and legal considerations" in accordance with the Treaty⁹. That was the first complaint.

2. The second complaint in the *King of Spain* decision was that the arbitrator exercised discretion that he had not been given under the Treaty, "to exercise his discretion in granting

compensations in order to establish, in so far as possible, a well-defined natural boundary line ...¹⁰."

The Court examined the Treaty and the rules of its Article II, and reached the conclusion that

"the arbitrator was under obligation to take into account the whole of Article II, including paragraph 6, to assist him in arriving at his conclusions ... and, in applying the rule in that paragraph, he did not go beyond his legitimate scope"¹¹.

3. There was a third complaint by Nicaragua. That was one of "essential error" in the arbitrator's evaluation of evidence and documents. The Treaty, the Gamez-Bonilla Treaty, had granted the arbitrator the power, in considering the "'plans, maps and other similar documents which the two Governments may submit' ... to prefer those which he 'deems more rational and just'" and that was what the arbitrator had been granted. The Court said that

"the instances of 'essential error' that Nicaragua brought to the notice of the Court amount to no more than evaluation of documents, and of other evidence submitted to the arbitrator",

and the Court held that

"[t]he appraisal of the probative value of documents and evidence appertained to the discretionary power of the arbitrator and is not open to question"¹².

4. Finally, the fourth point advanced by Nicaragua. I will quote the closing paragraph of this relevant section of the *King of Spain decision*.

"The last ground of nullity raised by Nicaragua is the alleged lack or inadequacy of reasons in support of the conclusions arrived at by the arbitrator. However, an examination of the award shows that it deals *in logical order and in some detail with all relevant considerations and that it contains ample reasoning and explanations in support of the conclusions arrived at by the arbitrator*."¹³

Now, Mr. President, of course the defects claimed to have existed in the arbitration by the King of Spain fell far short of the defects that exist in the award under challenge in this case today. How does our case compare with the *King of Spain* case?

Remember the first ground of nullity asserted in the *King of Spain* decision: (i) instead of claiming that the majority of the arbitral panel in our case had merely failed *to take into account* laws and regulations that it had been requested to consider, Guinea-Bissau says that the majority of the Tribunal did take into

Alternatively, Guinea-Bissau is saying in this case that the majority of the Geneva panel *failed* to undertake critical steps in the procedure that, again, it had been requested to do - such as to

answer a question, to express a coherent single line, to publish a map, and to give reasons in support of its decisions. None of these was done.

As to the second ground in the *Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906*: instead of saying that the majority of the tribunal in our case *exercised* discretion that it had not been granted under our *compromis*, Guinea-Bissau says that the majority of the tribunal *failed to exercise* at least two duties that it had been asked to perform.

As to the the third ground in the *King of Spain* case, here we are on wholly different terrain again. Instead of saying that the majority of the Tribunal in Geneva had committed essential error *in exercising a discretionary power to evaluate evidence*, Guinea-Bissau says that the majority of the tribunal committed essential errors in its evaluation of the law of the sea, when no discretionary power was given.

Finally, turning to (iv), the fourth ground of nullity, the last one asserted by Nicaragua in the *King of Spain* case, rather than it being possible for the opinion of the majority of our tribunal to be characterized as "deal[ing] in logical order and in some detail with all relevant considerations and ... contain[ing] ample reasoning and explanations in support of [its] ... conclusions," Guinea-Bissau in this case is attacking conclusions reached by the majority of the Tribunal in Geneva with no *reasoning* whatever — none, and certainly with *no explanations*.

For example, Mr. President, the *compromis* says, as you know, in Article 9, paragraph 1, that "the tribunal shall inform the two Governments of its decision regarding the questions [not 'question', the 'questions'] set forth in Article 2 of the present Agreement," and in Article 9, paragraph 3, the *compromis* continues "the Award shall state in full the reasons on which it is based".

It follows, Mr. President, that a decision of the Tribunal on the second question was required by Article 9, paragraph 1, of the *compromis* and that giving reasons on which that decision was based was likewise required by Article 9, paragraph 3, of the *compromis*. Yet the famous Delphic wording of paragraph 87 of the award, describing that the tribunal was "bearing in mind the above conclusions reached by the tribunal and the actual wording of Article 2 of the Arbitration Agreement", and saying that "in the opinion of the Tribunal it is not called upon to reply to the

second question," is by no stretch of the imagination, I would submit, Sir, a statement in full of the reasons on which that part of the decision is based; there is absolutely no way in which that can comply with that clause. The parallel would be if this Court were, for example, to seek to comply - it would be unthinkable - with Article 56, paragraph 1, of the Statute merely by saying that it had reached a judgment, or was of a certain opinion, but without expressing any reasons on which the judgment was based.

Later on I will review other elements in this case that so clearly distinguish it from the Arbitral Award rendered by the King of Spain. But, Mr. President, if the King of Spain had done the same kind of job on his Arbitral Award on 23 December 1906 that the majority of the Tribunal here did on their award of 31 July 1989, and had Nicaragua not accepted that award by word and deed, this Court in 1960 could not have dismissed the claims of nullity advanced against his decision.

*

* *

With permission, Mr. President, I would like now to turn to the question of the task of the Court seen in a larger context. One recalls the apt phrase - a memorable phrase - of Chief Justice John Marshall of the Supreme Court of the United States, in *McCulloch v. Maryland*, where he said: "We must never forget that it is a *constitution* that we are expounding.¹⁴" Here it is a *treaty* that is being examined: the 1986 compromis. The Court has not been asked to examine the award of the Tribunal, as *such*. Guinea-Bissau is most mindful of the delicacy of the undertaking in this case.

We are not seeking a substantive revision of an arbitration decision. We are seeking a declaration that it is null and void. As you, Mr. President, stated yesterday at the opening of our hearings, "It is the *legal status* of those findings that is now in dispute before the Court," is and if I may supply a phrase: "... not those findings themselves".

Yet there is a difficult paradox here, for it is impossible to determine the legal status of the findings without examining them, to determine among other things whether they comply with the

compromis or whether they are supported by reasoned motivation. Obviously, as a matter of cold logic, one must look at the substance of the award. Otherwise one cannot possibly tell what it is that the arbitrator, or the arbitrators, if the President is included, in fact decided. And we must know that before we come to any conclusion that what they did do and what they did decide was beyond the scope of the compromis.

Thus we have to look at some of the substance, in order to point out to the Court why the arbitral award should be nullified, just as the Court considered the matters of substance in the *King of Spain* case. But this is not the same as *acting* on the substance.

It is not a review on the merits in the nature of an appeal. It is not designed to change the award of the arbitral Tribunal; it is designed to decide whether that award is fatally flawed and as a result is not a valid "award" at all.

Similarly, the Court is invited to look at the broader juridical context in which the purported arbitral award is intended to take effect. The Court has to understand the consequences of permitting an award to remain unchallenged or unchallengeable, because - although it is not the Court's job to engage in a form of *triage* of inadequate arbitral awards, it is the business of the Court - assuming, of course, proper jurisdiction - to examine whether or not the arbitral award makes sense, whether or not its "reasons" are really "reasons", and whether or not the result reached is so far out of line with contemporary juridical reality that a brooding suspicion - that the award may be wholly *ultra vires* - gradually becomes clearer, and clearer, until it becomes quite clear indeed that the whole thing was an *excès de pouvoir*.

What is the larger context against which the arbitral award in this case must be measured? In the *King of Spain* case it was the law and practice of land boundary settlement commissions and arbitrators. Here it is obviously the law of the sea, and in particular the law of the continental shelf and of the exclusive economic zone.

Looking at the implications of these legal elements, we can better see whether the compromis has been properly implemented in this larger context; whether the plain meaning of the text was that a

single line of delimitation was sought and that both questions should have been answered; to see whether the absence of a map is fatal; to see whether the Arbitral Tribunal gave a reasoned opinion supporting the things that it did; and to see how the issues could have been answered differently if both questions had been answered and a map supplied.

With this in mind, then, Mr. President, I would like to turn to an analysis of whether the case before the Arbitral Tribunal was divisible into several different pieces, or whether it was all of one piece.

First, the problem of the single line. This has been amply dealt with by my colleague, Professor Chemillier-Gendreau, who has even indicated chapter and verse in the oral and written pleadings of Senegal before the Arbitral Tribunal¹⁶. There can be no question that the relief sought from the Tribunal was for a single line of delimitation. Indeed, one might reflect that, no matter what other conclusions one may reach about the arbitral award, one is certainly struck by the fact that two out of the three arbitrators obviously agreed that there should be a single line, and that the Tribunal had not really done its job. In spite and in the teeth of the decision, the point has been maintained.

There is an old saying about commercial arbitrations, that the perfect arbitral award will give the language to one side and the decision to the other. Although Guinea-Bissau hardly received the decision in this instance and although it seems that it did not really benefit too much from the language either, there cannot be much question but that the words used by two out of three members of the Tribunal were "language", favouring a single line of delimitation for all maritime zones, and that those words also expressed the fact that they felt - and this is important - that the job had not been completed.

Senegal has qualified this by saying that Guinea-Bissau essentially acquiesced in the view that if the answer to the first question was "yes", then Guinea-Bissau would accept the whole line at 240°. Even if this appears to have been said, or implied, how *believable* is it? Why would Guinea-Bissau ever have acquiesced in or agreed to the extension of a line whose validity and opposability it was so seriously challenging and which it maintained so vigorously was inequitable

and not in accordance with the modern law of the sea?

I am not going to bore the Court into exhaustion with an exhaustive review of the back and forth in the written pleadings about the various drafts of the *compromis*, and the statements made, and other elements of *travaux préparatoires*. What this kind of investigation is bound to show, as the Court certainly knows from its own long experience, is that various people and government representatives say different things at different times. Sometimes representatives of Guinea-Bissau knew what they were supposed to do; at other times they might have overlooked things. The same is true of Senegal, with respect. It is an imperfect world. Without becoming involved in a disquisition on *travaux préparatoires*, it is sufficient to note that what one must always look at is the overall picture, and what one must always try to bring to bear on that inquiry is the rare talent of common sense.

Above all, one must not forget to look at the overall context of international law in which all this has been going on. How probable was it, Mr. President, that the representatives of Guinea-Bissau, who after all were hotly contesting the opposability of the 1960 exchange of letters, would have agreed in principle that there would be one single line and that if they were to lose the arbitration on the first question, they would then be satisfied with the same line as that imposed by the exchange of notes, for all the rest of their delimitation, including their brand new maritime zones that had never been delimited? The question answers itself.

All the Judges will recall, most vividly, that at the very time that the *compromis* was being negotiated between Guinea-Bissau and Senegal the Law of the Sea Convention had just recently been finalized, that its Preparatory Commission had started to meet, and that this Court had just decided three important cases fully reflecting - I repeat, fully reflecting - the application of equitable principles in matters of delimitation. It was the very year of the *Malta* case¹⁷, 1985, it was the year after the Gulf of *Maine* case¹⁸, three years after the *Libya/Tunisia* case¹⁹, and - one must hardly forget it - the very year of the *Guinea/Guinea-Bissau* arbitration, with Judge Lachs serving ably as the President of the Tribunal that decided a single maritime boundary in accordance with equitable principles.

The overall international law context helps to inform our common-sense understanding of the plain meaning of the text of the *compromis*. How could Guinea-Bissau have mortgaged its exclusive economic zone and most of its continental shelf on a gamble that the Arbitral Tribunal would reject the exchange of letters? And, in particular, with that historical context surrounding them and staring them in the face?

Far from any intricate academic formulation, Article 31, paragraph 1, of the Vienna Convention is no more and no less than a rule of reason and common sense. A good faith interpretation of treaty provisions "in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms ... in their context and in the light of their object and purpose". What could better suit that prescription than the common sense that I am seeking to apply here?

It is therefore clear, if not compellingly clear, that both Parties in 1985 wanted one line to resolve all their troubles. Now they obviously anticipated different things. But just because Senegal anticipated one line at an azimuth of 240° hardly means that Guinea-Bissau shared that same expectation. Guinea-Bissau obviously hoped that the 240° azimuth would go out the window together with the exchange of letters that had agreed on it. But this is not the same as saying that Guinea-Bissau would have accepted the 240° azimuth for all purposes. The only common-sense conclusion that could be drawn about Guinea-Bissau's intentions or purposes in 1985, apart from the point that it is obviously difficult to anticipate everything in 1985 - or any other year - with clarity, was that in case the Arbitral Tribunal found the 1960 exchange of letters opposable to Guinea-Bissau, then the Arbitral Tribunal should go on and delimit the balance of the maritime zones, making whatever adjustments and balancing up of interests might be required to bring the 1960 boundary into line with equitable principles and the more contemporary international law of the sea.

This might have included a wide variety of alternatives - broken lines, half-effect, equitable adjustments, and the like. President Barberis of the Arbitral Tribunal even hinted in his statement that the line "might not have coincided with the line drawn by the 1960 Agreement".

It would certainly have involved a far more scrupulous weighing of the equities by the

Tribunal, in extending the 1960 continental shelf line to the 200 nautical miles limit. One need only glance quickly at paragraph 85 of the award to see that no consideration whatever - I repeat, no consideration whatever - was given by the majority of the Arbitral Tribunal to equity and equitable principles, and the need to find an equitable solution. The Tribunal applied a form of technical sophistry, mischaracterizing the application of "intertemporal law" and completely misconceiving the idea of a "dynamic criterion" under the 1958 Convention. It went to those lengths in paragraph 85, indeed, but it did not even pay lip-service to the fundamental basics of the 1982 Convention on the law of the sea that had in fact permitted it to engineer the extension of the 1960 line all the way out to the limits of the continental shelf envisaged by the 1982 Convention.

How such a finding can be consistent with the law of the sea wholly escapes me, yet it is that law that is used by the Arbitral Tribunal in a highly selective and artificial manner to enable it to push the 1960 line out to the 1962 limit. With all the recitations and concerns about a single maritime boundary, Guinea-Bissau for its part would never have been content to leave the delimitation at that, with part of its continental shelf delimited in accordance with the 240° azimuth - the line disregarding the Bijagos archipelago in a way which no court would ever have done in the late 1980s - and just abandoning the balance. The fact that Guinea-Bissau may regrettably have assumed that the 1960 exchange of letters could not possibly be sustained does not create a presumption of intent, nor does it matter what Senegal thought or intended, unless Guinea-Bissau can reasonably be viewed as having thought or intended the same thing.

If they intended two different things - and common sense tells us that this must obviously have been - so then where was the necessary meeting of the minds to form a proper treaty commitment in the first place?

One does not even have to go that far. It will do to stop right at the threshold of the compromise. One cannot avoid the conclusion that the Arbitral Tribunal failed to interpret its own grant of power correctly, as Mr. Galvao Teles has elaborated earlier this morning, in accordance with the mutual intentions of the Parties, unless one can convincingly make two hypothetical

assumptions. Neither one is realistic to the slightest degree.

The first hypothetical assumption would be that Guinea-Bissau intended that its commitment to arbitrate involved the possibility of the Arbitral Tribunal deciding against Guinea-Bissau on the exchange of letters and then refusing to answer the second question, leaving the economic zone fully uncharted.

The second completely untenable assumption would be that Guinea-Bissau intended that its commitment to arbitrate would in such an eventuality have meant that Guinea-Bissau would have been content with the loser's line for all purposes. It could not have been the mutual or joint intention of the Parties, if one of the two had entertained a very different idea all along concerning the role of the Arbitral Tribunal, the role that it was intended to play and the things that it was supposed to do.

It might be more appropriate to word this proposition in terms of the burden of proof or the burden of persuasion in this case. Perhaps it would be better to say that it is for Senegal to prove that in the conclusion of the *compromis*, Guinea-Bissau was fully prepared to abandon the application of equitable principles - or the reaching of an equitable solution - in relation to most of its shelf and all of its economic zone - and all of that within three years of four great maritime delimitation cases under the new law of the sea, one of which specifically involved Guinea-Bissau as a Party.

How can this be squared with the seemingly straightforward formulation of Article 2, paragraph 2, of the *compromis*? This says: "in the event of a negative answer"; it does not say "to the extent of a negative answer". As we all know, had the *compromis* said the latter, we would not have to be in this Court today; or if we were here, we could at least have made our visit even briefer than it is. This would of course had been the case *a fortiori* had the *compromis* explicitly included negative reasons (as Mrs. Chemillier-Gendreau described them yesterday²¹) rather than just negative results.

But the *compromis* did not say "in the event of a negative answer" any more than it did say "to the extent of a negative answer". This is only an English translation from the French and Portuguese

originals, as English is not the authentic language of the *compromis*. Out of courtesy to our learned friends on the other side, let us fasten for a moment on the French language.

The original French words of the *compromis* did not use the words "[i]n the event of". It used the words "en cas de [réponse négative]". This translates as "in case of", a more general supposition; it does not translate as "in the event of" implying a more singular or specific outcome. That idea is more properly conveyed by "au cas de", words which were not, in fact, used²². And I have given you a dictionary reference. In a nutshell, the English translation of Article 2 that has been used in these proceedings would perhaps be better worded by saying "In case of a negative answer", instead of "in the event of a negative answer". That could more readily embrace the idea of a partially negative response to the first question than might the expression "in the event of", which sounds more limitative and singular.

Mr. President, I am well aware that this may be a question of semantic nuance, but it does support the overall common-sense reading of the situation. Guinea-Bissau could not possibly seriously have intended either to let the rest of the maritime delimitation go by default, if she were to have lost on the 240° line, any more than she could have intended that line to be automatically applied outwards to the edge of the continental shelf or even to include the economic zone. Both such hypotheses are absurd.

If Guinea-Bissau did not intend that, then there was either no collective intent underlying Article 2 of the *compromis* - which may well be true - or, in any event, the *compromis* should be interpreted in accordance with that lack of intent. What would that interpretation be? Surely it must be that the arbitrators had to do the whole job - that they just could not quit after the first question. As I have said, this view was confirmed by two men on the spot: President Barberis and Arbitrator Judge Bedjaoui.

It is in this context that I would like to turn briefly to President, Barberis's declaration. Mr. Galvao Teles has already dealt with its other implications. What I can add is that the declaration does more than merely show lack of reasoning and absence of a real majority on the Tribunal: it also confirms the reasonableness of an interpretation that says that a total delimitation was intended, and

that a total delimitation was not delivered. At least two out of three arbitrators thought that there was a need that had not been addressed. Just as the task set by the *compromis* was "indivisible", so must the result be of assigning that task to the Arbitral Tribunal. The award is therefore equally "indivisible".

When the award was handed down in July 1989 that was it. Where is the "tribunal" today? It does not exist anymore. It has no office, it has no telephone, you cannot call it up, it does not have a Registry, no hearing room, no secretarial staff, not even any files, no location. Yet, once it has gone, it leaves behind the award. It is like the disappearance of the Cheshire Cat in *Alice in Wonderland* - the Tribunal in this case being the Cat, and the award of July 1989 being its "grin, which remained some time after the rest of it had gone²³".

But what can one do seriously with an award that is basically flawed: that has failed to tackle the job it was supposed to do, and done something else instead? What happens when the panel disappears, having done less than it should and having affected the outcome by doing just that? Can one permit the partial award to subsist as an international obligation, or should it or may it be disregarded?

Now the Parties can always reconstruct an arbitral tribunal that would finish the job; but to finish the job, it would have to re-do it, because all parts of maritime zones are related to all other parts and indeed those Judges here who have sat on the big delimitation cases of the 1980s know that for a fact. Many of us here will remember, during the *Tunisia/Libya* case in 1982, when the Law of the Sea Convention was just about to become final, how there was at that time great puzzlement about the new and unexplained relationship between the continental shelf and the exclusive economic zone. Judges of the Court put some hard questions on this subject during the oral proceedings in that case. There can be no question that these zones are closely intertwined, and deliberately so.

Of course it is also possible that the Parties can come back to this Court for a further and final disposition of this problem, as Guinea-Bissau has started to do in her Application filed on 12 March, and to which my colleague, Professor Chemillier-Gendreau, has referred. But *renvoi* of this arbitral

decision is impossible. It cannot be sent back for completion because there is nowhere to send it. The transitory, the ephemeral, quality of *ad hoc* arbitral proceedings has its good sides and it has its bad sides. This is one of the bad sides. What do you do when the arbitral tribunal makes a mistake, or it botches the job it was supposed to do? You cannot send it back.

The obvious and sole alternative is to do what we are trying to do in this case. You can seek - with jurisdiction - to have the purported or defective award declared a nullity, to permit the Parties to thrash it out once again, and this time to try to get it right.

The award itself is likewise indivisible. Indivisibility here relates to the practical functionality of a decision. In simple words: can you fix one part without touching another? We say that in the law of the sea, with overlapping maritime zones, you cannot, and specifically so when the Parties - even if for different reasons - and the arbitrators, by a secret majority, if you will, all seemed to agree that there was to be one maritime delimitation line and that it would do the whole job with a line - in the words of President Barberis - "which might or might not have coincided with the line drawn by the 1960 Agreement".

Perhaps this is an appropriate moment to test the present situation against the background of arbitral practice. The issue of divisibility has a profound effect on the potential for *excès de pouvoir* and the corresponding risk of nullity.

An incomplete and fragmentary award need not be nullified if the dispute is largely divisible. If, for example, there are multiple, independent claims, an arbitrator's failure to answer all of them need not vitiate his efforts to resolve some of them. Moreover, if the uncompleted portion of the award can stand on its own without casting doubt upon the rectitude or viability or authenticity of the completed portion, the award *in toto* need not be nullified. However, to the degree that the claims form an interdependent whole or that the validity of each portion is dependent upon the validity of the others, the failure to resolve one issue may undermine efforts to resolve the rest.

At issue in the *Chile/Argentina* case in 1966²⁴, for example, was the question whether uncertainties as to a particular portion of a 1902 award put the entire boundary in question, or whether the boundary was basically valid but in need of further delimitation. As the Court will

recall, the Parties submitted this issue in 1966 to an arbitral panel organized under the auspices, not of the King of Spain, but of the Queen of England. The 1966 panel determined that the 1902 finding was valid for most of the boundary and then it went on to determine where the remainder of the boundary should lie.

The issue in that case, of course, was rather narrow. The question put to the arbitrators was: "To the extent, if any, that the course of the boundary between the territories of the Parties in the Sector beyond boundary posts 16 and 17 has remained unsettled since the 1902 Award, what, on the proper interpretation and fulfilment of that Award, is the course of the boundary in that Sector?"

The second subsequent arbitral panel determined that the incompleteness of the first award could be remedied by further delimitation and therefore did not require nullification. The segment of the boundary in question - that between posts 16 and 17 - stood on its own. It did not raise doubts about the validity of the boundary beyond those posts.

Similarly, in the *Orinoco Steamship Company* case, 1910²⁶, to which Mrs. Chemillier-Gendreau referred, the Court will also recall that the panel of The Hague Court found that the umpire's earlier award in 1904 attempted to resolve several, independent, claims. Consequently, the panel separately assessed and determined the validity of each portion of the award without reference to the others. Ultimately, it also nullified one of the umpire's awards as an *excès de pouvoir*:

"Excessive power may consist, not only in deciding a question not submitted to the arbitrators, but also in misinterpreting the express provisions of the Agreement in respect of the way in which they are to reach their decisions, notably with regard to the legislation or the principles of law to be applied²⁷."

In this case, the Court found an *excès de pouvoir* (1) because the umpire addressed questions not put to him, and (2) because the umpire relied on legal principles and technical objections specifically foreclosed by the Parties' agreement. Each claim stood alone, however, and did not affect the validity of the others. Consequently, the other portions of that award remained in force as The Hague Court addressed *de novo* only the underlying dispute of the nullified claim.

Unlike the *Chile/Argentina* and *Orinoco Steamship Company* cases, however, this case - the case of the arbitral award of 19 July 1989 - is not divisible. It is not comprised of separate,

independent, claims, or segments of a boundary that stand on their own, but rather a unitary, indivisible question: What is the single maritime boundary between these Parties? This is neither a case in which the faulty portions of the award can be severed from the correct ones, nor is it a case in which the fragmentary nature of the award can be remedied by a simple act of completion. Rather, it is a case in which the panel, by failing to address the boundary as a whole, fatally undermined its efforts to resolve it in part.

Unlike the *Chile/Argentina* case, the ambiguity in this controversy does not concern a segment of a boundary between two posts, but rather the boundary as a whole. Unlike the *Orinoco Steamship Company* case, the flaws of the award cannot be remedied in isolation, because they affect the whole of the maritime boundary. The arbitrators' inconsistent interpretation of the 1960 *compromis* in light of the Law of the Sea Convention creates and created a fundamental contradiction that goes to the heart of the dispute. On the one hand, the arbitrators invoked the Law of the Sea Convention to grant the Parties a 200 nautical mile continental shelf. On the other hand, the arbitrators failed to apply the principle of equity, also embodied in the Law of the Sea Convention, that required them, in identifying a single maritime boundary, to reconcile the delimitation of the continental shelf with an equitable delimitation of an exclusive economic zone.

Thus, the failure of the arbitrators in the present case to delimit the zone is analogous neither to the uncertain boundary between posts 16 and 17 in the *Chile/Argentina* case, nor to the isolated and independent claim erroneously decided by the umpire in the *Orinoco Steamship Company* case.

The boundary of the exclusive economic zone cannot be determined - and hence the delimitation of a single maritime boundary cannot be completed - without reviewing or revising the boundary of the continental shelf. The failure of the arbitrators to delimit the zone not only contradicts the intent of the Parties to settle their dispute by the delimitation of a single boundary, but also undermines the rectitude, the viability and the integrity of the award.

Among the most frequent causes of nullification is the failure of an arbitrator to act within the terms of the parties' agreement. In the *Costa Rica-Panama* 1914 Arbitration, the Court may recall, the question of the arbitrator was at issue as to whether he could devise a solution that went beyond

the submissions of the Parties. As the reviewing arbitrator, Chief Justice White of the United States Supreme Court, concluded:

"The controversy as to the boundary between the parties ... was limited to a boundary line asserted by one party and to that asserted by the other ... As the line of boundary fixed by the previous award ... was not within the matter in dispute or within the disputed territory ... it results that such award was beyond the submission and ... the Arbitrator was without power to make it, and it must therefore be set aside and treated as non-existing²⁸."

The Chief Justice determined that the arbitrator's discretion was strictly limited by the parties' agreement:

"Discretion or compromise or adjustment, however cogent might be the reasons which would lead the mind beyond the domain of rightful power and however much they might control if excess of authority could be indulged in, can find no place in the discharge of the duty to arbitrate in a matter in dispute according to the submission and to go no further. No more fatal blow could be struck at the possibility of arbitration for adjusting international disputes than to take from the submission of such disputes the element of security arising from the restrictions just indicated²⁹."

Failure of the arbitrator to discharge his duties consistent with the terms of the parties' agreement is, therefore, grounds for nullification. In the case at hand, both Guinea-Bissau and Senegal had wished that their arbitration should result in a single maritime boundary, and that the arbitral panel should also provide a map. The panel's refusal to determine the boundary of the exclusive economic zone, or to provide a map, is grounds for nullification.

Under what circumstances might nullification be appropriate? In the case concerning the *Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906*³⁰, this Court addressed the question and suggested that, if the arbitrator exceeded his jurisdiction by failing to comply with the terms of the parties' agreement or by committing an "essential error" in the application of law, the award might be nullified³¹. It also suggested that nullification might be justified by the arbitrator's failure to provide a logical explanation that took into account all relevant considerations³². Finally, it concluded that an award that makes it difficult for the parties to determine the boundary without difficulty, or that leaves a meaningful gap in the boundary, might also be nullified³³.

Having reviewed the record, the Court concluded that it would not have nullified the arbitrator's award on those grounds, even if Nicaragua were not estopped from objecting to it. The manner in which it rejected Nicaragua's claims, however, is instructive to us today. The Court did

not state that those grounds could not ever result in nullification. What is said was that the facts in the *King of Spain* case did not produce adequate grounds for nullification: the facts of the case. It is a distinction with a difference.

For example, the Court rejected Nicaragua's assertion that the award left a gap of a few kilometres in the boundary and, therefore, was null. In doing so, the Court implied that a significant gap in the boundary might be cause for nullification³⁴. Similarly, the Court rejected Nicaragua's assertion that the changeable character of a mouth of a river made the identification of a boundary based on that river unacceptably difficult. In doing so, the Court suggested that an award that, in fact, was sufficiently obscure to make a substantial portion of the boundary difficult to identify might be nullified³⁵.

The present case is, perhaps, the kind of case that the *King of Spain* Court had most clearly in mind. Here there is more than a gap of a few kilometres. Indeed, the award's silence on the boundaries of the exclusive economic zone not only leaves undetermined a line more than 300 kilometres long but, more importantly, draws into doubt the rectitude and integrity of the remaining lines. Similarly, the uncertainty of the award in the present case does not simply go to the shifting character of the mouth of a river, it goes to the fundamental principles that should determine a single maritime boundary.

Moreover, the selective reliance by the arbitrators on the Law of the Sea Convention amounts to an essential error in the application of law. Their interpretation of the "dynamic criterion" (para. 85 of the award) in the 1958 Geneva Convention on the Continental Shelf, so as to include the "dynamic" development of international law; their failure to reconcile their delimitation of a 200-nautical-mile continental shelf - consistent with the Law of the Sea Convention - with the equitable principles that govern the delimitation of that same shelf, as also provided in that Convention; and their failure to take into account the limitations of Article 83, paragraph 4, of the same Convention: all these elements suggest that the award reflects essential errors in the application of the relevant law.

Similarly, the arbitrators failed to provide a sufficiently logical, well-reasoned award that

complied with the terms of the parties' agreement. On one hand, they concluded that the law that applied was the law in force in 1960 and that, therefore, they could not delimit the exclusive economic zone, a maritime area which did not at that time exist. On the other hand, they did take into account what was termed the "dynamic" development of international law to the 200-nautical-mile limit, as if it were a measure of exploitability, or a sort of legal isobath.

Moreover, it is clear from the *compromis* and the pleadings of the Parties that both Guinea-Bissau and Senegal intended that the panel indicate a single boundary, and resolve their dispute once and for all. The panel's failure to delimit by majority vote a single boundary was, therefore, a manifest example of *excès de pouvoir*. That we are in court today - not to appeal the award but to nullify it - underscores the fact that the arbitrators failed to discharge their appointed duty.

Mr. President, if my arithmetic is correct, I could beg the indulgence of the Court to run a little past 1 o'clock. Thank you, Sir.

Thus, according to the criteria set out in the *King of Spain* case, the arbitrators in the present controversy exceeded their jurisdiction, committed an essential error in the application of the law, failed to provide a logical and well-reasoned opinion, and left sufficiently substantial gaps as to cast doubt upon the award as a whole. Their refusal to provide a map as requested serves as further evidence of their failure to discharge their duty consistent with an accurate application of the law.

There is one final contrast with the *King of Spain* case. One need hardly dwell on the historical fact that the Court's decision, while it did not find these other grounds sufficient for nullity in 1960, nonetheless was on the basis of estoppel or acquiescence.

"Nicaragua, by express declaration and by conduct, recognized the Award as valid and it is no longer open to Nicaragua to go back on that recognition and to challenge the validity of the Award³⁶."

That was the central point of the Court's decision.

There was a prejudicial element undoubtedly also present, which must have had its effect on the attitude of the Court toward the effort for nullification. The Court said:

"Nicaragua's failure to raise any question with regard to the validity of the Award for several years after the full terms of the Award had become known to it further confirms the conclusion at which the Court has arrived³⁷."

That is hardly the question here, Mr. President. As Mrs. Chemillier-Gendreau has already noted, the representative of Guinea-Bissau has already been accused of harassing the President of the Arbitral Tribunal at the sitting where the arbitral award was delivered and read. Guinea-Bissau was swift to react, too swift, says Senegal. Guinea-Bissau was vigorous in her reaction: too vigorous, it is said. The point is a different one. The point is that Guinea-Bissau wasted not a day, not an hour, probably not very many minutes, before going plainly on the record that the result of the arbitration tribunal's deliberations was completely out of line with ordinary expectations: that the tribunal had not done the job it was asked to do and, in plain English, that the result was a complete mess. The contrast with Nicaragua's conduct over years and years of silence on the question, on which the *King of Spain* case was decided, could not be more dramatic.

Another consequence of the "indivisibility" of the compromis as well as the indivisibility of the award - defective or not - is that the subject-matter of the dispute is not settled. It has been expanded and complicated into a new dispute. This is precisely what arbitral practice should be designed to avoid.

One may take the position, Mr. President, that, if parties want to go to arbitration rather than come to the Court, this is the risk they run. The Court has clearer standards for review and interpretation of its judgments, and certainly clearer standards for its judgments to begin with. Arbitration is a different world: there is no continuity, no rules, no continued existence of an institution with which to deal.

Guinea-Bissau is not just a "sore loser" in this case. There is obviously great confusion between these Parties, and this has been so since August 1989. The record is replete with contradictory press statements, official statements, interpretations, assertions, counter-assertions, claims, ripostes, and so forth. What a contrast to the decision of this Court and of other arbitral panels.

At the conclusion of the Anglo-French Arbitration, with the exception of the loxodromy issue, the United Kingdom and France knew exactly where they were³⁸.

At the conclusion of the *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* case both Canada and the United States knew exactly where they stood. At the end of the *Guinea/Guinea-Bissau* case the same was true. The decision was welcomed by *Guinea-Bissau* and has been widely praised as painstaking and fair, even if not a decision of this Court.

The Parties knew where they stood at the end of the *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)* case, and even if one of the Parties claimed not to know where it stood at the end of the *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)* case, when it brought a new case to this Court for revision or interpretation of that Judgment, it was told quite decisively and emphatically where it did stand, and that was an end of the matter³⁹.

But look at the situation confronting the Parties in this courtroom today. To paraphrase Gilbert and Sullivan, this is the very model of modern legal misery. It is a paradigm of a bad juridical situation. Instead of security, we have lack of security. Far from having predictability and fairness, there is unpredictability and unfairness. In a nutshell, it would seem that just those things that were most needed to be resolved between the Parties were ignored by the Arbitral Tribunal. Rather than being a case where less is more, in this instance less was, definitively and unequivocally, less.

To recall the thought earlier this morning by Mr. Galvao Teles, there is a heavy burden on a tribunal that is deliberately doing less than it has been called upon to do, especially when the tribunal is the creature of the Party. He said:

"... la non-décision produit un résultat que serait celui d'une décision n'ayant pas été prise, sans que, donc, les conditions de légitimité découlant de celle-ci se vérifient et hors de toute condition de légitimité"⁴⁰.

In plain English, if a tribunal wishes to do an incomplete job, it had better make sure that all the arbitrators are aboard. Here they not merely lost one at sea, but the second was barely hanging on to the raft.

I do not wish, Mr. President, to re-canvass all of the formal grounds of insufficiency and nullity here. We have the issues of failure to respond to the second question, the production of a single line, the absence of reasoning, and the absence of a map. I and my colleagues have by now

fully dealt with the first two issues, but permit me to turn only briefly to the latter two - absence of reasoning, absence of map.

Keeping in mind what I first said earlier today about the inescapability of looking at substance in the course of a nullity procedure such as the present case — keeping this in mind, one must examine the cogency and the logic of the reasoning adopted by the Arbitral Tribunal.

It is our contention that the reasoning of the Arbitral Tribunal is defective among other areas in the context of the Law of the Sea. It is this context, rather than others also germane to the Arbitral award, that relates to the unfinished and unfinishable business of the now long-departed Arbitral Tribunal *disparu*. It is thus appropriate to examine it.

The fragmentary or incomplete nature of the award is inconsistent with the contemporary Law of the Sea which, as now expressed in the 1982 Convention, is intended to provide an equitable legal régime for the oceans. It cannot be applied in a fragmentary manner. But the reading given by the Arbitral Tribunal in paragraph 85 to the inter-relationship between the 1960 Exchange of Letters and the provisions of the 1982 Convention is illogical.

Paragraph 85 of the award is erroneous. It is also inconsistent with itself. The award excludes the application of the 1960 Agreement to the exclusive economic zone on the ground that the zone did not exist in 1960, but it includes the application of the 1960 Agreement to the continental shelf out to 200 nautical miles beyond the 200-metre isobath or limits of exploitability, on the ground that the reference in the 1958 Geneva Convention on the Continental Shelf to exploitability includes a "dynamic criterion" - those were the words of the Tribunal - which can also take into account the fact that the law now contemplates that the continental shelf extends past its Geneva confines to 200 nautical miles from the baselines.

This is a mixture of two inconsistent types of legal elements. "Exploitability" and isobaths are factual: their dynamism has nothing whatever to do with the "dynamic" growth of customary - and now conventional - international law relating to the outer limits of the shelf and of the new economic zone. The "dynamic criterion" must be read as being conceptually different from the definitional provisions⁴¹ or delimitation provisions⁴² in the Convention. As well as mixing opposites, like and

unlike, the Arbitral award cites the principles of inter-temporal law, and proceeds to attempt to find a loophole through them based on the "dynamic criterion", since inter-temporal law would, in fact, require the precise opposite from the result endorsed by the Arbitral Tribunal. It would require that contemporaneous commitments be measured against the situation in effect at the time of the undertaking, not at a later date. It is a loophole, indeed, but it is also too narrow and it does not work.

The "dynamic criterion" loophole means, according to Senegal, that the delimitation accomplished under the 1960 Agreement - assuming that it was accomplished - can be applied further seaward by virtue of the 1982 Convention⁴³.

This analysis also ignores the specific *renvoi* in the 1982 Convention, in Article 83, paragraph 4, to the provisions of agreements in force⁴⁴. The *renvoi* must mean in this context that the provisions of Article 83 - the delimitation of the shelf - do not apply to the extent that there is an agreement in force between the States concerned, in which case:

"Questions relating to the delimitation of the continental shelf shall be determined in accordance with the provisions of that Agreement."

This must include not merely the location of the lateral boundary between one State and another, but the actual extent of the maritime zones that the States intended to delimit in their prior agreement. The "dynamic criterion" cannot enlarge the maritime zones of Guinea-Bissau and Senegal other than in accordance with the terms of the 1960 Agreement and the Treaty to which it refers - the 1958 Geneva Convention.

By now it becomes more and more clear that the fragmentary or incomplete award has by its very incompleteness contributed to the erroneousness of the result as a matter of substance. Had the fragmentary or incomplete award been complete, could the Tribunal seriously have held what it did in paragraph 85?

It would have had to examine where the boundary for the exclusive economic zone would have lain and how it could be recognized as falling on the 240° azimuth by equitable principles⁴⁵.

It could not have committed the "inter-temporal law fallacy" I just mentioned. The exclusive economic zone did not exist in 1958 or in 1960, and it would have been clear that the dynamic

character of the 1960 Agreement - with *renvoi* to the 1958 Convention - had nothing to do with the dynamic development of customary law. This would have been sufficient to explain how the language of Article 83, paragraph 4 of the 1982 Convention is to be applied⁴⁶.

The Tribunal would have been forced to measure the results against the requirements of the Law of the Sea Convention. The language in paragraph 79 of the award, about "right of verification or review" is inexact. What the Arbitral Tribunal would have had to do was to take into account the requirement of an equitable solution. How could such a solution today have been compatible with a "single line of determination" based on 240° azimuth? This ignores the Bijagos Archipelago: it could not possibly have been reconciled with Articles 74 or 83 of the 1982 Convention⁴⁷. The fallacies presented in the Arbitral award would not have been perpetuated if the Tribunal had been obligated to reconcile the line it "found" with the line it had to find.

By now, Mr. President, it should be fully apparent that, especially where the Law of the Sea is the context, a fragmentary or incomplete award is worse than none at all. In the absence of a fragmentary award, Guinea-Bissau would be free to achieve an overall equitable solution.

But with an incomplete award Guinea-Bissau is stuck with legal indications that do not take into account the equitable solution. In addition, they make it difficult if not impossible to achieve, since an incomplete and defective award puts the Parties in a permanent situation of substantive inequality, contrary to their avowed wishes, and inconsistently with the modern law of the sea.

It also places those Parties in a position of frozen uncertainty and ambiguity. This was revealed for example, by the fact that the fishing vessel arrests, protested by Guinea-Bissau in the proceedings last year on Provisional Measures, could not have been undertaken as a function of the exercise of any right of Senegal over its continental shelf. No taking of sedentary species was alleged. In the words of counsel for Senegal, "my information is that both sites of arrest by Senegal were in fact outside the contiguous zone beyond 24 miles from the baseline"⁴⁸.

Under what conceivable authority did Senegal make those arrests? One presumes, under the clouded authority of a unilateral and flawed interpretation of the clouded, and flawed, decision of the

Arbital Tribunal. It was under no agreement pursuant to Article 74 of the 1982 Convention.

On further study, the matter becomes even more clouded. As many Judges on the Court will recall, President Ruda, then President Ruda, put a question to Mr. Bowett at the end of the afternoon session, saying that in his

"argument and the map that we have before us, you have a line here of 200 miles beyond what used to be, at the time of the agreement of 1960, the extent of the territorial sea and the contiguous zone. How is it that you extend this line to 200 miles under the Award?"⁴⁹

The written answer given by the Agent of Senegal to this question was as follows :

"En ce qui concerne l'utilisation de cette même ligne, jusqu'à 200 milles, dans le contexte d'un litige concernant la juridiction des pêcheries (i.e. le contexte dans lequel l'illustration a été utilisée), le Sénégal désire simplement faire remarquer que les deux Parties ont toujours pris comme point de départ que, quel que soit l'endroit où se situe la frontière, il s'agirait d'une frontière maritime unique, valable pour toutes les zones maritimes, y compris les eaux surjacentes⁵⁰."

One cannot help noting that there is something mischievous going on here. The fishing zones of Senegal have now enjoyed a silent expansion south to the azimuth determined for the continental shelf by the 1960 Agreement: not by virtue of any provisions of that agreement, nor by virtue of any provision of the Arbitral Award of 31 July 1989, but apparently because "les deux Parties ont toujours pris comme point de départ [qu'il] ... s'agirait d'une frontière maritime unique".

Now, surely this is confusing. It is for this reason that Guinea-Bissau has filed its new case: it may be the only way to break the impasse as long as Senegal continues to rely on inferences it seeks to draw from an incomplete award.

As long as this matter is unresolved or unclarified, the Parties and third States will be presented with the classic dilemma of the irresistible force and the immovable object, itself a fallacy, but translated into the terms of the modern law of the sea. In this case the immovable object would be the award of the arbitral panel that we are seeking to remove and the inferences Senegal seeks to draw from it. The irresistible force, one would hope, would be the force of equity and of equitable principles in precisely that same law.

This also bears on the Tribunal's failure to produce any map. The map was asked for, in mandatory terms, by Article 9, paragraph 2, of the compromis. If it had been prepared, as instructed, the 240° line would have been shown clearly, and the inequity and incompleteness of the

result would have been clear for all to see. The two-dimensional pictograph of the situation would have brought home, as perhaps nothing else could have done, the problems of the legal approach adopted by the Arbitral Tribunal. In addition, however, the map would perhaps have clarified or at least limited the unjustified inferences that Senegal appears now to have drawn from the award itself - and has indeed acted upon, to the extent of making arrests of fishermen and their boats. That map was all the more required because of the partial decision of the Tribunal. If the Tribunal pulls up short of its task in one respect, surely that increases the need for it to adhere to the other aspects of its task, in another respects: it cannot diminish the burden on the Tribunal.

* * *

The modern law of the sea imposes a requirement for an equitable solution, as we all know, wherever possible to questions of maritime delimitation. The situation presented here, Mr. President, is of a former colonial country whose metropolitan predecessor had entered into a written agreement with another metropolitan power, not widely publicized, that in effect disregarded a major island archipelago off the coast.

When the Parties came to settle all of their overall boundaries in an *ad hoc* arbitration requesting the finding of a single boundary, and a map, the Tribunal ruled against the State possessing the island archipelago and it upheld the validity of the written agreement - even extending it to the outer limits of the continental shelf, without variation or without invitation to do so selectively.

All that enabled the Tribunal to do this was that it interpreted the compromis all too narrowly. It effectively brushed aside the second question in the compromis that would have required it to examine the other maritime zones and thereby apply the "equitable principles" that have so broadly been noted as forming the essential part of the law of maritime delimitation today. It refused to issue a map required by the compromis that would have clearly demonstrated the conflict between the result of the award and the equitable solution would have otherwise been reachable. It gave the

barest minimum of reasoning in support - indeed, in the critical issues of refusing to pass to the second question or to issue a map there was no "reasoning" at all.

It has been pointed out this morning by Senor Galvao Teles that where an award is deliberately truncated, there has to be a very high standard of coherence and consensus on the part of members of the arbitral panel. and this was hardly the case here. It is almost as if the burden of proof had shifted to the panel. Since the panel no longer exists, it cannot bear that burden. So the burden of persuasion at least must now be shifted to the beneficiary of the panel's award: that is the Respondent in these proceedings.

Stated differently, where it is clear that what an Arbitral Tribunal has done is less than the bare minimum, certain juridical consequences must flow from that. Particularly in a case of this type, where the Applicant is protesting the imposition against its will of an unfavourable and inequitable delimitation agreement entered into it by its former colonial overlord, the burden of proof or persuasion should be shifted to the party seeking the benefit of the award: a variation on the theme of *contra proferentem* so favoured by our opponents.

The burden becomes heavier when the result of the arbitral panel's determination, incomplete and fragmentary though it was, is also in support of an outcome that is hard to describe as being consistent with the contemporary law of the sea and equitable principles.

Mr. President, in closing I would like to suggest a practical rule of common sense for dealing with this situation.

When an arbitral tribunal has done its job, and its award is challenged by the losing party, there is a very heavy burden of persuasion on the challenger. It will probably be very difficult to nullify the award, unless some other reason is found. The burden of persuasion concerning the cogency of the award starts, and ends, on the State challenging its validity.

Where the Arbitration Tribunal has not done its job, but nonetheless explains why, clearly and cogently: its award, when challenged, may or may not be nullified. In all likelihood it will stand as long as the reasons given for short-cutting the *compromis* are good ones and if they are clearly explained. We can say, then, that a requirement of explanation or justification existed, that the

incongruity between the aware and the *compromis* had to be explained, but that such a requirement was satisfied by the Arbitral Tribunal itself.

But what when the Arbitral Tribunal is wholly silent on its reasons for stopping short of requests in the *compromis*, what is the situation then? The burden of overall persuasion still of course remains overall with the challenger to the validity of the Arbitration, but what is the position as to this particular set of issues? Obviously the challenger has done all that it can, for the moment. The Arbitral Tribunal no longer exists, and so it can say nothing.

Who should have the job of explaining? Obviously, it must devolve on the party who claims to be satisfied with the results of the arbitration. Thus the burden shifts — more than notionally — to the respondent or the challenged party. This is not inequitable, for that party would be the beneficiary of the result of the arbitration. The burden is thus shifted by the context of the litigation to the party who would benefit by leaving the arbitral award in place, at the expense of the party who would suffer a detriment, as long as what is involved is on its face riddled with defects and void of reasoning.

How is this burden shift expressed? I would suggest three brief rules.

(i) One way would be: when evaluating the correctness of the procedures and substantive determinations of the Arbitral Tribunal, to resolve doubts in favour of the losing — rather than the winning — party. Thus, when there are two ways of reading a clause such as Article 2 or Article 9, one of which is liberal the other of which is restrictive, it should be in this instance the more liberal interpretation that prevails.

(ii) Another element that would be important is that in this instance the Respondent will have the burden of persuasion or the burden of argument not merely to supply explanations as to why the Arbitral Tribunal diverged from the charge of the *compromis*, but also as to a wholly separate and new issue: why indeed no explanations were given. This is part and parcel of the overall decision, is it not? How can a tribunal cut its answer short, and like jesting Pilate, not even stay for an answer and not even stay to provide one?

(iii) Finally, the burden of persuasion as to validity extends one step further. Where there has

not been just one ground for nullity, but several grounds for nullity, they should be viewed and judged together in a cumulative manner, as forming part of a whole that is indeed in this case greater than the sum of its parts. It is the cumulation of error and mistake that will permit an arbitral award to be set aside as null and of no effect in those circumstances.

Moreover, Mr. President, if the Respondent cannot supply the explanations that the Arbitral Tribunal should itself have supplied, but failed to do, then the award must fall and be treated as non-existing in law. The legal status of the findings of the Arbitral Panel will be determined to be a nullity, and the award no obligation of Guinea-Bissau.

Mr. President, thank you. Members of the Court, thank you for your patient hearing. If I may ask you to please call upon our Agent?

The PRESIDENT: Thank you, Mr. Highet. I call Mr. Cabral de Almada please.

M. CABRAL DE ALMADA : Monsieur le Président, Messieurs les Juges, avec l'exposé de M. Keith Highet les plaidoiries du premier tour de la Guinée-Bissau ont pris fin. Nous remercions la Cour de nous avoir écouté avec patience et attention. Je ne donnerai pas ici les conclusions de la Guinée-Bissau et je me réserve de le faire conformément au paragraphe 2 de l'article 60 du Règlement de la Cour à l'issue des dernier exposés du deuxième tour de la procédure orale, lorsque seront lus devant la Cour les exposés écrits des conclusions finales de la Guinée-Bissau. Je vous remercie, Monsieur le Président.

The PRESIDENT: Thank you very much. Shall we hear Senegal tomorrow morning at 10 o'clock. Thank you.

The Court rose at 01.10 p.m.

NOTES

1. Article 10, para 2: "The Award shall be final and binding upon the two States which shall be under a duty to take all necessary steps for its implementation."
2. 16 *R.I.A.A.* 109, 111.
3. *I.C.J. Reports 1954*, 47 at 55-56.
4. Case concerning the *Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906*, (Honduras v. Nicaragua), Judgment of 18 November 1960, *I.C.J. Reports 1960*, p. 192 at 213.
5. *Id.* at 214.
6. *Ibid.*
7. *Ibid.*
8. *Id.*, p. 215.
9. *Ibid.*
10. *Ibid.*
11. *Ibid.*
12. *Id.*, pp. 215-216.
13. *Id.*, p. 216. (Emphasis added.)
14. *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 417 (1819).
15. Hearing of 3 April 1991, CR 91/2, p. 8.
16. Hearing of 3 April 1991, CR 91/2, p. 56.
17. *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, *I.C.J. Reports 1985*, 13 (Judgment of 3 June).
18. *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Can./U.S.)*, *I.C.J. Reports 1984*, 246 (Judgment of 12 October).
19. Case concerning the *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, *I.C.J. Reports 1982*, 18 (Judgment of 24 February).
20. Court of Arbitration for the *Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea and Guinea-Bissau*, Award of 14 February 1985 [Translation from Official French Text], 25 ILM 252-307 (March 1986).
21. Hearing of 3 April 1991, CR 91/2, p. 22.

22. Cassell's French Dictionary (1962, 1981 ed.) at 132, 173.
23. "'All right,' said the Cat; and this time it vanished quite slowly, beginning with the end of the tail, and ending with the grin, which remained some time after the rest of it had gone." CARROLL, ALICE'S ADVENTURES IN WONDERLAND 74-75 (1867; 1965 ed.).
24. Argentina-Chile Frontier Case, Award of Her Majesty Queen Elizabeth II, 9 December 1966, 38 International Law Reports 18 (1969). 16 *R.I.A.A.* 109, 111.
25. *Id.* at 119.
26. Cour Permanente d'Arbitrage a la Haye: Sentence du Tribunal Arbitrale dans l'affaire de l'Orinoco Steamship Company, 11 *R.I.A.A.* 167, 173.
27. 11 *R.I.A.A.* 227, 237 at 239.
28. 11 *R.I.A.A.* 519, 528 at 543.
29. *Id.* at 546.
30. Case concerning the *Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906* (Honduras v. Nicaragua), Judgment of 18 November 1960, *I.C.J. Reports 1960*, p. 192.
31. *Id.* at 214-215.
32. *Id.* at 216.
33. *Id.* at 216-217.
34. *Id.* at 217.
35. *Id.* at 216.
36. *Id.* at 213.
37. *Ibid.* Emphasis added.
38. Arbitration between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic on the Delimitation of the Continental Shelf, Decisions of the Court of Arbitration dated 30 June 1977 and 14 March 1978, London, HMSO Misc. No. 15 (1978), Cmnd. 7438.
39. Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the case concerning the *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)* (*Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya*), *I.C.J. Reports 1985*, 192 (Judgment of 10 December)
40. CR 91/3, 4 April 1991, p. 33.
41. LOSC, Article 76.
42. LOSC, Article 83.
43. The 1982 Convention, Article 76, paragraph 1 provides:

"The continental shelf of a coastal State comprises the sea-bed and subsoil of the submarine areas that extend beyond its territorial sea throughout the natural prolongation of

its land territory to the outer edge of the continental margin, or to a distance of 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured where the outer edge of the continental margin does not extend up to that distance."

Paragraph 3 provides:

"The continental margin comprises the submerged prolongation of the land mass of a coastal State, and consists of the sea-bed and subsoil of the shelf, the slope and the rise. It does not include the deep ocean floor with its oceanic ridges or the subsoil thereof."

44. The 1982 Convention, Article 83, paragraph 4 provides:

"Where there is an agreement in force between the States concerned, questions relating to the delimitation of the continental shelf shall be determined in accordance with the provisions of that agreement."

45. The 1982 Convention, Article 59 provides:

"In cases where this Convention does not attribute rights or jurisdiction to the coastal State or to other States within the exclusive economic zone, and a conflict arises between the interests of the coastal State and any other State or States, the conflict should be resolved on the basis of equity and in the light of all the relevant circumstances, taking into account the respective importance of the interests involved to the parties as well as to the international community as a whole.

- "46. The 1982 Convention, Article 74, paragraph 4 provides:

"Where there is an agreement in force between the States concerned, questions relating to the delimitation of the exclusive economic zone shall be determined in accordance with the provisions of that agreement." The 1982 Convention, Article 83, paragraph 4:

47. The 1982 Convention, Article 83, paragraph 4 provides:

"Where there is an agreement in force between the States concerned, questions relating to the delimitation of the continental shelf shall be determined in accordance with the provisions of that agreement."

48. Argument of Professor Bowett on 12 February 1990; CR 90/2 at 18.

49. *Id.* at 20.

50. Answered dated 20 February 1990, page 6; transmitted from the Registry to Guinea-Bissau on 21 February 1990.