

## SEPARATE OPINION OF JUDGE NI

I agree with the decision of the Court that the Application of Guinea-Bissau should be rejected. I also agree generally with the line of reasoning contained in the Judgment. I feel, however, that certain aspects of the Judgment might call for further elaboration.

The present case involves the following two questions, which will be dealt with successively. They are: (1) whether the Award of 31 July 1989 should be considered inexistent because of the declaration made by the President of the Arbitration Tribunal, Mr. Barberis; and (2) subsidiarily whether the Award should be considered a nullity because the Tribunal failed to answer the second question in Article 2 of the Arbitration Agreement and also failed to append the map provided for in Article 9 of that Agreement, without giving reasons therefor.

## 1. ALLEGED INEXISTENCE OF THE AWARD

It is to be noted that, of the three members of the Arbitration Tribunal, Mr. Barberis and Mr. Gros voted for the Award, while Mr. Bedjaoui voted against it. If Mr. Barberis's declaration is to be viewed as a dissent from the Award, as alleged by Guinea-Bissau, the Award should, Guinea-Bissau contends, be considered as inexistent because it would no longer be supported by a majority. The declaration of Mr. Barberis has been quoted *in extenso* in paragraph 19 of the Judgment and will not be reproduced here.

On reading Mr. Barberis's declaration one notes that it contains a number of verbal forms in conditional tenses, such as "could have", "would have", "might have", etc. To a large extent it merely sets forth a series of doubts, reservations, suppositions or suggested variations without expressing any clear and decisive opposition to or contradiction with any part of the operative clause of the Award that would enable one to view the declaration as manifesting dissent.

On the contrary, the declaration affirms in substance, as does the Award, that the Agreement concluded by Exchange of Letters in 1960 has the force of law in the relations between the Republic of Guinea-Bissau and the Republic of Senegal. The declaration likewise affirms, as does the Award, that the Agreement is binding on the Parties with respect to the territorial sea, the contiguous zone and the continental shelf. It also indicates, as does the Award, that the Agreement does not bind the Parties with respect to the waters of the exclusive economic zone or the fishery zone.

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. NI

[Traduction]

Je suis d'accord avec la décision de la Cour selon laquelle la requête de la Guinée-Bissau doit être rejetée. De manière générale, je suis également d'accord avec l'argumentation figurant dans l'arrêt. Cependant, il est à mon sens certains éléments qui mériteraient un examen plus poussé.

Dans la présente affaire, deux questions de fond, que je traiterai séparément, sont posées : 1) la sentence du 31 juillet 1989 devrait-elle être frappée d'inexistence à cause de la déclaration du président du Tribunal arbitral, M. Barberis ; et 2) subsidiairement, la sentence prononcée est-elle entachée de nullité du fait que le Tribunal a négligé de répondre à la seconde question figurant à l'article 2 du compromis d'arbitrage et de joindre à sa sentence le tracé de la ligne frontière sur une carte, tel que prévu à l'article 9 du compromis, sans donner de raisons.

### 1. ALLÉGATION D'INEXISTENCE DE LA SENTENCE

Il convient de noter que, des trois membres du Tribunal arbitral, M. Barberis et M. Gros ont voté pour, alors que M. Bedjaoui a voté contre. Si la déclaration de M. Barberis doit être perçue, comme le prétend la Guinée-Bissau, comme une opinion contraire à la sentence, alors la sentence doit, de l'avis de la Partie requérante, être considérée comme inexistante puisque, selon la Guinée-Bissau, elle ne serait plus fondée sur une majorité. La déclaration de M. Barberis a été citée *in extenso* au paragraphe 19 de l'arrêt et ne sera donc pas reprise ici.

Une lecture de la déclaration de M. Barberis révèle qu'elle comporte un certain nombre d'expressions, rédigées au conditionnel, et notamment « aurait », « aurait pu », « aurait pu ou non », etc. Elle est rédigée dans une large mesure sous la forme d'énoncés de doute, de réserves, de suppositions ou de variantes proposées sans soulever aucune opposition claire et décisive ou contradiction à l'égard d'aucune partie du dispositif de la sentence susceptible de faire apparaître la déclaration comme une expression de dissentiment.

La déclaration affirme toutefois en substance, comme le fait la sentence, que l'accord conclu par échange de lettres en 1960 fait droit dans les relations entre la République de Guinée-Bissau et la République du Sénégal. On y établit aussi, de même que dans la sentence, que l'accord fait droit entre les Parties à l'égard de la mer territoriale, de la zone contiguë et du plateau continental. Comme la sentence, la déclaration indique encore que l'accord ne fait pas droit pour ce qui est des eaux de la zone économique exclusive ou la zone de pêche.

La déclaration diffère du dispositif de la sentence en ceci que le membre de phrase « en ce qui concerne les *seules* zones mentionnées dans cet accord, à savoir la mer territoriale, la zone contiguë et le plateau continental » (les italiques sont de moi), au paragraphe 88 de la sentence, implique que la zone économique exclusive est exclue. Selon la déclaration de M. Barberis, celui-ci souhaiterait ajouter au dispositif ceci : « mais ne fait pas droit pour les eaux de la zone économique exclusive ou la zone de pêche ». Selon M. Barberis, cette « réponse partiellement affirmative et partiellement négative » aurait habilité le Tribunal à trancher la seconde question et à régler ainsi le différend « d'une manière complète », pour ce qui est des frontières maritimes entre les deux Etats.

Mais ici apparaît la question de savoir si la réponse donnée au paragraphe 1 de l'article 2 du compromis, que ce soit explicitement ou implicitement, peut être caractérisée comme étant « partiellement affirmative et partiellement négative ». La question posée au paragraphe 1 de l'article 2 du compromis porte sur la validité de l'accord de 1960, qui ne pouvait faire référence qu'à la mer territoriale, à la zone contiguë et au plateau continental, seuls espaces maritimes existant à l'époque de la conclusion de l'accord. Il ne pouvait donc être question de zone économique exclusive ou de zone de pêche. Lorsque le Tribunal a répondu à la question posée au paragraphe 1 de l'article 2 du compromis, il ne pouvait se prononcer qu'au sujet de la mer territoriale, de la zone contiguë et du plateau continental, à l'exclusion de tout autre espace. En répondant à cette question de manière affirmative, le Tribunal a accompli sa tâche entièrement. La réponse ne saurait être qualifiée de « réponse partiellement affirmative et partiellement négative ».

L'expression « les seules », employée au paragraphe 88 de la sentence, est explicative plutôt qu'exclusive. L'expression ne signifie pas que lorsque le point de savoir si l'accord de 1960 faisait droit a été soumis au Tribunal, pour décision, le Tribunal ait *admis* que l'accord avait force de loi pour la mer territoriale, la zone contiguë et le plateau continental, *niant* qu'il faisait droit pour ce qui est de la zone économique exclusive ou de la zone de pêche. Elle ne signifie pas davantage que le Tribunal ait donné une réponse *affirmative* pour ce qui est des trois premières zones mais donné une réponse *négative* pour ce qui est de la quatrième, c'est-à-dire la zone économique exclusive ou la zone de pêche. Il n'était absolument pas question que, prononçant la sentence, le Tribunal tienne compte de la quatrième; en effet, le concept de zone économique exclusive n'existait pas encore lors de la conclusion de l'accord de 1960. La validité ou la non-validité pour ce qui est de la zone économique exclusive ou la zone de pêche n'entraîne aucunement dans le cadre de l'arbitrage. Le Tribunal n'était pas saisi de la question de la zone économique exclusive ou la zone de pêche et cette question ne saurait donc naturellement pas avoir fait l'objet d'une décision du Tribunal.

Dans ces conditions, la réponse du Tribunal à la première question du paragraphe 1 de l'article 2 du compromis est une réponse complète et non

Since it is an affirmative reply to the first question, the Tribunal was not called upon to answer the second question in Article 2, paragraph 2, of the *compromis*; the reason is the express condition: "In the event of a negative answer to the first question." It was in fact impossible for Mr. Barberis to set off on a quest for the solution of a question which did not arise, for the Tribunal was not confronted with the question of the validity of the 1960 Agreement with respect to the exclusive economic zone or the fishery zone.

Mr. Barberis suggested that the Tribunal would have been competent to delimit the waters of the exclusive economic zone or the fishery zone so as to settle the whole dispute. But the Tribunal could not go beyond its mandate, which only concerned the territorial sea, the contiguous zone and the continental shelf. In fact, Mr. Barberis went no further. He merely suggested a more comprehensive solution, as is clear from his use of the phrase "would have been". But his suggestion stopped there. His declaration cannot therefore be taken to record his dissent, thereby overriding or invalidating his vote. The vote is the most reliable indication as to whether or not he concurred with the Award.

The declaration is not part of the Award. The practice whereby judges attach separate opinions, dissenting opinions or declarations is well established since the days of the Permanent Court of International Justice. The practice is at present embodied in Article 95, paragraph 2, of the Rules of Court, which provides that:

"Any judge may, if he so desires, attach his individual opinion to the judgment, whether he dissents from the majority or not; a judge who wishes to record his concurrence or dissent without stating his reasons may do so in the form of a declaration . . ."

From the wording of this provision, it is clear that since individual opinions or declarations are *attached* to the judgment, they cannot be a part of it. Since they are individual opinions, whether or not they concur with the judgment (or, in this case, with the Award), they cannot be considered to represent the opinion of the body (whether a court or tribunal) as a whole. They can only represent the views of the individual authors. They are thus attached to the judgment or award, but do not form an integral part thereof. They can explain, interpret, vary, criticize or even differ in certain respects from the judgment or award. But to criticize or to propose variations does not necessarily import dissent. It is the operative part, and in particular the voting, that counts. Unless the operative part is in turn divided into parts and voted upon separately, it is the whole of the operative part that is voted upon.

In fact, this is the only sensible way to look at a judgment or award which is rendered, not by one judge or arbitrator alone, but by a panel. If

une réponse partielle. Comme il s'agissait d'une réponse affirmative à la première question, le Tribunal n'était pas appelé à répondre à la seconde question posée au paragraphe 2 de l'article 2 du compromis, qui était tributaire d'une condition expresse: « En cas de réponse négative à la première question. » M. Barberis ne pouvait en fait se mettre en quête de la solution d'un problème qui n'existait pas, puisque le Tribunal n'était pas confronté à la question de savoir si l'accord de 1960 faisait droit pour ce qui est de la zone économique exclusive ou la zone de pêche.

M. Barberis a donné à penser que le Tribunal aurait eu compétence pour délimiter les eaux de la zone économique exclusive ou la zone de pêche de manière à régler l'ensemble du différend. Mais le Tribunal ne pouvait pas aller au-delà de son mandat, qui ne concernait que la mer territoriale, la zone contiguë et le plateau continental. En fait M. Barberis en est resté là. Il a simplement suggéré une solution plus complète, comme en témoigne son choix de mots: « aurait pu être ». Sa suggestion s'arrête cependant en ce point précis. On ne saurait donc considérer sa déclaration comme un énoncé destiné à consigner sa divergence de vues, jusqu'à annuler ou invalider son vote. En fait, le vote est l'indicateur le plus fiable pour déterminer si M. Barberis s'associe ou non à la sentence.

La déclaration ne fait pas partie de la sentence. La pratique observée par les juges de joindre une opinion individuelle, une opinion dissidente ou une déclaration n'est pas nouvelle; elle date de l'époque de la Cour permanente de Justice internationale. Cette pratique est désormais intégrée à l'article 95, paragraphe 2, du Règlement de la Cour, qui prévoit que:

« Tout juge peut, s'il le désire, joindre à l'arrêt l'exposé de son opinion individuelle ou dissidente; un juge qui désire faire constater son accord ou son dissentiment sans en donner les motifs peut le faire sous la forme d'une déclaration. »

Ce libellé montre clairement, puisqu'il y est dit qu'une opinion individuelle ou une déclaration est *jointe* à l'arrêt, qu'elle ne saurait en faire partie intégrante. Etant donné que l'on se trouve en présence d'opinions individuelles, qu'il s'agisse d'accords ou de dissentiments à l'égard de l'arrêt (ou, en l'occurrence, de la sentence), on ne saurait les considérer comme représentant l'opinion du collège (qu'il s'agisse d'une cour ou d'un tribunal) pris dans son ensemble. Elles ne peuvent que représenter les vues des rédacteurs pris individuellement. Et elles ne sont donc que jointes à l'arrêt ou à la sentence, sans en faire partie intégrante. Elles peuvent expliciter, interpréter, constituer des variantes, critiquer, voire constituer un dissentiment à certains égards, à l'encontre du jugement ou de la sentence. Mais critiquer ou proposer des variantes ne signifie pas nécessairement qu'il y a dissentiment. C'est le dispositif et, plus particulièrement, le vote qui compte. A moins que le dispositif ne soit subdivisé et ne fasse l'objet de votes distincts, c'est sur l'ensemble du dispositif que l'on vote.

En fait, ceci constitue la seule façon rationnelle de concevoir un arrêt ou une sentence rendu non pas par un seul juge ou arbitre mais par un

the parties were at liberty to assess an individual opinion or declaration by their own viewpoints and thus disregard the voting, the legal order would be thrown into great confusion. Nor can one consider that since the Court has, in the present case, jurisdiction with respect to the Award it is free to disregard the vote by giving its own evaluation of what a declaration by an individual judge or arbitrator amounts to, unless there is clear and unmistakable proof that the facts are such that the declaration can be regarded as a statement of dissent and the voting was flawed by mistake or compulsion. But such is not the case here.

Guinea-Bissau has criticized Senegal for “taking refuge behind legal formalism”. But judges or arbitrators do not vote as a mere matter of formality. They do so in order to express their precise position. They are fully aware of the substantive implications of their vote. The vote is not just a formal gesture. The vote indicates their final decision. If the declaration, as in this case, raises an uncertainty as to whether a judge or arbitrator concurs with or dissents from a judgment or an award, it is the vote that constitutes the authentic expression of his attitude.

For these reasons, Guinea-Bissau’s assertion that there was no majority in support of the Arbitral Award of 31 July 1989 and that the Award should be adjudged and declared to be inexistent cannot be accepted.

## 2. ALLEGED NULLITY OF THE AWARD

Guinea-Bissau asks the Court to adjudge and declare, subsidiarily, that the so-called decision is absolutely null and void, as the Tribunal failed to reply to the second question put in the Arbitration Agreement, as it did not decide on the delimitation of the maritime areas, as a whole, by a single line and did not record that delimitation on a map, and as it has not given the reasons on which the Award is based.

Arbitration has been useful in the peaceful settlement of disputes between States. But there have also been abuses which can result in nullities. What is crucial is to have a list of the causes of nullity and also to make provision for the kind of international organ which will be entrusted with deciding on alleged causes of nullity.

It was in 1929 that the Government of Finland made a proposal to examine the question and recommended that the power to pronounce nullities should be vested in the Permanent Court of International Justice. A committee of specialists was appointed by the Council of the League of Nations to study the proposal. In the same year, the Institute of International Law decided to include on the agenda the possible constitution of a body to hear appeals in *cassation* against decisions of international arbi-

collège. Si les parties avaient toute latitude pour considérer une opinion individuelle ou une déclaration en fonction de leur propre perspective et pour faire ainsi abstraction du vote, quelle confusion de l'ordre juridique cela créerait-il ! On ne peut pas davantage concéder que la Cour, compétente pour la sentence (comme c'est le cas en la présente affaire), puisse être considérée comme libre de faire abstraction du vote en interprétant à son gré ce que représente la déclaration de l'un des juges ou arbitres, à moins qu'il n'existe une preuve manifeste et incontestable de ce que les faits sont tels que la déclaration constitue l'expression d'un dissentiment et que le vote a été vicié par une erreur ou des contraintes. Mais ce n'est pas le cas en l'espèce.

La Guinée-Bissau a reproché au Sénégal de « s'être retranché derrière le formalisme juridique ». Mais les juges ou les arbitres ne votent pas seulement pour accomplir une formalité. C'est leur façon d'exprimer avec précision leur position. Ils ont pleinement conscience des incidences matérielles de leur vote, lequel n'est pas un simple geste formel. Le vote est l'indice de leur décision définitive. Si la déclaration, comme en la présente affaire, donne lieu à une incertitude sur le point de savoir si un juge ou un arbitre approuve un arrêt ou une sentence ou s'il en diverge, c'est le vote qui montre quelle est sa véritable attitude.

Pour ces raisons, on ne saurait admettre l'affirmation de la Guinée-Bissau selon laquelle il n'y a pas eu de majorité à l'appui de la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 et la Cour devrait dire et juger que la sentence est frappée d'inexistence.

## 2. PRÉTENDUE NULLITÉ DE LA SENTENCE

La Guinée-Bissau prie la Cour de dire et juger, subsidiairement, que cette prétendue décision est absolument frappée de nullité et sans effet, le Tribunal n'ayant pas répondu à la seconde question posée dans le compromis, puisqu'il n'a pas décidé de la délimitation de l'ensemble des zones maritimes par une ligne unique, qu'il n'a pas indiqué la délimitation au moyen d'une ligne portée sur une carte et qu'il n'a pas donné les motifs sur lesquels se fondait sa sentence.

L'arbitrage a prouvé son utilité pour le règlement pacifique des différends entre Etats. Mais on a vu aussi des abus, pouvant entraîner la nullité. Ce qui importe de manière déterminante est d'avoir une liste de ces causes de nullité, et aussi de prévoir quel organe international sera appelé à se prononcer sur les causes prétendues de nullité.

C'est en 1929 que le Gouvernement finlandais a proposé que cette question fasse l'objet d'un examen et recommandé de conférer le pouvoir de se prononcer sur les recours en nullité à la Cour permanente de Justice internationale. Le Conseil de la Société des Nations a nommé une commission de spécialistes pour étudier cette proposition. La même année, l'Institut de droit international a décidé d'inscrire à son ordre du jour la question de la création d'un organe pouvant connaître des appels en cassation des

tration tribunals. It was the International Law Commission of the United Nations which drafted and submitted in 1958 a set of "Model Rules on Arbitral Procedure", to which the attention of States was drawn.

In the "Model Rules", the following two Articles are pertinent:

*"Article 35*

The validity of an award may be challenged by either party on one or more of the following grounds:

- (a) that the tribunal has exceeded its powers;
- (b) that there was corruption on the part of a member of the tribunal;
- (c) that there has been a failure to state the reasons for the award or a serious departure from a fundamental rule of procedure;
- (d) that the undertaking to arbitrate or the *compromis* is a nullity.

*Article 36*

1. If, within three months of the date on which the validity of the award is contested, the parties have not agreed on another tribunal, the International Court of Justice shall be competent to declare the total or partial nullity of the award on the application of either party."

The concept of nullity has been considered broad enough to cover all serious irregularities in arbitration. However, most publicists are agreed that an arbitral award can be held to be null and void only in cases where the tribunal in question has "manifestly and in a substantial manner passed beyond the terms of submission" (K. S. Carlston, *The Process of International Arbitration*, p. 81, and the authorities quoted by him on pp. 81-84). After citing a number of eminent authorities such as Vattel, Bluntschli, Bonfils, Fauchille, Calvo, Oppenheim, Hall, Hyde, Castberg, Schatzel, Stoykovitch, Weiss, etc., Carlston concluded that

"Claims of nullity should not be captiously raised. Writers who have given special study to the problem of nullity are agreed that the violation of the *compromis* should be so manifest as to be readily established. In order that a tribunal's decision or a jurisdictional issue shall be considered null, it must, in general, be arbitrary, not merely doubtful or arguable." (*Ibid.*, p. 86.)

In the present case, Guinea-Bissau alleged that the Arbitral Award of 31 July 1989 is a nullity because it fails to reply to the second question in Article 2, paragraph 2, of the *compromis*. Guinea-Bissau raises a number of arguments to prove that this was an *excès de pouvoir* and the Award is therefore a nullity. Before going into the merits of this claim, certain points should first be mentioned.

décisions des tribunaux d'arbitrage internationaux. Et c'est la Commission du droit international des Nations Unies qui a rédigé et présenté en 1958 le « Modèle de règles sur la procédure arbitrale », sur lequel a été appelée l'attention des Etats.

Parmi ces « règles », nous intéressent ici les deux dispositions suivantes :

« Article 35

La validité d'une sentence peut être contestée par toute partie pour l'une ou plusieurs des raisons suivantes :

- a) excès de pouvoir du tribunal ;
- b) corruption d'un membre du tribunal ;
- c) absence de motivation de la sentence ou dérogation grave à une règle fondamentale de procédure ;
- d) nullité de l'engagement d'arbitrage ou du compromis.

Article 36

1. Si dans les trois mois de la date où la validité a été contestée, les parties ne se sont pas mises d'accord sur une autre juridiction, la Cour internationale de Justice est compétente pour prononcer, sur la demande de l'une des parties, la nullité totale ou partielle de la sentence.»

En fait, la notion de nullité a été considérée comme assez large pour embrasser tous les cas d'irrégularité grave dans l'arbitrage. Cela dit, la plupart des publicistes conviennent que la sentence arbitrale ne peut être considérée comme nulle et de nul effet que dans les cas où le tribunal a « manifestement et substantiellement outrepassé les termes du compromis » (K. S. Carlston, *The Process of International Arbitration*, p. 81, et les auteurs qu'il cite, p. 81-84). Après avoir cité un certain nombre d'éminents auteurs, tels que Vattel, Bluntschli, Bonfils, Fauchille, Calvo, Oppenheim, Hall, Hyde, Castberg, Schatzel, Stoykovitch, Weiss, etc., Carlston conclut que :

« La nullité ne doit pas être invoquée dans un esprit de chicane. Les auteurs qui se sont particulièrement penchés sur le problème de la nullité s'accordent à penser que la violation des termes d'un compromis doit être si manifeste qu'elle s'établit de soi-même. Pour que la décision d'un tribunal ou la conclusion d'une juridiction soient considérées comme nulles, elles doivent d'une manière générale être arbitraires et pas simplement douteuses ou contestables.» (*Ibid.*, p. 86.)

Dans la présente espèce, la Guinée-Bissau soutient que la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 est frappée de nullité parce qu'elle ne répond pas à la seconde question du paragraphe 2 de l'article 2 du compromis. La Guinée-Bissau avance un certain nombre d'arguments pour prouver qu'il y a là un cas d'excès de pouvoir et que la sentence est par conséquent frappée de nullité. Il y a lieu, avant d'examiner au fond cette allégation, de mentionner certains points.

To begin with, the term *excès de pouvoir* means that the Tribunal has exceeded or overstepped the powers which have been attributed to it by the Parties. What Guinea-Bissau now complains of is that the Tribunal has failed to exercise, not that it has exceeded, the powers vested in it (compare the wording of Article 11, paragraph 2, of the Statute of the United Nations Administrative Tribunal). The term “*excès de pouvoir* by omission” is a self-contradictory one. It is also questionable whether, if the Tribunal fails, in whole or in part, to exercise the powers vested in it, the appropriate remedy is to apply for nullification of the Award.

Secondly, the ground of Guinea-Bissau’s complaint is the Tribunal’s failure to reply to the second question, in Article 2, paragraph 2, of the *compromis*. But Guinea-Bissau makes no reference to the reply of the Award in respect of the first question, in Article 2, paragraph 1, of the *compromis*. No satisfactory reason is given as to why the whole Award must be nullified.

Be that as it may, the thrust of Guinea-Bissau’s thesis is that, irrespective of the Tribunal’s response concerning the value of the Franco-Portuguese Exchange of Letters, the Tribunal was called upon to proceed to a complete delimitation of the maritime territories. This interpretation is, however, in clear contradiction with the ordinary meaning to be given to the terms of the *compromis*. In the present case, a reply to the second question in Article 2, paragraph 2, of the *compromis* would have been mandatory only if the first question had been answered “in the negative”. The obligation to reply to the second question is alternative, not simultaneous. Since the first question was replied to in the affirmative, the Tribunal was not called upon to reply to the second question. This follows from the ordinary and natural meaning of the relevant words. Such an interpretation is in perfect harmony with Article 31, paragraph 1, of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

Guinea-Bissau, however, argues that the Tribunal’s reply to the first question is partially in the affirmative and partially in the negative; a partially negative reply is nevertheless a negative reply; the Tribunal was therefore under an obligation to give a reply to the second question. It should be recalled that, in the present case, there cannot be any such thing as a “partially affirmative and partially negative answer”, since the question put in the *compromis* relates to the maritime boundary, as it existed at the time of conclusion of the Agreement in 1960, not thereafter. Indeed, the Award, in paragraph 85, clearly indicated that the Agreement had to be interpreted in the light of the law in force at the date of its conclusion. Therefore the Tribunal’s reply to the first question with respect to the territorial sea, the contiguous zone and the continental shelf is a complete reply to the question put to the Tribunal. The word “solely” merely explains the scope of its decision. It cannot, therefore, be taken as a rejection of a part of the Parties’ request and thus as a reason for characterizing the reply to the first question as a partially negative or even as an altogether negative answer.

En premier lieu, le terme « excès de pouvoir » signifie que le Tribunal a excédé ou outrepassé les pouvoirs que lui avaient conférés les Parties. Or, ce dont la Guinée-Bissau se plaint ici, c'est que le Tribunal n'a pas exercé le pouvoir qui lui était attribué, non qu'il a outrepassé ce pouvoir (voir, par comparaison, le libellé de l'article 11, paragraphe 2, du statut du Tribunal administratif des Nations Unies). L'expression « excès de pouvoir par omission » est une contradiction dans les termes. On peut d'autre part douter que lorsque le Tribunal manque à exercer la totalité ou une partie des pouvoirs qui lui sont attribués, la voie de recours adéquate soit l'annulation de la sentence.

En deuxième lieu, la Guinée-Bissau se plaint que le Tribunal n'ait pas répondu à la seconde question du paragraphe 2 de l'article 2 du compromis. Mais elle ne fait pas mention de la réponse que la sentence apporte à la première question, celle du paragraphe 1 de ce même article. Aucune raison satisfaisante n'est donnée pour expliquer pourquoi c'est l'ensemble de la sentence qui doit être annulé.

Quoi qu'il en soit, le fond de la thèse de la Guinée-Bissau est ceci : quelle qu'eût été sa réponse sur la valeur de l'échange de lettres entre la France et le Portugal, le Tribunal était appelé à procéder à une délimitation complète des territoires maritimes. Cette interprétation contredit cependant à l'évidence le sens ordinaire qu'il faut prêter aux termes du compromis. En la présente affaire, une réponse à la seconde question du paragraphe 2 de l'article 2 du compromis ne s'imposerait qu'en cas « de réponse négative » à la première question. L'obligation de répondre à la seconde question est alternative, elle n'est pas simultanée. Comme il a été répondu par l'affirmative à la première question, le Tribunal n'était pas tenu de répondre à la seconde. Tel est le sens ordinaire, le sens naturel des mots pertinents. Cette interprétation est tout à fait conforme aux dispositions de l'article 31, paragraphe 1, de la convention de Vienne sur le droit des traités.

La Guinée-Bissau n'en soutient pas moins que la réponse du Tribunal à la première question est en partie affirmative et en partie négative ; qu'une réponse en partie négative reste une réponse négative ; que le Tribunal était donc tenu de donner une réponse à la seconde question. On a déjà signalé qu'il ne peut y avoir en l'espèce de « réponse en partie affirmative et en partie négative », puisque la question posée dans le compromis concernait la frontière maritime telle qu'elle existait au moment de la conclusion de l'accord de 1960, et non postérieurement à celui-ci. Et, de fait, la sentence précise, au paragraphe 85, que l'accord doit être interprété à la lumière du droit en vigueur à la date de sa conclusion. Il s'ensuit que la réponse donnée par le Tribunal à la première question en ce qui concerne la mer territoriale, la zone contiguë et le plateau continental satisfait complètement à la question posée. L'expression « en ce qui concerne les seules zones » ne fait que préciser la portée de la décision. Elle ne peut donc être considérée comme un rejet d'une partie de la demande, ni servir, en tant que telle, à qualifier la réponse à la première question de réponse en partie négative, voire de réponse entièrement négative.

Guinea-Bissau further argues that since the entire dispute concerns the maritime boundary and since the title of the 1960 Agreement and the Preamble of the *compromis* both refer to the determination of the maritime boundary, it follows that whatever the reply given to the first question, the Tribunal should have proceeded to the second.

It must be pointed out that, in interpreting a treaty, such as the *compromis* in the present instance, whose text is clear and unambiguous, no attempt should be made to change the ordinary and natural meaning of the language used in the text by resorting to other elements and to interpret them as requiring under any circumstance the overall delimitation of the maritime boundary between the two States. It is primarily and clearly in the text of Article 2 of the *compromis* that the objective of the Parties is located. Here the Parties agreed that a reply to the second question is conditioned on a negative answer to the first. It cannot be envisaged that a mention of the delimitation of the maritime boundary in the title of the 1960 Agreement and in the Preamble of the *compromis* can have the effect of changing the meaning of the clear and unambiguous language of the text in Article 2 of the *compromis*.

Guinea-Bissau persistently maintained that it was the intention of the Parties that whatever the answer to the first question (in Article 2 of the Arbitration Agreement) the Tribunal was called upon to delimit the entire maritime boundary between the two States. But this contention does not find any support in the clear language of the *compromis*.

On the contrary, a passage in Guinea-Bissau's own Memorial submitted to the Tribunal reads:

“The representatives of Senegal ended by *sharing this way of thinking* [my emphasis] and accordingly the Tribunal is requested to carry out a dual task: in the first place, to pronounce itself on the validity of the Franco-Portuguese Exchange of Letters of 16 April 1960 as a means of determining the maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal; *and, should this validity not be recognized* [Senegal's emphasis], to lay down the course of the line delimiting the maritime territories between the two States in accordance with the pertinent norms of positive international law.” (Page 35 of Guinea-Bissau's Memorial before the Tribunal; quoted by Senegal on page 34 of its Counter-Memorial before the Tribunal.)

The above passage clearly affirms that it was Guinea-Bissau which proposed that the Tribunal be asked to pronounce on the validity of the 1960 Exchange of Letters and, *should this validity not be recognized*, to lay down the course of the line delimiting the maritime territories between the two States. And *this way of thinking* was *shared* by Senegal. Such has been the result of the negotiations between the two States and they well knew what they were agreeing to.

Although the passage quoted above was followed by a sentence, “In any event, at the conclusion of the arbitration the maritime delimitation between Guinea-Bissau and Senegal will have been effected”, this can

Par ailleurs la Guinée-Bissau allègue que, puisque le litige porte en totalité sur la frontière maritime et que le titre de l'accord de 1960 et le préambule du compromis se réfèrent l'un et l'autre à la détermination de la frontière maritime, le Tribunal était tenu de répondre à la seconde question quelle que fût sa réponse à la première.

Il faut rappeler que lorsqu'on interprète un traité, comme ici le compromis, dont le texte est clair et sans ambiguïté, on ne doit pas chercher à modifier le sens ordinaire, le sens naturel des termes employés en recourant à des éléments auxiliaires, qu'on interpréterait comme exigeant en toutes circonstances la détermination de l'ensemble de la frontière maritime entre les deux Etats. C'est principalement dans le corps de l'article 2 du compromis que s'exprime le but poursuivi par les Parties. Elles y conviennent que la réponse à la seconde question est subordonnée à une réponse négative à la première. Il est inconcevable que le simple fait de mentionner la détermination de la frontière maritime dans le titre et dans le préambule du compromis ait eu pour effet de modifier le sens des dispositions d'un texte clair et sans ambiguïté, celui de l'article 2 du compromis.

La Guinée-Bissau n'a laissé de soutenir que l'intention des Parties était que, quelle que soit sa réponse à la première question (posée à l'article 2 du compromis d'arbitrage), le Tribunal devait délimiter dans sa totalité la frontière en mer entre les deux Etats. Mais on ne trouve rien pour étayer cette affirmation dans le libellé très clair du compromis.

Bien au contraire; il est un passage du mémoire présenté par la Guinée-Bissau au Tribunal qui se lit comme suit :

« Les représentants du Sénégal finirent par *partager ce point de vue* [les italiques sont de moi] et c'est donc une double démarche qui est demandée au Tribunal: se prononcer d'abord sur la validité de l'échange de notes franco-portugais du 26 avril 1960 pour décider de la frontière en mer entre la Guinée-Bissau et le Sénégal. *Et si cette validité n'est pas reconnue* [les italiques sont du Sénégal] dire alors quel est le tracé de la ligne délimitant les territoires maritimes entre les deux Etats en se fondant sur les normes pertinentes du droit international positif. » (Mémoire présenté par la Guinée-Bissau au cours de la procédure arbitrale, p. 35; cité par le Sénégal dans son contre-mémoire dans le cadre de la procédure arbitrale, p. 34.)

Ce passage montre clairement que c'est la Guinée-Bissau qui a proposé de demander au Tribunal de se prononcer sur la validité de l'échange de lettres de 1960 et, *au cas où cette validité ne serait pas reconnue*, de tracer la ligne délimitant la frontière maritime entre les deux Etats. Et le Sénégal *s'est rangé à cette manière de voir*. Telle fut donc la conclusion des négociations entre les deux Etats, qui avaient pleinement conscience de ce dont ils convenaient.

Certes, ce passage était suivi de la phrase suivante: « En tout état de cause, à l'issue de l'arbitrage, la délimitation maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal sera acquise. » Mais, par délimitation maritime, on ne

only mean the delimitation of those maritime spaces which existed at the time of the conclusion of the 1960 Agreement, because it was the 1960 Agreement which was in dispute. If the Parties had intended that there should be an *ex novo* delimitation of the entire maritime boundary, irrespective of the result of the examination of the validity of the Franco-Portuguese Exchange of Letters of 1960, they would have said so in the *compromis*. Since this was not only a relevant, but a crucial point, they could not have neglected to do so. Negotiations had been carried on for eight years. How could a point of such substance and significance have been overlooked? There is no evidence of any dispute having arisen between the Parties on this point during their negotiations. On the contrary, the 11 prefatory words in Article 2, paragraph 2, were proposed by Guinea-Bissau itself (Senegalese Counter-Memorial in the present proceedings, pp. 29, 33, 38 and 44; also public sitting of 5 April 1991, CR 91/4, p. 45).

Guinea-Bissau also asserts that the various components of the maritime areas are indivisible. But this alleged indivisibility, even if the Parties had so intended would not have removed the condition which the Parties expressly laid down in Article 2, paragraph 2, of the *compromis*. Whether or not the line is divisible is a question of how the line is to be drawn, arising if the first question is answered in the affirmative. It does not change the fundamental relationship between the two questions put in Article 2, which is that the reply to the second one is conditioned on the first question being answered in the negative.

It is to be noted that both Parties emphasized that they wanted a single line of delimitation, but they viewed this concept differently. For its part, Guinea-Bissau wished to have the continental shelf and the exclusive economic zone re-aligned, by means of a synthetic line, on the basis of equitable principles. As for Senegal, it wished to have the existing 240° line raised to divide the exclusive economic zone. The argument of indivisibility, which seeks to identify the various components of the maritime boundary and make them coincide, cannot therefore be used to support Guinea-Bissau's thesis that whatever the reply to the first question, the Tribunal should have proceeded to the *ex novo* delimitation in accordance with the second question.

Nor can it be said that the Tribunal's *task* is indivisible. The Tribunal was asked to determine, if it answered the first question in the negative, the course of the line forming the maritime boundary. The first question was answered in the affirmative, and there the task of the Tribunal ended. Guinea-Bissau cannot now claim that something was left undone. This "something" did not and cannot form the object of arbitration because it did not exist at the time of the conclusion of the 1960 Agreement.

It is true that in the preambular part of Article 2 and also in Article 9,

pouvait entendre que les espaces maritimes qui existaient à l'époque de la conclusion de l'accord de 1960, puisque c'était précisément cet accord de 1960 qui était controversé. Si les Parties étaient convenues qu'il fallait procéder à une délimitation *ex novo* de toute la frontière en mer quel que fût le résultat de l'examen de la validité de l'échange de lettres de 1960 entre la France et le Portugal, elles l'auraient dit dans le compromis. Et comme il s'agit là d'un point non seulement pertinent mais d'une importance majeure, elles n'auraient pas négligé de le faire. Les négociations se sont étendues sur huit années. Comment imaginer qu'un point aussi fondamental et aussi important aurait pu être négligé ? Il n'y a aucune preuve que pendant leurs négociations il se soit élevé quelque différend entre les deux Parties sur ce point. Au contraire, les neuf mots introductifs du paragraphe 2 de l'article 2 ont été proposés par la Guinée-Bissau elle-même (contre-mémoire du Sénégal déposé dans la présente instance, p. 29, 33, 38 et 44; voir aussi audience publique du 5 avril 1991, CR 91/4, p. 45).

La Guinée-Bissau affirme aussi que les diverses composantes des zones maritimes sont indivisibles. Mais cet appel à la notion d'indivisibilité, si tant est qu'il fût dans l'intention des Parties, n'écarte pas la condition que celles-ci ont expressément posée à l'article 2, paragraphe 2, du compromis. Que la ligne soit ou non divisible est fonction de la manière dont elle est tracée, question ne se posant que si la réponse à la première question était affirmative. Cela ne change rien à la relation fondamentale entre les deux questions posées à l'article 2, à savoir que la réponse à la seconde question est subordonnée à une réponse négative à la première.

Il convient de noter que les deux Parties ont souligné qu'elles voulaient une ligne de délimitation unique, mais leur point de vue n'était pas le même. La Guinée-Bissau pour sa part souhaitait une ligne de démarcation intégrée du plateau continental et de la zone économique exclusive, ligne redéfinie selon des principes équitables. Le Sénégal de son côté souhaitait que la ligne d'azimut 240° existante soit élevée de manière à diviser la zone économique exclusive. L'argument de l'indivisibilité, par lequel on cherche à identifier les divers éléments de la frontière maritime et à les faire coïncider, ne peut donc servir à corroborer la thèse de la Guinée-Bissau selon laquelle, quelle qu'eût été sa réponse à la première question, le Tribunal aurait dû procéder à la délimitation *ex novo* conformément à la seconde.

On ne peut non plus prétendre que la tâche du Tribunal ait été indivisible. Il était appelé, si sa réponse à la première question était négative, à déterminer le tracé de la ligne de délimitation des territoires maritimes. La réponse à la première question a été affirmative, et la mission du Tribunal n'allait pas plus loin. La Guinée-Bissau n'est pas fondée à prétendre maintenant que quelque chose a été laissé en suspens. Cette « chose » ne pouvait et ne peut toujours pas constituer l'objet de l'arbitrage, car elle n'existait pas au moment de la conclusion de l'accord de 1960.

Il est vrai que dans le chapeau de l'article 2 du compromis, puis encore

paragraph 1, of the *compromis*, the word “question” was used in the plural. But such details of drafting cannot be relied upon to contradict the meaning of the instrument as a whole, since at the time of its conclusion it was not known whether both questions might have to be answered or not.

Guinea-Bissau has further contended that the Tribunal failed to exercise its power under the *compromis* to make a decision on the course of a single line delimiting all the maritime spaces and to indicate the boundary line on a map. Since, as has been said before, the Tribunal was not called upon to answer the second question, there was no occasion to delimit such a boundary line and it naturally followed that no map could have been appended.

As to the question of whether or not there has been sufficiency of reasoning, it is important not to base oneself solely on paragraph 87 of the Award. Paragraph 87 only reaches a reasoned conclusion from what has been discussed. The reasons in support of the conclusion arrived at in paragraph 87 were, to a large extent, given earlier in the Award. The principal point is the affirmation of the validity of the 1960 Agreement, as a consequence of which the second question did not have to be answered. And since no *ex novo* delimitation of the maritime boundary was to take place, a map could not have been produced. All these points are interrelated. The reason is self-evident. There is no basis for regarding the question of the map as an independent matter and saying that no adequate reason is given for its omission.

The line of reasoning that led the Tribunal to the conclusion in paragraph 87 is clear. After analysing the question of the validity of the 1960 Agreement, the Tribunal, in paragraph 80 of the Award, observes that “the 1960 Agreement is valid and can be opposed to Senegal and to Guinea-Bissau”. In paragraph 85 of the Award, the Tribunal states that the 1960 Agreement must be interpreted in the light of the law in force at the date of its conclusion. Then it concludes in the same paragraph that the Agreement does not delimit the maritime spaces which did not exist at that date, whether they be termed “exclusive economic zone”, “fishery zone” or whatever.

It is also to be noted that paragraph 87 and paragraph 88 are intimately linked to each other. In paragraph 88 the Tribunal found that the 1960 Agreement had the force of law in the relations between Guinea-Bissau and Senegal with regard to the areas mentioned in that Agreement. Consequently, by the terms of Article 2 of the Arbitration Agreement, the Tribunal did not have to answer the second question. Such was the conclusion of paragraph 87 of the Award. When the Tribunal adopted paragraph 88 by two votes to one, it necessarily endorsed the reasoning behind paragraph 87.

On the basis of such analysis and conclusions, the Tribunal then concluded that it was not called upon to reply to the second question. The decision on the question of the map follows that on delimitation of the maritime boundary. Since the first question put in Article 2 of the *compro-*

au paragraphe 1 de l'article 9, le mot «question» est employé au pluriel. Un point technique de rédaction ne peut cependant être ainsi opposé au sens de l'ensemble de l'instrument considéré puisque au moment de la rédaction de celui-ci il n'était pas certain que les deux questions dussent recevoir une réponse.

La Guinée-Bissau allègue en outre que le Tribunal n'a pas exercé le pouvoir qui lui était conféré de décider du tracé d'une ligne unique pour délimiter les territoires maritimes, et de porter cette ligne sur une carte. Puisque, comme on l'a dit plus haut, le Tribunal n'était pas appelé à répondre à la seconde question, il n'y avait pas lieu de tracer la ligne frontière ni, a fortiori, de joindre une carte à la sentence.

Quant à savoir si les motifs sont suffisants, il ne faut pas borner l'examen au seul paragraphe 87 de la sentence. Celui-ci ne fait en effet que conclure sur la base de ce qui a été précédemment analysé. Les motifs sur lesquels s'appuie la conclusion à laquelle on est arrivé dans ce paragraphe ont été exposés auparavant dans la sentence. Le point principal en est l'affirmation de la validité de l'accord de 1960, dont il découle que la seconde question n'appelle pas de réponse. Et puisqu'il ne doit y avoir aucune délimitation *ex novo* de la frontière en mer, il n'y avait pas lieu de joindre une carte. Toutes ces choses-là sont indissociables. La raison en va de soi. Il est vain de vouloir considérer la question de la carte comme un sujet indépendant et de prétendre qu'aucun motif suffisant n'est donné à ce propos.

On peut suivre le fil de la pensée qui aboutit à la conclusion du paragraphe 87. Après avoir analysé la question de la validité de l'accord de 1960, le Tribunal, au paragraphe 80 de la sentence, fait observer que «l'accord de 1960 est valable et opposable au Sénégal et à la Guinée-Bissau». Au paragraphe 85, il dit que l'accord doit être interprété à la lumière du droit en vigueur à la date de sa signature. Et de conclure, dans le même paragraphe, que l'accord 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.

Il convient également de noter que les paragraphes 87 et 88 sont intimement liés. Au paragraphe 88, le Tribunal estime que l'accord de 1960 fait droit dans les relations entre la Guinée-Bissau et le Sénégal en ce qui concerne les zones mentionnées dans cet accord. Par conséquent, en vertu des termes de l'article 2 du compromis d'arbitrage, le Tribunal n'avait pas à répondre à la seconde question. Telle est la conclusion figurant au paragraphe 87 de la sentence. Lorsque le Tribunal a adopté le paragraphe 88 par deux voix contre une, il approuvait par la force des choses le raisonnement sur lequel se fonde le paragraphe 87.

Sur la base de ces analyses et de ces déductions, le Tribunal a alors conclu qu'il n'avait pas à répondre à la seconde question. La réponse à la question de la carte découle de la décision prise à propos de la délimitation de la frontière en mer. Puisqu'il a été répondu par l'affirmative à la

*mis* was answered in the affirmative, no *ex novo* delimitation took place. Consequently, no map was called for. The reasoning is succinct, but it is sufficiently clear for the purposes of the Award.

For the foregoing reasons, Guinea-Bissau's subsidiary submission that the Award of 31 July 1989 should be declared a nullity cannot be sustained.

(Signed) Ni Zhengyu.

---

première question de l'article 2, il n'y a pas eu de délimitation *ex novo*. Par conséquent, la carte ne s'imposait pas. Le raisonnement est succinct mais suffisamment limpide pour les besoins de la sentence.

Pour toutes ces raisons, la conclusion subsidiaire de la Guinée-Bissau selon laquelle la sentence du 31 juillet 1989 devrait être frappée de nullité ne saurait se défendre.

(Signé) NI Zhengyu.

---