

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LACHS

*[Traduction]*

Je tiens à souligner tout d'abord que, malgré le rejet par la Cour des conclusions de la requérante, rien ne permet de dire que la Guinée-Bissau s'est rendue coupable d'un abus de procédure en contestant la sentence de 1989 devant la Cour. En effet, toute partie à une instance, et plus encore un gouvernement qui se doit de défendre les intérêts permanents d'une nation, a le droit intrinsèque de chercher à en faire annuler le résultat si elle estime que la décision prise est fondamentalement viciée. Cela est vrai même des décisions qualifiées de définitives, car on peut voir dans une décision viciée un mort-né, un simulacre de décision ou encore une décision inexistante, pour reprendre l'expression utilisée par la requérante en cette instance. En tout état de cause, la Guinée-Bissau a insisté que la présente instance ne constituait pas un appel, et le Sénégal en est convenu avec elle.

La Cour, afin de ne pas donner l'impression qu'elle s'érigait en cour d'appel, s'est bornée à déterminer s'il y avait un fondement quelconque aux conclusions de la Guinée-Bissau, en examinant l'une après l'autre chacune des critiques spécifiques de la requérante.

Or, une requête affirmant qu'un arrêt ou une sentence est « inexistante » ou « frappée de nullité absolue » suppose que tous les efforts déployés par la cour ou le tribunal en question pour rendre la justice et résoudre un différend ont été vains. Une telle affirmation ne peut que viser un ou plusieurs prétendus vices ayant un caractère essentiel, car elle ne se contente pas de contester une décision mais constitue bel et bien un rejet de l'ensemble du processus qu'a suivi le tribunal dans ses délibérations. En tant que telle, elle appelle un examen des plus approfondis.

A cet égard, l'exercice par la Cour de sa compétence à traiter des conclusions telles que formulées par les Parties ne l'empêchait pas, à mon avis, de procéder à une analyse plus serrée, sans pour autant empiéter sur le fond des questions que seul le Tribunal arbitral pouvait trancher. Une demande en annulation, en soi, n'interdit pas à la cour qui en est saisie de se pencher sur des questions de compétence et de fond, à condition qu'elles se rapportent à la question de la validité, car le traitement réservé à ces questions, par opposition à des questions de procédure de pure forme, peut constituer le cœur même de la revendication. Il n'était nullement interdit à la Cour de faire des commentaires convenant à sa qualité de garante des normes devant présider à l'élaboration des décisions de justice; elle aurait ainsi pu rendre un insigne service à l'institution sœur qu'est l'arbitrage.

Au nombre des éléments à analyser figure un document que la Cour a estimé ne pouvoir ignorer, à savoir la déclaration du président du Tribu-

nal arbitral. Aussi juste que soit la conclusion que cette déclaration n'a pas annulé le vote par lequel le président Barberis a permis au dispositif de faire l'objet d'une majorité, cette déclaration témoigne de toute évidence d'une approche de la compétence du Tribunal qui diffère de celle que reflète la sentence elle-même. Cette approche est traduite en termes prudents : il s'agit de ce que le Tribunal « aurait pu » et non « aurait dû » faire, mais l'unique raison d'être de ce corollaire négatif ajouté au dispositif de la sentence par la nouvelle formulation du président était manifestement de faire savoir qu'à son avis la compétence du Tribunal était en fait plus large que la sentence elle-même ne le laissait entendre. Cela ressort tout particulièrement de la seconde moitié de la déclaration. On ne peut que noter que la sentence ne précise pas s'il y avait eu un vote sur les questions importantes visées au paragraphe 87 de la sentence.

Or, la Cour pouvait examiner l'étendue de la compétence du Tribunal dans la mesure nécessaire pour déterminer si l'interprétation faite par le Tribunal lui-même de sa compétence, telle qu'elle ressort de la sentence, n'était pas manifestement intenable. A cette fin, elle a dû se fonder sur le libellé du compromis et du paragraphe 87 de la sentence, où réside le fond du problème. Mais, du point de vue de l'analyse, il n'y a pas lieu de douter que, loin d'être manifestement intenable, les propos du Tribunal ne renferment aucun élément permettant de conclure à la nullité, même à supposer que le fait de ne pas avoir épuisé sa compétence suffise à justifier une telle conclusion.

La déclaration du président Barberis conduit donc à douter que le paragraphe 87 constitue véritablement « l'avis du Tribunal ». Si dans la *réalité*, et non simplement à titre purement formel, ce paragraphe s'était inscrit uniquement dans l'argumentation de la sentence, cela n'aurait guère eu d'importance : comme en témoignent les opinions jointes au présent arrêt, un membre d'un tribunal n'a pas à être d'accord avec chaque moment du raisonnement avant de pouvoir voter en faveur d'une décision. Mais il se trouve que le paragraphe 87 non seulement s'inscrit dans le raisonnement, mais encore, sans le moindre doute, comporte deux décisions, dont l'une est d'importance majeure. Ainsi, la Cour penche du côté de la litote en se contentant de constater que la sentence peut « donner prise à la critique ».

En joignant sa déclaration, M. Barberis a fait en sorte de projeter une double image dans l'esprit du lecteur et à apparaître à la fois comme l'arbitre qui avait voté pour la décision telle qu'elle avait été prise et comme celui qui eût préféré non une décision totalement différente, mais l'inclusion d'une ou de plusieurs décisions concernant des questions sur lesquelles la sentence était demeurée muette. M. Barberis se trouvait donc face à un grave dilemme auquel l'on peut sincèrement être sensible ; mais, éminent juriste, il devait bien savoir les difficultés que l'avenir lui réservait et connaître les risques d'être, en tant que juge, en position de ne pouvoir se défendre face à des critiques. Comme l'a dit un sage il y a quelque quatre-vingts ans :

«La bouche du juge est cousue; il ne saurait nier ou réfuter la moindre chose dont on l'accuse, aussi injustifiée soit-elle ou quelle que soit sa réputation de juge juste et impartial...!» (*State of Delaware v. Glasgow*, US District Court, 1912.)

(Incomparablement plus grave encore fut la situation d'un juge autrefois blâmé — par certaines prétendues autorités — non pas pour avoir fait ce qu'il avait fait, ni même pour n'avoir pas fait ce qu'il ne pouvait faire, mais simplement pour la politique du gouvernement en place dans son pays à ce moment-là! Face à une telle attaque, le juge peut être impuissant.)

Néanmoins, malgré la relation inhabituelle entre la sentence et la déclaration du président, le fait est que cette déclaration est simplement un appendice rajouté après que le scrutin a donné naissance à la sentence. On ne peut admettre que la déclaration prime sur la sentence ou en modifie le sens. Il est raisonnable de supposer que les déclarations ou opinions d'un juge peuvent éclairer certains aspects des affaires auxquelles elles se rapportent. Elles peuvent quelquefois aider à interpréter les décisions auxquelles elles sont jointes. Cependant, si un texte joint peut provoquer un doute, voire lancer un défi, il ne saurait annuler la décision elle-même.

L'argumentation de la Guinée-Bissau témoigne toutefois d'un mécontentement plus général face à la façon dont le Tribunal a traité le différend entre les Parties et, de fait, il est difficile de se défaire de l'impression que le résultat n'a pas été proportionnel au temps qui y avait été consacré. Les espoirs de la Guinée-Bissau ont manifestement été avivés par l'intitulé du Tribunal, qui devait s'occuper de «la détermination de la frontière maritime», expression globale dont il y avait lieu de croire qu'elle engloberait l'ensemble du différend qui avait fait l'objet de négociations entre les deux Etats durant bon nombre d'années. Après avoir constaté l'échec de ces négociations, les deux Etats ont procédé à l'élaboration du compromis d'arbitrage. Mais c'est lors de la rédaction de ce traité que la diplomatie semble avoir failli en conférant au futur tribunal une compétence qui, dans certaines conditions, pourrait être jugée inadéquate au regard de l'objet et de la finalité du règlement de l'ensemble du différend. Je conviens donc avec le présent arrêt que l'origine du problème résidait moins dans la sentence elle-même que dans le compromis d'arbitrage dont elle est issue.

Cela dit, le libellé même de la réponse soulève de graves objections. La Cour considère que la motivation de la sentence «est brève, et aurait pu être plus développée». J'ajouterais que si la brièveté est une vertu, son excès peut refléter l'insuffisance de l'analyse, d'où la nécessité impérieuse d'expliquer la décision: on ne s'attend pas à une logorrhée, mais à une argumentation convaincante et à des explications suffisantes. Un clair exposé des motifs constitue un élément indispensable de tout arrêt ou de toute sentence. Comme il a été dit, une fois qu'une cour ou un tribunal arbitral en a été saisi, un différend devient un «différend éloquent» et

The declaration, however, diverges from the operative part of the Award concerning the phrase “with regard *solely* to the areas mentioned in that Agreement, namely the territorial sea, the contiguous zone and the continental shelf” (emphasis added) in paragraph 88 of the Award. This implies that the exclusive economic zone is left out. According to the view expressed by Mr. Barberis in his declaration, to this phrase of the operative part of the Award there should have been added “but does not have the force of law with respect to the waters of the exclusive economic zone or the fishery zone”. In the view of Mr. Barberis, this “partially affirmative and partially negative reply” would have enabled the Tribunal to deal with the second question and thus settle “the whole of the dispute” concerning maritime boundaries between the two States.

But at this point there arises the question whether the reply given to Article 2, paragraph 1, of the *compromis*, either explicitly or impliedly, can be characterized as a “partially affirmative and partially negative reply”. The question put in Article 2, paragraph 1, of the *compromis* is about the validity of the 1960 Agreement, which could only have referred to the territorial sea, the contiguous zone and the continental shelf, the only maritime spaces that existed at the time of the conclusion of the Agreement. Therefore no question of exclusive economic zone or fishery zone could have arisen. When the Tribunal answered the first question in Article 2, paragraph 1, of the *compromis*, it could only give an answer in respect of the territorial sea, the contiguous zone and the continental shelf, to the exclusion of any other space. By answering that question in the affirmative, the Tribunal performed its task fully. The answer cannot be presented as a “partially affirmative and partially negative reply”.

In paragraph 88 of the Award the word “solely” is explanatory rather than exclusionary. It does not mean that when the validity of the 1960 Agreement was raised before the Tribunal for decision, the Tribunal *admitted* that the Agreement had the force of law with respect to the territorial sea, the contiguous zone and the continental shelf, but *denied* its having force of law with respect to the exclusive economic zone or the fishery zone. Nor does it mean that the Tribunal gave an *affirmative* answer with respect to the first three spaces, but a *negative* answer with respect to the fourth, i.e., the exclusive economic zone or the fishery zone. In making the Award, the Tribunal simply could not have taken this space into account, inasmuch as the concept of exclusive economic zone did not exist at the time of conclusion of the 1960 Agreement. The validity or lack of validity of the Agreement with respect to the exclusive economic zone or fishery zone constituted no part of the object of the arbitration. Since the question of the exclusive economic zone or fishery zone was not before the Tribunal, it stands to reason that it could not have been passed upon by the Tribunal.

Such being the case, the Tribunal’s answer to the first question in Article 2, paragraph 1, of the *compromis* is a reply in full, not a partial one.