

SEPARATE OPINION OF JUDGE SHAHABUDDIEN

I agree with the decision reached by the Court. My thought is that, on some aspects, it could have been stronger than it is. On the main issue as to whether the Tribunal should have answered the second question put to it by the Arbitration Agreement, the Court sustains the Award on the ground that, in holding that it was not competent to reply to that question, the Tribunal interpreted the Agreement in a way in which it could have been interpreted without manifest breach of its competence. The Court did not go on to consider whether the Tribunal's interpretation was indeed correct. The explanation lies in the view which the Court took of the scope of its own authority in these proceedings. I give my reasons below for holding, first, that, subject to considerations of security of the arbitral process with respect to finality of awards, the scope of the Court's authority did not preclude it from pronouncing on the correctness of the Tribunal's interpretation; and, second, that the latter was in fact the correct interpretation.

I. WHETHER IT WAS COMPETENT FOR THE COURT TO PRONOUNCE ON THE CORRECTNESS OF THE TRIBUNAL'S INTERPRETATION OF THE *COMPROMIS*

Guinea-Bissau's chief complaint is that the Arbitration Tribunal failed to accomplish its mission, in that it was required to answer the second question put to it by the Arbitration Agreement but did not do so, and that on this account the Award is a nullity. It appears to me that, the Court having held that it had jurisdiction, the appropriate course was for it to determine, in accordance with the applicable principles of treaty interpretation, whether the Arbitration Agreement did require the Tribunal to answer that question. If the Court's interpretation differed from that of the Tribunal, the next step was to see if the latter was equally plausible with the former. If the two were equally plausible, as being each justified by some legitimate process of interpretation, considerations of security of the arbitral process with respect to finality of awards would suggest that the Court should refrain from substituting its own interpretation for that of the Tribunal. The Court would be justified in making a substitution only where it was satisfied that the Tribunal's interpretation disclosed a compellingly clear and substantial error as to its powers. A marginal or debatable case would not suffice.

I should have thought, with respect, that this approach was reasonably straightforward; that it had the advantage of enabling the Court to resolve

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDDEEN

[Traduction]

Je suis d'accord avec la décision de la Cour. J'estime toutefois que celle-ci, sur certains points, aurait pu se montrer plus ferme encore. Sur le point capital de savoir si le Tribunal aurait dû répondre à la seconde question qui lui était posée dans le compromis d'arbitrage, la Cour reconnaît la validité de la sentence en considérant qu'en se disant non compétent pour répondre à cette question le Tribunal avait interprété le compromis de l'une des manières dont il était possible de l'interpréter sans qu'il y ait méconnaissance manifeste de sa compétence. La Cour ne s'est pas prononcée ensuite sur la justesse de l'interprétation du Tribunal, et ce à cause de sa conception de la portée de sa propre compétence en cette affaire. Je précise ci-après les raisons pour lesquelles je soutiens, premièrement, que, sous réserve des considérations relatives à la sécurité du processus arbitral quant au caractère définitif des sentences, la compétence de la Cour ne l'empêchait nullement de se prononcer sur la justesse de l'interprétation que le Tribunal a fait sienne et, deuxièmement, que cette interprétation était en fait l'interprétation correcte.

I. LA COUR AVAIT-ELLE COMPÉTENCE POUR SE PRONONCER SUR LA JUSTESSE DE L'INTERPRÉTATION DU COMPROMIS PAR LE TRIBUNAL ?

Le grief principal de la Guinée-Bissau est que le Tribunal arbitral a failli à sa tâche, car il était tenu de répondre à la seconde question du compromis d'arbitrage et il ne l'a pas fait, raison pour laquelle la sentence est nulle. Il me semble que, la Cour s'étant déclarée compétente, la démarche à suivre était de déterminer, conformément aux principes applicables à l'interprétation des traités, si le compromis d'arbitrage exigeait effectivement que le Tribunal réponde à cette question. Si l'interprétation de la Cour était différente de celle du Tribunal, il fallait ensuite déterminer si celle du Tribunal était aussi plausible que celle de la Cour. Si les deux étaient également plausibles, chacune étant justifiée par un processus légitime d'interprétation, des considérations tenant à la sécurité des procédures d'arbitrage quant au caractère définitif des sentences laisseraient supposer que la Cour devrait s'abstenir de remplacer l'interprétation du Tribunal par la sienne propre. La Cour pourrait le faire uniquement si elle s'était satisfaite que l'interprétation du Tribunal constituait une erreur manifeste et grave au regard de son mandat. Une argumentation marginale ou contestable ne suffirait pas.

J'aurais pensé, avec tout le respect que je dois à la Cour, qu'il s'agissait là d'une démarche relativement directe; qu'elle avait l'avantage de

the point of substance, and of obvious concern to Guinea-Bissau, as to whether the Tribunal's interpretation was right or wrong; and that it provided all the safeguards fairly needed to ensure the stability of the international arbitral process.

That has not however been the course followed by the Court. The drift of the Court's reasoning moves, indeed, in the direction of a finding that the Tribunal was right in holding that it was not competent to answer the second question, and the reader of the Judgment (particularly paragraph 56) may well think that this is the natural result. The Court, however, stops short of making a finding to that effect, limiting itself to a holding in these terms:

"The Tribunal could thus find, without manifest breach of its competence, that its answer to the first question was not a negative one, and that it was therefore not competent to answer the second question." (Judgment, para. 60.)

The Judgment thus stands arrested at the threshold of the issue whether the Tribunal was correct in its interpretation of the *compromis* on the specific point as to whether it was competent to answer the second question. The reason is to be found in the Court's use of the distinction between nullity and appeal in relation to decisions made in exercise of *la compétence de la compétence*. Referring to Guinea-Bissau's argument on the point in question, the Judgment reads:

"By its argument set out above, Guinea-Bissau is in fact criticizing the interpretation in the Award of the provisions of the Arbitration Agreement which determine the Tribunal's jurisdiction, and proposing another interpretation. However, the Court does not have to enquire whether or not the Arbitration Agreement could, with regard to the Tribunal's competence, be interpreted in a number of ways, and if so to consider which would have been preferable. By proceeding in that way the Court would be treating the request as an appeal and not as a *recours en nullité*. The Court could not act in that way in the present case. It has simply to ascertain whether by rendering the disputed Award the Tribunal acted in manifest breach of the competence conferred on it by the Arbitration Agreement, either by deciding in excess of, or by failing to exercise, its jurisdiction." (Judgment, para. 47.)

The problem with this approach is that, apart from leaving undetermined a question of importance to one of the litigants as to whether the Tribunal's interpretation was in fact correct, it, at least theoretically, leaves open the possibility that the interpretation was not. For, to characterize the Tribunal's interpretation as being merely one which could be placed on the Arbitration Agreement "without manifest breach of its competence" is to leave open the possibility that some other interpretation could also be placed on it "without manifest breach of its competence";

permettre à la Cour de résoudre la question de fond, qui intéressait de toute évidence la Guinée-Bissau, de savoir si l'interprétation du Tribunal était juste ou non ; et que cette démarche aurait offert toutes les garanties nécessaires à la stabilité de la procédure d'arbitrage international.

La Cour toutefois n'a pas adopté cette démarche. Le raisonnement de la Cour tend plutôt à conclure que le Tribunal avait raison d'affirmer qu'il n'était pas compétent pour répondre à la seconde question et tout lecteur de l'arrêt (et en particulier de son paragraphe 56) est en droit de penser que c'est là la conclusion naturelle. La Cour, cependant, s'arrête avant de parvenir à cette conclusion, se limitant à dire que :

« Dès lors, le Tribunal a pu, sans méconnaître manifestement sa compétence, juger que la réponse qu'il avait donnée à la première question n'était pas négative, et que par suite il n'avait pas compétence pour répondre à la seconde. » (Arrêt, par. 60.)

L'arrêt n'aborde donc pas la question de savoir si le Tribunal a interprété correctement le compromis pour ce qui est du point spécifique qu'était sa compétence de répondre à la seconde question. La raison s'en trouve dans la distinction qu'effectue la Cour entre recours en nullité et appel au regard de décisions faites dans l'exercice de la compétence de la compétence. Evoquant l'argumentation de la Guinée-Bissau sur cette question, l'arrêt dit ceci :

« Par le moyen susmentionné, la Guinée-Bissau critique en réalité l'interprétation donnée dans la sentence des dispositions du compromis qui déterminent la compétence du Tribunal, et en propose une autre. Mais la Cour n'a pas à se demander si le compromis était susceptible ou non de plusieurs interprétations en ce qui concerne la compétence du Tribunal, et dans l'affirmative à s'interroger sur celle qui eût été préférable. En procédant de la sorte, la Cour traiterait en effet la requête comme un appel et non comme un recours en nullité. La Cour ne saurait procéder de la sorte en l'espèce. Elle doit seulement rechercher si le Tribunal, en rendant la sentence contestée, a manifestement méconnu la compétence qui lui avait été donnée par le compromis, en outrepassant sa compétence ou en ne l'exerçant pas. » (Arrêt, par. 47.)

Le problème que suscite cette approche est que tout en laissant sans réponse une question qui importe à l'une des Parties au différend, à savoir la justesse ou non de l'interprétation du Tribunal, elle ouvre la possibilité, du moins en théorie, que l'interprétation ait été incorrecte. Car si l'on prétend que l'interprétation du Tribunal était simplement une des interprétations qu'il était possible de donner au compromis d'arbitrage « sans qu'il y ait méconnaissance manifeste de sa compétence », on laisse subsister la possibilité qu'une autre interprétation du compromis fût possible,

paragraph 47 of the Judgment, quoted above, accepts as much. All of such possible interpretations could not be right.

The foundation of the Court's approach lies in the concept of *la compétence de la compétence*. Certain aspects of the scope and basis of this power may be briefly noticed for present purposes.

First, as to the scope of the power. This is indeed wide. But, wide as is the power, its exercise is, of course, limited by the consideration that its purpose is to ensure that the mission authorized by the *compromis* does not fail for want of power to interpret the latter, as historically it was once feared possible; the purpose is not to permit the Tribunal, through possible misinterpretations, to endow itself with an original jurisdiction materially different from that contemplated by the Parties. This, if it happened, would be ruinous to the older and even more fundamental principle *extra compromissum arbiter nihil facere potest*. As observed by one commentator, recalling the position taken by the United States commissioner in *The Betsey*, "La règle de la compétence de la compétence et l'excès de pouvoir ne se concevaient pas l'un sans l'autre : mieux ils s'expliquaient l'un par l'autre" (Georges Berlia, "Jurisprudence des tribunaux internationaux en ce qui concerne leur compétence", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 88, p. 109, at p. 129). In the words of another, "si l'arbitre est juge de sa compétence, il n'en est pas le maître" (Charles Rousseau, *Droit international public*, Vol. 5, 1983, p. 326, para. 312). That the two principles referred to are in tension has been noticed in the literature (R. Y. Jennings, "Nullity and Effectiveness in International Law", in *Cambridge Essays in International Law, Essays in Honour of Lord McNair*, 1965, p. 64, at p. 83). In the present case, that general tension surfaces as a specific legal problem needing to be addressed and resolved by the Court. In short, *la compétence de la compétence* being not absolute but qualified, the question here, as in all cases, is not whether the Tribunal has exercised the competence *simpliciter*, but whether the Tribunal has exercised it within the bounds to which it is always and necessarily subject.

Next, as to the basis of the power. The question has been discussed in the books as to whether the finality of an arbitral award rests on the treaty of submission or on the authority which international law attaches to decisions of tribunals vested with jurisdiction to decide with obligatory force, or indeed on both (see, *inter alia*, Louis Cavaré, "L'arrêt de la CIJ du 18 novembre 1960 et les moyens d'assurer l'exécution des sentences arbitrales", in *Mélanges offerts à Henri Rolin*, 1964, p. 39, at pp. 41-42; and J. C. Witenberg, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales*, 1937, pp. 352-353). That the treaty of submission does have a role is, however, generally admitted. Hertz connected the two ideas this way:

“La source du caractère obligatoire de la sentence arbitrale ne vient pas d'en haut, d'une autorité supérieure, mais d'en bas, d'un traité conclu par les parties, qui se soumettent ainsi à la norme du droit coutumier international *'pacta sunt servanda'*, qui est en même temps la norme fondamentale du droit des gens conventionnel.” (Wilhelm G. Hertz, “Les ‘fondements’ de la nullité dans la justice internationale”, *Revue internationale de la théorie du droit*, 1938, Vol. 12, p. 327, at p. 331.)

Carlston gave his understanding of the position in these words:

“By entering into the arbitration agreement and participating in the proceedings before the tribunal, the parties impliedly engage to execute the award when rendered.” (K. S. Carlston, *The Process of International Arbitration*, 1946, p. 205.)

The finality of an arbitral award is a well-settled part of customary international law; but it is a part of the law which leans on the actual or presumed will of the parties.

It is likewise the case that “[t]he competence of an arbitral tribunal to decide questions of its own jurisdiction is unquestionably firmly established as a principle of international arbitral law” (*ibid.*, p. 74). Many authorities attest to the principle and rightly proclaim its importance. But it seems to me that the law on the point, clear and settled as it is, is itself founded on the theory of such competence being ultimately derived from a grant presumed by law to have been made to the tribunal by the parties, who are always competent to do so expressly. This is illustrated by Article 14 of the 1875 draft Arbitral Procedure of the Institut de droit international, reading:

“Dans le cas où le doute sur la compétence dépend de l'interprétation d'une clause du compromis, les parties sont censées avoir donné aux arbitres la faculté de trancher la question, sauf clause contraire.” (Ernest Lehr, *Tableau général de l'organisation, des travaux et du personnel de l'Institut de droit international pendant les deux premières périodes décennales de son existence (1873-1892)*, 1893, p. 127.)

Some 80 years later, this significant “clause contraire” was reflected in the Court's statement in the *Nottebohm* case (cited in paragraph 46 of the Judgment in the present case) to the effect

“that, *in the absence of any agreement to the contrary*, an international tribunal has the right to decide as to its own jurisdiction and has the power to interpret for this purpose the instruments which govern that jurisdiction” (*I.C.J. Reports 1953*, p. 119; emphasis added; and see Berlia, *loc. cit.*, p. 117).

The theory, it would seem, is that, where they abstain from exercising their right to exclude the power, the parties “sont censées avoir donné aux arbitres la faculté de trancher la question”.

qui serait elle aussi une interprétation qui pouvait être retenue sans qu'il y ait « méconnaissance manifeste de sa compétence » ; le paragraphe 47 de l'arrêt, cité ci-dessus, admet ces conclusions. Or, toutes les interprétations possibles ne sauraient être justes.

La démarche de la Cour s'appuie sur le concept de la compétence de la compétence. Certains aspects de la portée et du fondement de ce pouvoir méritent qu'on s'y arrête brièvement.

Pour ce qui est de la portée de ce pouvoir, elle est certes très large. Mais aussi large fût-elle, son exercice est évidemment limité par une considération relative à son but, qui est de faire en sorte que la mission que le compromis confie au Tribunal n'en vienne pas à échouer par absence de compétence à interpréter le compromis — comme, historiquement, on l'a craint — et non de permettre au Tribunal, par d'éventuelles fausses interprétations, de s'arroger une compétence originelle sensiblement différente de celle envisagée par les Parties. Si tel était le cas, ce serait la fin d'un principe plus ancien et plus fondamental encore, celui qu'exprime l'adage *extra compromissum arbiter nihil facere potest*. Comme l'a fait observer un commentateur, en rappelant la position prise par le délégué des Etats-Unis dans l'affaire *The Betsey*: « La règle de la compétence de la compétence et l'excès de pouvoir ne se concevaient pas l'un sans l'autre : mieux ils s'expliquaient l'un par l'autre. » (Georges Berlia, « Jurisprudence des tribunaux internationaux en ce qui concerne leur compétence », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 88, p. 129.) Ou, comme l'a dit un autre auteur : « si l'arbitre est juge de sa compétence, il n'en est pas le maître » (Charles Rousseau, *Droit international public*, vol. 5, 1983, p. 326, par. 312). L'antagonisme existant entre ces deux principes a été relevé par la doctrine (R. Y. Jennings, « Nullity and Effectiveness in International Law », dans *Cambridge Essays in International Law, Essays in Honour of Lord McNair*, 1965, p. 83). En cette instance, cet antagonisme général constitue le problème juridique spécifique que la Cour se doit d'examiner et de résoudre. Bref, la compétence de la compétence n'est pas absolue, mais qualifiée ; la question qui se pose dans cette affaire, comme dans toute affaire, est non de savoir si l'arbitre a exercé sa compétence *simpliciter*, mais s'il l'a exercée dans les limites auxquelles cette compétence est toujours et nécessairement soumise.

Quant au fondement de ce pouvoir, la question a été posée dans de nombreuses études de savoir si le caractère définitif d'une sentence arbitrale repose sur le compromis ou sur l'autorité que le droit international confère aux décisions des tribunaux investis du pouvoir de rendre des décisions obligatoires, ou encore sur les deux (voir, entre autres, Louis Cavaré, « L'arrêt de la CIJ du 18 novembre 1960 et les moyens d'assurer l'exécution des sentences arbitrales », dans *Mélanges offerts à Henri Rolin*, 1964, p. 41-42, et J. C. Witenberg, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales*, 1937, p. 352-353). Il est cependant généralement admis qu'un rôle revient au compromis. Hertz met en rapport ces deux idées comme suit :

« La source du caractère obligatoire de la sentence arbitrale ne vient pas d'en haut, d'une autorité supérieure, mais d'en bas, d'un traité conclu par les parties, qui se soumettent ainsi à la norme du droit coutumier international « *pacta sunt servanda* », qui est en même temps la norme fondamentale du droit des gens conventionnel. » (Wilhelm G. Hertz, « Les « fondements » de la nullité dans la justice internationale », *Revue internationale de la théorie du droit*, 1938, vol. 12, p. 331.)

Quant à Carlston, sa position est la suivante :

« En concluant l'accord d'arbitrage et en participant à la procédure devant le tribunal, les parties s'engagent implicitement à appliquer la sentence une fois prononcée. » (K. S. Carlston, *The Process of International Arbitration*, 1946, p. 205.)

Le caractère définitif de la sentence arbitrale constitue un élément bien assis du droit international coutumier, mais c'est un élément qui s'appuie sur la volonté réelle ou présumée des parties.

Il est vrai également que « [l]a compétence d'un tribunal arbitral à trancher les questions de sa propre compétence est incontestablement et fermement établi comme principe du droit international de l'arbitrage » (*ibid.*, p. 74). De nombreux auteurs confirment ce principe et insistent à juste titre sur son importance. Mais il me semble que le droit sur ce point, aussi clair et établi soit-il, s'appuie à son tour sur la théorie selon laquelle, en dernière instance, cette compétence est censée, en droit, avoir été conférée au tribunal par les parties, qui ont toujours le droit de le faire expressément. C'est ce qu'illustre l'article 14 du projet de procédure arbitrale de 1875 de l'Institut de droit international, qui est le suivant :

« Dans le cas où le doute sur la compétence dépend de l'interprétation d'une clause du compromis, les parties sont censées avoir donné aux arbitres la faculté de trancher la question, sauf clause contraire. » (Ernest Lehr, *Tableau général de l'organisation, des travaux et du personnel de l'Institut de droit international pendant les deux premières périodes décennales de son existence (1873-1892)*, 1893, p. 127.)

Quelque quatre-vingts ans plus tard, cette « clause contraire » significative est reflétée dans les propos de la Cour dans l'affaire *Nottebohm* (citée au paragraphe 46 de l'arrêt en cette instance) selon lesquels

« à moins de convention contraire, un tribunal international est juge de sa propre compétence et a le pouvoir d'interpréter à cet effet les actes qui gouvernent celle-ci » (*C.I.J. Recueil 1953*, p. 119; les italiques sont de moi; voir également Berlia, *loc. cit.*, p. 117).

Il semblerait que la théorie veuille que, lorsqu'elles s'abstiennent d'exercer leur droit d'exclure ce pouvoir, les parties « sont censées avoir donné aux arbitres la faculté de trancher la question ».

From the point of view of the scope and basis of *la compétence de la compétence*, the juridical problem which arises may therefore be expressed thus: when the parties invest an arbitrator, whether expressly or by implication of law, with competence to interpret the *compromis*, within what limits, if any, are they to be understood as thereby engaging to be bound by an exercise of the competence by the arbitrator which results in a misinterpretation by him of the *compromis* concerning his powers? In the present case, the question would be whether it was the will of the Parties that they should be bound by a misinterpretation — if there was any — of the *compromis* on the important and major issue as to whether the second question was required to be answered. Conceivably, in the larger interests of securing a resolution of their dispute, the Parties might be understood as having undertaken to be bound by decisions made within some tolerable margin of appreciation as to competence in minor matters even though erroneous. Should they be understood as having undertaken to be likewise bound by erroneous decisions as to the powers of the Tribunal going to the substance of its mission? Scarcely so. But then, when such a question arises, as it in effect arises here, how is it to be answered unless the Court can say whether, as a matter of treaty interpretation, the Tribunal's decision was indeed correct? It is not clear why the Court must instead regard the matter as concluded by the fact that the Tribunal has placed on the *compromis* an interpretation which could have been placed on it without manifest breach of its competence. That way of putting it leaves open the possibility that, while such an interpretation might well be right, it could, at least in theory, be also wrong.

It may be useful to consider two cases involving contentions of nullity of an arbitral award, namely, the *Orinoco Steamship Co.* case and the case of the *Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906*.

In the *Orinoco Steamship Co.* case the Permanent Court of Arbitration made the point that “the appreciation of the facts of the case and the interpretation of the documents were within the competence of the umpire” and that —

“his decisions, when based on such interpretation, are not subject to revision by this tribunal, whose duty it is not to say if the case has been well or ill judged, but whether the award must be annulled; that if an arbitral decision could be disputed on the ground of erroneous appreciation, appeal and revision, which the Conventions of the Hague of 1899 and 1907 made it their object to avert, would be the general rule” (*The Hague Court Reports*, ed. J. B. Scott, 1916, p. 226, at p. 231).

These remarks, particularly about “the appreciation of the facts of the case and the interpretation of the documents” being “within the competence of the umpire”, related to decisions made by him on the merits of the case, not to decisions made by him in exercise of *la compétence de la*

Du point de vue de la portée et du fondement de la compétence de la compétence, le problème juridique qui se pose peut donc se formuler comme suit : en confiant à l'arbitre, que ce soit expressément ou par l'effet du droit, la compétence pour interpréter le compromis, dans quelles limites, si limite il y a, les parties s'engagent-elles à être liées par l'exercice de la compétence de l'arbitre qui entraînerait une interprétation erronée du compromis à propos de ses pouvoirs ? En l'occurrence, la question serait de savoir si les parties acceptaient d'être liées par une interprétation erronée — le cas échéant — du compromis sur le point important et majeur de savoir si la seconde question devait recevoir une réponse. Il est concevable que, dans le but plus général d'obtenir un règlement de leur différend, les parties soient convenues d'accepter d'être liées par des décisions prises dans une marge tolérable d'appréciation quant à la compétence sur des points mineurs, même si ces décisions se révèlent être erronées. Peut-on aller jusqu'à concevoir que les parties accepteraient aussi d'être liées de la même manière par des décisions erronées quant aux pouvoirs du tribunal affectant le fond de sa mission ? Certes non. Mais alors, lorsqu'une question comme celle-là se pose, comme elle se pose ici, comment la résoudre si la Cour ne peut affirmer, du point de vue de l'interprétation des traités, que la décision du Tribunal était en fait la bonne ? On comprend mal la raison pour laquelle la Cour doit considérer le problème comme réglé par le fait que le Tribunal a donné au compromis une interprétation qui aurait pu être donnée sans méconnaissance manifeste de sa compétence. Cette façon de voir les choses laisse subsister la possibilité que si une telle interprétation peut fort bien s'avérer juste, elle peut tout autant, du moins en théorie, être fautive.

Il peut être utile de se pencher sur deux affaires dans lesquelles on a soutenu qu'une sentence arbitrale était nulle, à savoir l'affaire *Orinoco Steamship Co.* et l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*.

Dans l'affaire de l'*Orinoco Steamship Co.*, la Cour permanente d'arbitrage a fait valoir que « l'appréciation des faits et l'interprétation des textes relevaient de la compétence de l'arbitre » et que

« ses décisions, lorsqu'elles s'appuient sur une telle interprétation, ne sauraient être contestées par ce tribunal, dont le devoir est non de dire si l'affaire a été bien ou mal jugée, mais si la sentence doit être annulée; que si une décision arbitrale pouvait être contestée sous prétexte d'appréciation erronée, l'appel et la révision, que les conventions de La Haye de 1899 et 1907 voulaient précisément éviter, deviendraient la règle générale » (*Recueil de la Cour de La Haye*, publié sous la direction de J. B. Scott, 1916, p. 231).

Ces observations, notamment celle selon laquelle « l'appréciation des faits et l'interprétation des textes » relèvent « de la compétence de l'arbitre », avaient trait à des décisions prises par lui sur le fond de l'affaire, et non à des décisions prises par lui dans l'exercice de la compétence de la

compétence, the point being that a challenge of nullity against a decision of the latter kind does not entitle the reviewing forum to revise the Tribunal's appreciation of the facts and documents leading to its decision on the merits. As to decisions made in exercise of *la compétence de la compétence* (relating in the particular case to a duty under the *compromis* to apply absolute equity), it would seem that the Permanent Court of Arbitration proceeded directly to consider whether the decision made by the umpire as to his powers, or the way they should be exercised, was correct.

The decision of this Court in the case concerning the *King of Spain's Award* likewise did point out "that the Award is not subject to appeal and that the Court cannot approach the consideration of the objections raised by Nicaragua to the validity of the Award as a Court of Appeal" (*I.C.J. Reports 1960*, p. 214, and paragraph 25 of the Judgment in this case). However, it is difficult to see this consideration at work when the Court came to deal with what appeared to be a challenge to an exercise of the arbitrator's *compétence de la compétence*. The Court did dispose of one branch of the arguments by taking the view that certain possible interpretations of the articles of the Gámez-Bonilla Treaty relating to the procedure for appointing the arbitrator were interpretations which could have been placed on those provisions in exercise of the power of the two national arbitrators to interpret them; but this concerned the constituent "power of the [two national] arbitrators to interpret and apply the articles in question in order to discharge their function of organizing the arbitral tribunal" (*ibid.*, p. 206), and not the functions of the tribunal after it had been set up. As regards these functions, one question which did arise was whether the adjudicating arbitrator misconstrued the *compromis* in assuming that it gave him power to grant compensations in order to establish a well-defined natural boundary line. It does not appear that the Court approached the problem on the basis that the only question before it was whether the interpretation made by the arbitrator was one which could have been made by him without manifest breach of competence; it determined that the interpretation made by him was in fact correct, and it did so after carrying out its own "examination of the Treaty" and making its own interpretation (*ibid.*, p. 215). My understanding is that when the Court said that it was not a Court of Appeal and added that it "is not called upon to pronounce on whether the arbitrator's decision was right or wrong" (*ibid.*, p. 214), the decision of the arbitrator to which it was there referring was his decision on the merits of the case, not his decision interpreting the *compromis* as to his powers when dealing with the merits. As mentioned above, my impression is similar as regards the corresponding remark by the Permanent Court of Arbitration in the *Orinoco Steamship Co.* case.

In both of the two cases mentioned, the references by the reviewing forum to the distinction between appeal and nullity seemed intended by it as a reminder to itself that in a case of nullity it should not stray into a re-assessment of the merits of the decision being challenged, the only issue before it being whether the decision resulted from a valid exercise of

compétence, l'idée étant qu'un recours en nullité contre une décision de ce genre n'autorise pas l'instance devant laquelle le recours est porté à contrôler l'appréciation par le tribunal des faits et des documents donnant lieu à la décision dudit tribunal au fond. Quant aux décisions prises dans l'exercice de la compétence de la compétence (concernant, en cette instance, l'obligation en vertu du compromis d'être d'une équité absolue), il semblerait que la Cour permanente d'arbitrage ait examiné directement la question de savoir si la décision prise par l'arbitre quant à ses pouvoirs, ou à la façon de les exercer, était correcte.

La décision prise par la Cour en l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne* fait valoir de même que « la sentence n'étant pas susceptible d'appel, elle [la Cour] ne peut entreprendre l'examen des objections soulevées par le Nicaragua à la validité de la sentence comme le ferait une cour d'appel » (*C.I.J. Recueil 1960*, p. 214, et paragraphe 25 de l'arrêt en la présente instance). Cependant, il est difficile de voir où intervient cette considération lorsque la Cour en vient à traiter de ce qui semble être une contestation de l'exercice de la compétence de la compétence de l'arbitre. La Cour a réglé un élément de l'argumentation en estimant que certaines interprétations possibles des articles du traité Gámez-Bonilla concernant la procédure de nomination de l'arbitre étaient des interprétations que l'on aurait pu retenir de ces dispositions dans l'exercice du pouvoir des deux arbitres nationaux de les interpréter; mais cela concernait le pouvoir constitutif qu'avaient les deux arbitres « d'interpréter et d'appliquer les articles en question en vue de s'acquitter de leur tâche d'organisation du tribunal arbitral » (*ibid.*, p. 206), et non les fonctions du tribunal une fois celui-ci créé. En ce qui concerne ces fonctions, il est une question qui a été soulevée : celle de savoir si l'arbitre avait mal interprété le compromis en supposant que celui-ci lui conférait le pouvoir d'accorder des compensations pour établir une frontière naturelle bien déterminée. Il ne semble pas que la Cour ait abordé le problème en se disant que la seule question dont elle était saisie était de savoir si l'interprétation faite par l'arbitre était une interprétation qui pouvait être adoptée sans méconnaissance manifeste de la compétence; la Cour a déterminé que cette interprétation était en fait la bonne, et elle l'a fait après avoir procédé à son propre « examen du traité » et donné sa propre interprétation (*ibid.*, p. 215). Selon moi, lorsque la Cour insiste qu'elle n'est pas une cour d'appel et qu'elle « n'est pas appelée à dire si l'arbitre a bien ou mal jugé » (*ibid.*, p. 214), la décision de l'arbitre à laquelle se réfère la Cour est sa décision sur le fond de l'affaire, et non sa décision interprétant le compromis sur la question de ses pouvoirs sur le fond. Comme je l'ai dit plus haut, j'ai la même impression en ce qui concerne la remarque correspondante de la Cour permanente d'arbitrage dans l'affaire *Orinoco Steamship Co.*

Dans ces deux affaires, si l'instance saisie évoque la distinction entre appel et recours en nullité, c'est apparemment pour ne pas perdre de vue que dans le cadre d'un recours en nullité elle ne saurait être amenée à réexaminer le fond de la décision contestée, la seule question qu'elle doit examiner étant celle de savoir si la décision résulte de l'exercice valide du

adjudicating power, not whether, if it did, it was correct on the merits. Without dogmatically excluding the possibility of other interpretations, I do not understand either of the two cases to be suggesting that, where a case of nullity is based on a challenge to the correctness of an interpretation made by the tribunal of the *compromis* concerning its powers, the reviewing forum is confined to asking merely whether the interpretation made by the tribunal was one which could have been made by it without manifest breach of its competence and is excluded from pronouncing on the correctness of the interpretation where this is held to be one which could have been so made. In the exercise of such powers of adjudication as it may in fact have, a tribunal undeniably has powers of appreciation over the factual and documentary material laid before it for evaluation and decision. So also, to some extent, where the competence of the tribunal depends on its appreciation of some matter in its relationship to the jurisdictional provisions of the *compromis* (*Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926 (Final Protocol, Article IV), Advisory Opinion, 1928, P.C.I.J., Series B, No. 16, pp. 19-22; and J. L. Simpson and Hazel Fox, International Arbitration, Law and Practice, 1959, p. 252*). But such powers of appreciation are of a significantly different order from powers of appreciation as to what powers of adjudication are in the first instance conferred on the tribunal by the *compromis* itself.

For practical purposes, the difference between the Court's view and that offered here may well be one of approach, rather than one of result. But perhaps some importance may be attached to the approach. I agree with the view, underlying the Court's decision, that its authority to review the Tribunal's interpretation of the *compromis* is limited, but I differ as to the basis of the limitation. I regard the limitation not as one which in principle precludes the Court from pronouncing on the correctness of the Tribunal's interpretation, but as one which requires a certain measure of caution on the part of the Court when so pronouncing: I would link the limitation directly and firmly to considerations of stability of the arbitral process with respect to finality of awards, and to the consequential need for the Court to observe appropriate standards of cogency in determining whether its own interpretation of the *compromis* is so convincingly clear as to warrant displacement of the Tribunal's, should the two be different. I believe this view conforms to the tendency of such jurisprudence as there is on the point. I do not see the limitation as being linked to any idea that, as seems implied by paragraphs 47 and 60 of the Judgment of the Court, because these are not appeal proceedings, the Tribunal should be regarded by the Court as having an unreviewable freedom to select any of a number of possibly different interpretations of the *compromis* as to the substance of its mission, provided they are interpretations which could be made "without manifest breach of its competence".

With respect, then, I am not persuaded that it is a satisfactory approach to a challenge of nullity to seek to determine it by merely asking whether

pouvoir de statuer du tribunal et non, dans l'affirmative, celle de savoir s'il avait raison sur le fond. Sans vouloir exclure de manière dogmatique la possibilité d'autres interprétations, je ne vois dans aucune de ces affaires l'idée que, lorsqu'un recours en nullité s'appuie sur la contestation de la validité de l'interprétation faite par le tribunal du compromis en tant que source de ses pouvoirs, l'instance saisie de cette affaire doit se borner à se demander si l'interprétation faite par le tribunal était une interprétation qu'il pouvait retenir sans méconnaître manifestement sa compétence et ne pourrait se prononcer sur le bien-fondé ou non de l'interprétation dans le cas où l'interprétation en question remplit cette condition. Dans l'exercice des pouvoirs juridictionnels qu'il peut avoir, un tribunal a manifestement des pouvoirs d'appréciation des éléments factuels et documentaires dont il est saisi pour évaluation et décision. Il en va de même, dans une certaine mesure, lorsque la compétence d'un tribunal dépend de son appréciation d'une question devant être replacée dans le contexte des dispositions juridictionnelles du compromis (*Interprétation de l'accord gréco-turc du 1^{er} décembre 1926 (protocole final, article IV), avis consultatif, 1928, C.P.J.I. série B n° 16, p. 19-22, et J. L. Simpson et Hazel Fox, International Arbitration, Law and Practice, 1959, p. 252*). Mais de tels pouvoirs d'appréciation sont de nature sensiblement différente de celle des pouvoirs d'appréciation concernant les pouvoirs juridictionnels que le compromis lui-même confère directement au tribunal.

Il se peut fort bien que, dans la pratique, la différence entre l'opinion de la Cour et celle exposée ici soit une différence d'approche plutôt que de résultat. Mais il faut peut-être attacher une certaine importance à l'approche. Je souscris à l'avis qui sous-tend la décision de la Cour, à savoir que le pouvoir qu'elle a de revoir l'interprétation du compromis est limité, mais je ne partage pas son point de vue sur le fondement de ces limites. Pour moi, ces limites n'empêchent pas la Cour, en principe, de se prononcer sur la justesse de l'interprétation du Tribunal, mais exigent simplement que la Cour fasse preuve d'une certaine prudence en se prononçant sur cette question : j'associerais directement et fermement ces limites à des considérations relatives à la sécurité du processus arbitral quant au caractère définitif des sentences, et à la nécessité, qui en est le corollaire logique, pour la Cour de suffisamment bien fonder la décision par laquelle elle déterminerait si sa propre interprétation du compromis a une clarté si éclatante qu'elle doit supplanter celle du Tribunal, à supposer que les deux diffèrent. Je pense que ce point de vue s'aligne sur l'orientation de la jurisprudence qui existe sur ce sujet. Je ne vois aucune relation entre ces limites et l'idée, qui pourrait être implicite aux paragraphes 47 et 60 de l'arrêt de la Cour, que, du fait qu'il ne s'agit pas d'un appel, la Cour devrait estimer que le Tribunal est entièrement libre de choisir parmi les différentes interprétations possibles du compromis concernant l'essentiel de sa mission, à condition qu'il s'agisse d'interprétations ne « méconnaissant manifestement pas sa compétence ».

Je ne suis donc pas convaincu qu'il soit satisfaisant, lors d'un recours en nullité, de chercher à trancher la question en demandant simplement si

the tribunal's interpretation of the *compromis* as to its powers was one which could have been made without manifest breach of its competence. More particularly, I consider that there was nothing in law to prevent the Court from pronouncing on the issue whether the Tribunal in this case was correct in interpreting the Arbitration Agreement to mean that it was not called upon to reply to the second question put to it.

II. WHETHER THE TRIBUNAL WAS CORRECT IN INTERPRETING THE *COMPROMIS* TO MEAN THAT IT WAS NOT CALLED UPON TO ANSWER THE SECOND QUESTION

I am of opinion that the Tribunal was correct in interpreting the *compromis* to mean that it was not called upon to reply to the second question.

Guinea-Bissau's contention that recourse should have been had to the second question is based on its argument that the overriding object and purpose of the Arbitration Agreement, particularly as suggested by the Preamble, was that there should in any event be a delimitation by a single line of all the maritime spaces of the Parties which were the subject of the dispute between them. This was the premise on which learned counsel for Guinea-Bissau put its case when he said:

“the first and second questions asked in Article 2 were the parts of an overall question: what is the maritime boundary, namely the boundary of all the maritime spaces? If it derived from the exchange of letters, the reply to the overall question would stem from that to the first question; otherwise, it would stem from the reply to the second.”
(Public sitting of 9 April 1991 (afternoon), CR 91/7, p. 58, Professor Galvão Teles.)

This interpretation of the two questions, founded on the desideratum of a comprehensive delimitation, is attractive; some support for it may indeed be claimed from the jurisprudence which, in several well-known cases, warns of the limitations of a narrow grammatical approach which, by inhibiting the Court from ascertaining what the parties really did mean when they used the words falling to be construed, could result in the defeat of the true object and purpose of a treaty.

But, taking full account of the flexibility of that jurisprudence, is Guinea-Bissau's reading of the two questions reasonably reconcilable with their actual formulation? Without any necessity to call upon the *travaux préparatoires*, I would grant that the Arbitration Agreement itself does indicate a general desire of the Parties for a comprehensive settlement of their dispute. Yet, it appears to me that the operative provisions of the Agreement demonstrate a specific intention not fully congruent with that general desire, in the sense that the intention, as so demonstrated, was indeed to realize that desire, and to realize it through the arbitration provided for, but only subject to a condition precedent which, as it turned out,

l'interprétation du compromis retenue par le Tribunal quant à ses pouvoirs était une interprétation qu'il pouvait faire sienne sans qu'il y ait méconnaissance manifeste de sa compétence. Plus particulièrement, j'estime que rien, en droit, n'empêchait la Cour de trancher la question de savoir si le Tribunal, en l'occurrence, pouvait légitimement interpréter le compromis d'arbitrage dans le sens qu'il n'était pas tenu de répondre à la seconde question qui lui était posée.

II. LE TRIBUNAL A-T-IL EU RAISON D'INTERPRÉTER LE COMPROMIS DANS LE SENS QUE LA SECONDE QUESTION N'APPELAIT PAS DE RÉPONSE DE SA PART ?

J'estime que le Tribunal a eu raison d'interpréter le compromis comme signifiant que la seconde question n'appelait pas de réponse de sa part.

L'allégation de la Guinée-Bissau qu'il fallait répondre à la seconde question s'appuie sur son argument selon lequel le but et l'objet primordiaux du compromis d'arbitrage, tels que le laisse entendre notamment le préambule, étaient qu'il devait en tout état de cause y avoir une délimitation globale, par une ligne unique, de tous les espaces maritimes constituant l'objet du différend entre les Parties. C'est sur cette prémisse que le conseil de la Guinée-Bissau a basé son argumentation :

« la première et la deuxième question posées à l'article 2 étaient les parties d'une question globale : quelle est la frontière maritime, c'est-à-dire la frontière de tous les espaces marins ? Si elle provenait de l'échange de lettres, la réponse à la question globale découlerait de celle à la première question ; sinon, elle découlerait de la réponse à la deuxième. » (Audience publique du 9 avril 1991, après-midi, CR 91/7, p. 58, M. Galvão Teles.)

Cette interprétation des deux questions, fondée sur le désir de parvenir à une délimitation globale, est certes séduisante et la jurisprudence permet jusqu'à un certain point de la défendre : en effet, dans plusieurs affaires bien connues, elle met en garde contre les restrictions que représente une approche étroitement grammaticale qui, en interdisant à la Cour de déterminer ce que les parties entendaient réellement par les mots retenus, pourrait faire échouer l'objet et le but véritables d'un traité.

Mais, malgré toute la souplesse qu'offre cette jurisprudence, l'interprétation que fait la Guinée-Bissau de ces deux questions est-elle raisonnablement compatible avec leur libellé exact ? Sans qu'il soit en aucune façon nécessaire de se référer aux travaux préparatoires, je ne disconviens pas que le compromis d'arbitrage lui-même témoigne du désir général des Parties de voir régler leur différend de manière globale. Toutefois, il me semble que le dispositif du compromis reflète une intention spécifique qui n'est pas totalement compatible avec ce désir général, en ceci que l'intention dont il est témoigné était certes de réaliser le désir des Parties, et de le réaliser par le biais de l'arbitrage prévu, mais seulement sous réserve d'une

was not satisfied. It is this partial discrepancy between apparent wish and specific machinery which constitutes the special legal problem in this case. How is the problem to be resolved?

The key provisions of the Arbitration Agreement, as set out in Article 2, put two questions to the Tribunal, stated in such a way as to make it clear that, while the first question had to be answered in any event, the second had to be answered only “[i]n the event of a negative answer to the first question . . .”. Thus, the very structure of the provision contemplated the distinct possibility that only the first of the two questions might require to be answered. This being so, to make good the argument that the Tribunal was obliged to produce a comprehensive delimitation in any event, it would have to be shown that the Tribunal was both competent and bound to produce such a delimitation by way of answer to the first question if, for any reason, that question alone fell to be answered. However, it seems clear (and this aspect is revisited below) that a comprehensive delimitation could in no circumstances be produced by way of answer to the first question. It being also clear that that question could nevertheless be the only question requiring to be answered, it follows that the argument that the Tribunal was obliged in any event to produce a comprehensive delimitation fails. With that failure, the conceptual foundation of Guinea-Bissau’s case is removed. And the case ends.

What, however, is the position if this conclusion is wrong? As has been seen, Guinea-Bissau’s argument was this — that a comprehensive delimitation was necessary in any event, and that, accordingly, if the answer of the Tribunal to the first question did not in fact produce such a delimitation, it was necessary to pass to the second question in search of one. This argument might seem to imply that Guinea-Bissau was taking the position that the first question did embrace the possibility of establishing a comprehensive delimitation under it. However, it has to be recalled that, in the arbitral proceedings, Guinea-Bissau resisted, and successfully resisted, a contention by Senegal that an answer to the first question, upholding the 1960 Agreement, could produce a comprehensive delimitation. Senegal, for its part, accepted the Tribunal’s decision on this point. Before this Court neither side took the position that it was possible, even theoretically, for a comprehensive delimitation of any kind to be produced by any conceivable answer to the issue raised in that question as to whether the 1960 Agreement had the force of law in the relations between the Parties. That question was simply not directed to the establishment of a comprehensive delimitation of any kind. Thus, although it is perfectly true, as repeatedly emphasized by Guinea-Bissau, that the Tribunal’s answer to the first question did not in fact produce a comprehensive delimitation, there is no point in saying so if, to begin with, that question was not directed to the establishment of any such delimitation. There would be no point in saying so because the statement would be based on a non-existent premise. Accordingly, the fact that no such delimitation was effected

condition préalable qui, en l'occurrence, n'a pas été satisfaite. C'est ce décalage partiel entre le souhait apparent et le mécanisme spécifique qui constitue la spécificité du problème juridique en cause. Comment le résoudre ?

Les dispositions clés du compromis d'arbitrage, figurant à l'article 2, posent deux questions au Tribunal, formulées de façon à indiquer clairement que si, en toute circonstance, le Tribunal est tenu de répondre à la première question, il a à répondre à la seconde question seulement « en cas de réponse négative à la première question... » Ainsi, la structure même de cette disposition envisageait la possibilité que seule la première des deux questions puisse exiger une réponse. Cela étant, pour montrer que le Tribunal était tenu de procéder à une délimitation globale quelles que soient les circonstances, il faudrait démontrer que le Tribunal était à la fois compétent pour procéder à cette délimitation et tenu de le faire en réponse à la première question si, pour une raison quelconque, il était répondu uniquement à cette question. Cependant, il semble clair (et nous reviendrons sur ce point plus loin) qu'une délimitation globale ne pouvait en aucun cas constituer une réponse à la première question. Comme il est clair aussi que la première question pouvait bien être la seule appelant une réponse, il s'ensuit que, par la force des choses, l'argument selon lequel le Tribunal était tenu, en toutes circonstances, de procéder à une délimitation globale est mis en échec. Avec cet échec, le fondement conceptuel de l'argumentation présentée par la Guinée-Bissau disparaît, et c'est la fin de l'affaire.

Mais que se passe-t-il si cette conclusion est fautive ? Comme nous l'avons vu, l'argument de la Guinée-Bissau était qu'une délimitation globale s'imposait quelles que soient les circonstances et que, si la réponse donnée par le Tribunal à la première question n'aboutissait pas à cette délimitation, il fallait donc à cette fin passer à la seconde. Ce raisonnement semblerait impliquer que la Guinée-Bissau était d'avis que la première question renfermait la possibilité de procéder à une délimitation globale. Il convient de rappeler cependant que, pendant la procédure arbitrale, ce pays s'est opposé, avec succès, à l'affirmation du Sénégal selon laquelle une réponse affirmative à la première question confirmant la validité de l'accord de 1960 pourrait donner lieu à une délimitation globale. Le Sénégal, pour sa part, a accepté la décision du Tribunal sur ce point. Devant la Cour, aucune des Parties n'a soutenu qu'il était possible, ne serait-ce que sur le plan théorique, d'aboutir à une délimitation globale d'aucune sorte en vertu d'une réponse, quelle qu'elle fût, au point soulevé par cette question, à savoir si l'accord de 1960 faisait droit dans les relations entre les Parties. En effet, la première question ne visait tout simplement pas une délimitation globale. Ainsi, encore qu'il soit parfaitement vrai, comme l'a fait valoir à maintes reprises la Guinée-Bissau, que la réponse du Tribunal à la première question n'a effectivement pas débouché sur une délimitation globale, il est inutile de le dire si, dès le départ, cette question n'avait pas comme objet cette délimitation globale. Il serait inutile de le dire puisque cette affirmation reposerait sur une prémisse inexistante. En conséquence, le fait qu'aucune délimitation ne

under the first question did not in logic provide a reason for having recourse to the second question.

It may be argued that, although, for the reasons given by the Tribunal, the 1960 line could not constitute a comprehensive delimitation, this did not mean that the first question could not be construed as asking the Tribunal to say whether that line, if upheld, constituted such a delimitation, and that the answer which the Tribunal gave amounted to a partially negative answer to the question thus understood. It is difficult, however, to discover in the wording of the question the ingredients of such a construction. A possible argument is that the reference in the question to "the relations" between the Parties was a reference to their relations in respect of the boundary throughout all of the existing maritime spaces, and not merely those maritime spaces which existed in 1960, with the result that the Tribunal, if it upheld the 1960 Agreement, would be required to consider whether the Agreement governed all of their relations in this comprehensive sense. My difficulty with the argument is that it seems necessary to distinguish "the relations" between the Parties from the subject-matter of the relations. The word "relations" by itself means the "various modes in which one country, state, etc., is brought into contact with another by political or commercial interests" (*The Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed., 1984, p. 1796), or "the connections between . . . nations" (*Webster's New Dictionary and Thesaurus, Concise Edition*, 1990, p. 459). It appears to me that these "connections" may concern a variety of interests and that a reference to the former does not by itself suffice to identify the latter. Accordingly, the reference in the first question to "the relations" between the Parties does not by itself identify the particular maritime spaces which those relations concern. These are to be collected from the reference in the question to the 1960 Agreement, which of course concerned only some of the existing maritime spaces of the Parties. In effect, in asking whether the 1960 Agreement had the force of law in the relations between the Parties, the first question was asking whether the Agreement had such force as regards the boundary delimiting the maritime spaces referred to in the Agreement, and not also as regards maritime spaces not therein referred to. There is nothing in the question which supports the view that it was asking the Tribunal to say whether the 1960 line, if upheld, was to have an extended application throughout all of the existing maritime spaces of the Parties.

It may be said that this conclusion does not represent the Tribunal's own interpretation of the first question. Having held that the 1960 Agreement had the force of law in the relations between the Parties, the Tribunal passed on to consider the spatial application of the Agreement. Senegal had contended that, by reason of certain factors, the line laid down by the 1960 Agreement applied to all of the maritime spaces of the Parties as now known to international law, and was accordingly no longer restricted to the spaces specified in the Agreement itself. Speaking in this connection, the Tribunal said:

soit intervenue en vertu de la première question ne constituait pas, d'un point de vue logique, une raison de recourir à la seconde.

On peut soutenir qu'alors même que, pour les raisons indiquées par le Tribunal, la ligne de 1960 ne pouvait pas constituer une délimitation globale, cela ne signifiait pas que la première question ne puisse être interprétée comme demandant au Tribunal de dire si cette ligne, à supposer qu'elle soit confirmée, constituait une telle délimitation, ni que la réponse du Tribunal constituait une réponse partiellement négative à la question ainsi comprise. Toutefois, il est difficile de déceler dans le libellé de la question les éléments d'une telle interprétation. Un argument possible est que la référence faite dans la question aux « relations » entre les Parties était une référence à leurs relations au regard de la frontière départageant tous les espaces maritimes existants, et non seulement les espaces maritimes qui existaient en 1960. Le résultat serait que le Tribunal, s'il confirmait la validité de l'accord de 1960, serait tenu de se demander si l'accord régissait globalement toutes leurs relations. Selon moi, la difficulté que suscite cet argument est qu'il paraît nécessaire d'établir une distinction entre « les relations » entre les Parties et le contenu desdites relations. Le mot « relations » est défini comme suit : « les divers modes par lesquels un pays, un Etat, etc., est en contact avec un autre par des intérêts politiques ou commerciaux » (*The Shorter Oxford English Dictionary*, 3^e éd., 1984, p. 1796), et : « les rapports entre ... nations » (*Webster's New Dictionary and Thesaurus, Concise Edition*, 1990, p. 459). Il me semble que ces « rapports » peuvent concerner des intérêts fort divers et qu'une référence aux premiers ne suffit pas à identifier les seconds. De ce fait, la référence, à la première question, aux « relations » entre les Parties ne permet pas, en soi, d'identifier les espaces maritimes spécifiques constituant l'objet de ces relations. Ceux-ci doivent se déduire de la référence faite à cette question dans l'accord de 1960, qui ne concernait évidemment que certains des espaces maritimes des Parties. En effet, en demandant si l'accord de 1960 faisait droit dans les relations entre les Parties, la première question tendait en fait à savoir si l'accord faisait droit en ce qui concerne la frontière délimitant les espaces maritimes visés dans l'accord, et pas en ce qui concerne aussi les espaces maritimes qui n'y étaient pas mentionnés. Rien dans la question ne vient étayer le point de vue selon lequel la question demandait au Tribunal de dire si la délimitation de 1960, à supposer qu'elle soit maintenue, devait être élargie pour englober l'ensemble des espaces maritimes existants des Parties.

On peut soutenir que cette conclusion ne représente pas l'interprétation faite par le Tribunal de la première question. Ayant considéré que l'accord de 1960 faisait droit dans les relations entre les Parties, le Tribunal s'est ensuite penché sur l'application spatiale de l'accord. Le Sénégal avait soutenu que, en raison de certains facteurs, la ligne tracée par l'accord de 1960 s'appliquait à tous les espaces maritimes que connaît à l'heure actuelle le droit international, et n'était par conséquent plus limitée aux espaces mentionnés dans l'accord lui-même. A ce propos, le Tribunal dit ceci :

“The Tribunal is not attempting to determine at this point whether there exists a delimitation of the exclusive economic zones based on a legal norm other than the 1960 Agreement, such as a tacit agreement, a bilateral custom or a general norm. It is merely seeking to determine whether the Agreement in itself can be interpreted so as to cover the delimitation of the whole body of maritime areas existing at present.” (Award, para. 83.)

Do these remarks mean that the Tribunal understood the first question to be asking it to say whether the delimitation effected by the 1960 Agreement, if upheld, governed all of the maritime areas existing at present? If so, the answer which it gave — that the Agreement applied only to the territorial sea, the contiguous zone and the continental shelf — may well be regarded as a negative answer to the first question and as therefore requiring recourse to the second.

However, reading the quoted statement in context, I do not think it shows that the Tribunal understood the first question to be asking it to say whether the 1960 line applied comprehensively. In response to Senegal’s contention, the Tribunal carefully differentiated between the delimitation effected by the 1960 Agreement itself and any possible additional delimitation subsequently effected on the basis of “a legal norm other than the 1960 Agreement, such as a tacit agreement, a bilateral custom or a general norm”. The Tribunal held that the first question was confined to the 1960 delimitation and raised no issue about any other possible delimitation. Consequently, the Tribunal was concerned under the first question only with the spatial application of the delimitation effected by the 1960 Agreement itself, and not also with the spatial application of any possible additional delimitation subsequently effected on a basis other than that Agreement. It was precisely because the Tribunal understood the first question in this limited way that it rejected Senegal’s contention that the 1960 Agreement applied to all existing maritime spaces. That was a negative answer to a question raised by Senegal; it was not a negative answer to the first question presented by the Arbitration Agreement.

Nor could the Tribunal’s answer be regarded as a partial answer to the first question. The non-applicability of the 1960 Agreement to maritime spaces not referred to in it does not mean that the Agreement was not wholly in force. How far the Agreement had the force of law in the relations between the Parties was to be measured by reference to the maritime spaces to which it referred, not by reference to maritime spaces to which it did not refer. The Agreement was in force between the Parties to the entire extent visualized by its own terms; it was fully in force.

There could be argument — and such argument was in fact advanced by Senegal — that the Tribunal’s task was merely to say whether the

« Le Tribunal ne cherche pas ici s'il existe une délimitation des zones économiques exclusives fondée sur une norme juridique autre que l'accord de 1960, telle qu'un accord tacite, une coutume bilatérale ou une norme générale. Il cherche seulement à voir si l'accord, en lui-même, peut être interprété de manière à englober la délimitation de l'ensemble des espaces maritimes actuellement existants. » (Sentence, par. 83.)

Ces remarques signifient-elles que, pour le Tribunal, la première question cherchait en fait à savoir si la délimitation effectuée par l'accord de 1960, au cas où sa validité serait confirmée, régissait l'ensemble des espaces maritimes actuellement existants? Dans l'affirmative, la réponse qu'il a donnée — à savoir que l'accord ne concernait que la mer territoriale, la zone contiguë et le plateau continental — peut fort bien être perçue comme une réponse négative à la première question, appelant par conséquent une réponse à la seconde.

Cependant, si l'on replace cette citation dans son contexte, je ne pense pas qu'elle démontre que le Tribunal a compris que par la première question on lui demandait de dire si la frontière de 1960 s'appliquait de manière globale. En réponse à l'argumentation du Sénégal, le Tribunal a bien veillé à établir une distinction entre la délimitation effectuée par l'accord de 1960 lui-même et toute autre délimitation ultérieure fondée « sur une norme juridique autre que l'accord de 1960, telle qu'un accord tacite, une coutume bilatérale ou une norme générale ». Le Tribunal a considéré que la première question avait trait uniquement à la délimitation de 1960 et ne conduisait pas à s'interroger sur toute autre délimitation possible. Par conséquent, le Tribunal, dans le cadre de la première question, ne s'est intéressé qu'à l'application spatiale de la délimitation opérée par l'accord de 1960 lui-même, et non à l'application spatiale d'une autre délimitation pouvant intervenir par la suite sur une base autre que cet accord. C'est précisément parce que le Tribunal a interprété la première question de cette manière restrictive qu'il a rejeté l'affirmation du Sénégal que l'accord de 1960 s'appliquait à tous les espaces maritimes existants. C'était là une réponse négative à une question posée par le Sénégal, et non une réponse négative à la première question figurant dans le compromis d'arbitrage.

La réponse du Tribunal ne peut pas être considérée non plus comme une réponse partielle à la première question. Le fait que l'accord de 1960 ne s'appliquait pas aux espaces maritimes qui n'y étaient pas visés ne signifie pas que l'accord ne faisait pas pleinement droit. Pour déterminer dans quelle mesure l'accord faisait droit dans les relations entre les Parties, il fallait se référer aux espaces maritimes qui y étaient mentionnés, et non à ceux qui n'y étaient pas visés. L'accord faisait droit entre les Parties dans toute la mesure envisagée par ses termes mêmes; autrement dit, il faisait pleinement droit.

On pourrait prétendre — et cet argument a en fait été avancé par le Sénégal — que la tâche du Tribunal se bornait à dire si l'accord de 1960

1960 Agreement had the force of law “in the relations between the” Parties, and that it was not required to determine the field of application of the Agreement, if upheld. I do not pursue that question, because even if the Tribunal was so required, the answer which it gave, both as to the applicability and the scope of the Agreement, could not, in my opinion, be regarded as a negative answer so as to require recourse to the second question.

For the reasons given, it appears to me that the two questions were not directed to the achievement of the same thing. They were both concerned with the same general subject, but they were addressed to different aspects of it. I agree with the Court that the first question was concerned with the issue whether the 1960 Agreement had the force of law in the relations between the Parties, while the second was directed to the making of a maritime delimitation in the event that the Agreement did not have such force. The Tribunal was indeed required to undertake a delimitation of all the maritime areas of the Parties, but only on condition that it first found that the 1960 Agreement did not have the force of law in the relations between them. As this condition — a condition precedent — was not satisfied, the duty to undertake such a delimitation was never triggered off. To hold otherwise is effectively to say that the Tribunal was bound to answer the second question whatever was its answer to the first — a proposition needing only to be stated to be dismissed.

It may be said that there is little to recommend a method of interpretation which is so strict as to lead to a construction of the Arbitration Agreement “according to which it would . . . fail entirely to enunciate the question really in dispute . . .” (see remarks of the Permanent Court of International Justice in the *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, *P.C.I.J., Series A/B, No. 46*, p. 96, at p. 139). Since the actual dispute between the Parties in this case extended to all of their existing maritime spaces, it may be contended that any interpretation which excluded the possibility of a comprehensive settlement through recourse to the second question is an interpretation which fails to enunciate the question really in dispute. On the other hand, to require recourse to be had to the second question notwithstanding the Tribunal’s affirmative answer to the first is so palpable a disregard of the preclusive words with which the second question begins as to invite attention to other applicable considerations.

In his earlier capacity as a Member of this Court, Judge André Gros, one of the two arbitrators who voted for the Award, had occasion, first in 1974 and then again in 1984, to refer to the following passage from Charles De Visscher (*Problèmes d’interprétation judiciaire en droit international public*, 1963, at pp. 24 and 25):

“The function of interpretation is not to perfect a legal instrument with a view to adapting it more or less precisely to what one may be tempted to envisage as the full realisation of an objective which was logically postulated, but to shed light on what was in fact the will of the Parties.” (*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*,

faisait droit « dans les relations entre les Parties », et qu'il n'était pas tenu de déterminer le champ d'application de l'accord, si la validité de celui-ci était confirmée. Je ne m'arrête pas sur cette question, car même à supposer que le Tribunal eût été tenu de le faire, la réponse qu'il a donnée, en ce qui concerne tant l'applicabilité que la portée de l'accord, ne pouvait, à mon avis, être considérée comme une réponse négative qui exigerait de recourir à la seconde question.

Pour toutes ces raisons, il me semble que les deux questions ne visaient pas la même chose. Les deux portaient sur le même sujet général, qu'elles abordaient cependant sous des aspects différents. Je conviens avec la Cour que la première question avait trait à la question de savoir si l'accord de 1960 faisait droit dans les relations entre les Parties, alors que la seconde avait pour objet de tracer une délimitation maritime au cas où l'accord ne ferait pas droit. Le Tribunal était en effet tenu de procéder à une délimitation de tous les espaces maritimes des Parties, mais seulement à la condition de décider dans un premier temps que l'accord de 1960 ne faisait pas droit dans les relations entre les Parties. Comme cette condition — condition préalable — n'était pas remplie, l'obligation de procéder à la délimitation n'est jamais intervenue. Prétendre autrement équivaut à dire que le Tribunal était tenu de répondre à la seconde question quelle que fût sa réponse à la première — affirmation qui tombe d'elle-même.

L'on peut dire qu'il est difficile de défendre une méthode d'interprétation à tel point rigoureuse qu'elle donnerait au compromis « un sens selon lequel ... il aurait entièrement omis de poser la véritable question litigieuse... » (voir les observations de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, C.P.J.I. série A/B n° 46, p. 139). Comme le différend réel entre les Parties à cette instance s'étendait à tous leurs espaces maritimes existants, on peut faire valoir que toute interprétation qui excluait la possibilité d'un règlement global par le recours à la seconde question est une interprétation qui omet de poser la véritable question litigieuse. D'un autre côté, le fait d'obliger à recourir à la seconde question malgré la réponse affirmative du Tribunal à la première constitue un dédain tellement manifeste de l'exclusion inscrite dans la seconde question, qu'il y a lieu d'envisager d'appliquer d'autres considérations.

En sa qualité d'ancien membre de la Cour, M. André Gros, l'un des deux arbitres ayant voté en faveur de la sentence, a eu l'occasion, d'abord en 1974 puis de nouveau en 1984, de citer le passage suivant de Charles De Visscher (*Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, 1963, p. 24 et 25) :

« La fonction de l'interprétation n'est pas de perfectionner un instrument juridique en vue de l'adapter plus ou moins exactement à ce que l'on peut être tenté d'envisager comme la pleine réalisation d'un objectif logiquement postulé, mais de faire la lumière sur ce que les Parties ont effectivement voulu. » (*Compétence en matière de*

I.C.J. Reports 1974, dissenting opinion, p. 149; and, *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, *I.C.J. Reports 1974*, dissenting opinion, pp. 238-239. See likewise the *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, *I.C.J. Reports 1984*, dissenting opinion, p. 388, where the English translation is slightly different.)

Judge Anzilotti is on record as observing that, were the Permanent Court of International Justice to confine itself to answering only part of the question “which has been put to it”, the Court would be committing “an abuse of its powers” (*Customs Régime between Germany and Austria, Advisory Opinion, 1931, P.C.I.J., Series A/B, No. 41, p. 37, at p. 69*). However, to avoid a *petitio principii*, it must first be determined what is the question requiring to be answered (*Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, P.C.I.J., Series C, No. 58, at pp. 445, 610-613, Professor Logoz, for Switzerland, arguendo*). Thus, although a *compromis* may show that the parties desire an answer to all of certain questions, the way in which the questions are actually framed can conceivably prevent the tribunal from dealing with all of them. Treating of a case of this kind, in which it held that one of certain questions could not be answered because of the way it was constructed, the Permanent Court of International Justice seemed unmoved by the circumstance that the Court was expressly required by the *compromis* to answer all of the questions “by a single judgment”. Nor did it yield to argument that —

“the conclusion of the Special Agreement represented a compromise between the opposing views of the Parties — one of the two States being particularly interested in the legal question submitted to the Court in Article 1, and the other in the subjects dealt with in Article 2 — and that to give judgment only on the question of law submitted by Article 1 was unjust, as it destroyed the balance between the two Parties” (*Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Judgment, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 46, p. 96, at p. 163*).

That argument, it may be thought, carries a certain analogical force in this case. However, without entering into the reasons why it failed in that case, I take the view that it would fail equally in this case; reflections about possible difficulties created by the Award for the completion of a comprehensive delimitation, though deserving of consideration, are not decisive. Referring to the way the particular question had been formulated in the *Free Zones* case, the Permanent Court of International Justice said:

“If the obstacle to fulfilling part of the mission which the Parties intended to submit to the Court results from the terms of the Special Agreement itself, it results directly from the will of the Parties . . .” (*Ibid.*)

pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), C.I.J. Recueil 1974, opinion dissidente, p. 149, et Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), C.I.J. Recueil 1974, opinion dissidente, p. 238-239; voir également Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, C.I.J. Recueil 1984, opinion dissidente, p. 388.)

Comme l'a dit M. Anzilotti, la Cour permanente de Justice internationale, en se limitant à répondre à une partie seulement de la question « qui lui est posée », commettrait « un véritable abus de pouvoir » (*Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, avis consultatif, 1931, C.P.J.I. série A/B n° 41, p. 69*). Cependant, pour éviter la pétition de principe, il convient tout d'abord de déterminer quelle est la question qui appelle une réponse (*Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, C.P.J.I. série C n° 58, p. 610-613, M. Logoz, pour la Suisse, arguendo*). Ainsi, si un compromis peut témoigner du désir des parties d'avoir une réponse à la totalité de certaines questions, il est concevable que la façon dont ces questions sont formulées puisse empêcher le tribunal de répondre à toutes. Face à une affaire semblable, dans laquelle la Cour permanente de Justice internationale a considéré qu'il n'était pas possible de répondre à l'une des questions à cause de la façon dont elle était formulée, la Cour permanente s'est montrée insensible au fait que le compromis lui demandait expressément de répondre à toutes les questions « par une seule décision ». Elle n'a pas cédé non plus à l'argument selon lequel :

« la conclusion du compromis représentait une transaction entre les points de vues opposés des Parties, l'un des deux Etats attachant un intérêt particulier à la question juridique soumise à la Cour par l'article premier, et l'autre s'intéressant spécialement aux questions dont traite l'article 2; par conséquent, si la Cour ne rendait son arrêt que sur la question de droit à elle soumise par l'article premier, il en résulterait une injustice, car l'équilibre entre les deux Parties serait détruit » (*Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, arrêt, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 46, p. 163*).

Cet argument, pourrait-on penser, présente une certaine analogie avec la présente affaire. Cependant, sans entrer dans le détail des raisons pour lesquelles cet argument a échoué dans l'affaire en question, j'estime qu'il échouerait également en l'espèce; des réflexions sur les difficultés que la sentence risque de susciter lorsque l'on cherchera à procéder à une délimitation globale, tout en méritant de retenir l'attention, ne sont pas décisives. Evoquant la façon dont la question avait été formulée dans l'affaire des *Zones franches*, la Cour permanente de Justice internationale dit ceci :

« Si l'obstacle qui s'oppose à l'accomplissement d'une partie de la mission que les Etats en cause entendaient confier à la Cour résulte des termes du compromis lui-même, c'est directement de la volonté des Parties que cet obstacle découle... » (*Ibid.*)

It seems to me that in the case at bar such an obstacle is presented by the will of the Parties themselves as expressed by them in the prefatory words of the second question. Moreover, those words having been introduced at the instance of Guinea-Bissau itself, there is a sense in which it is apposite to bear in mind that, as was once said by Judge Anzilotti, "it is only fair that a government should bear the consequences of the wording of a document for which it is responsible" (*Polish Agrarian Reform and German Minority, P.C.I.J., Series A/B, No. 58*, p. 175, dissenting opinion, at p. 182). The controlling words in this case are clear. Every effort to put a gloss on them founders on Professor Rolin's remark, "la Cour estimera sans doute qu'il faut lire ce qui est écrit" (*I.C.J. Pleadings, Anglo-Iranian Oil Co.*, p. 486).

The international arbitral process provides a useful procedure of peaceful settlement. The international community rightly values the process. Clearly, its utility must be protected against open-ended challenges to the finality of awards. Equally clearly, it would be misconceived to seek to protect the system by suffering any serious fault in its operation to remain remediless: the preservation of the system and the vindication of its credibility are interlinked. In my opinion, however, the complaint in this case has not been made out. True, the Award of the Tribunal did not result in a delimitation of all the maritime areas in dispute. However, this is a comment not on the Award, but on the way the Parties chose to frame the questions put to the Tribunal. As to why they framed the questions in the way they did, a court of law need not look beyond the words of Charles De Visscher:

"Il n'est pas rare qu'il faille considérer comme adéquate une interprétation qui n'assigne au traité qu'une efficacité restreinte, à première vue peu conforme à ce qui, en bonne logique, pourrait apparaître comme son but. Cette inefficacité partielle peut s'expliquer, en fait, par la volonté réfléchie des contractants de ne pas s'engager au-delà d'un certain point." (De Visscher, *op. cit.*, p. 77.)

(Signed) Mohamed SHAHABUDDEN.

Il me semble qu'en l'espèce cet obstacle est créé par la volonté des Parties elles-mêmes, telle qu'elles l'ont exprimée dans les premiers mots de la seconde question. En outre, ces mots ayant été introduits sur l'insistance de la Guinée-Bissau elle-même, il semblerait qu'il ne faille pas perdre de vue que, comme l'a dit naguère M. Anzilotti, « il n'est que juste que ce gouvernement supporte les conséquences de la rédaction peu claire d'un document qui émane de lui » (*Réforme agraire polonaise et minorité allemande*, C.P.J.I. série A/B n° 58, opinion dissidente, p. 182). Les mots clés, en l'occurrence, sont clairs; tout effort pour les masquer se heurte aux mots de M. Rolin, « la Cour estimera sans doute qu'il faut lire ce qui est écrit » (*C.I.J. Mémoires, Anglo-Iranian Oil Co.*, p. 486).

L'arbitrage international est une utile procédure de règlement pacifique. La communauté internationale y attache de la valeur, à juste titre. De toute évidence, il ne faut pas que son utilité soit compromise par des contestations sans fin du caractère définitif des sentences. Tout aussi manifestement, il serait peu judicieux de chercher à protéger le système en acceptant de ne pas remédier, le cas échéant, à un grave défaut de son fonctionnement: la sauvegarde du système et sa crédibilité sont liées. A mon avis, cependant, le grief en la présente affaire n'a pas été établi. Certes, la sentence du Tribunal n'a pas abouti à une délimitation globale de tous les espaces maritimes en litige. Cela dit, ce reproche s'adresse non à la sentence, mais à la façon dont les Parties ont délibérément choisi de formuler les questions qu'elles ont posées au Tribunal. Quant à la raison pour laquelle elles ont formulé les questions de cette manière, un tribunal n'a pas à chercher plus loin que les mots de Charles De Visscher:

« Il n'est pas rare qu'il faille considérer comme adéquate une interprétation qui n'assigne au traité qu'une efficacité restreinte, à première vue peu conforme à ce qui, en bonne logique, pourrait apparaître comme son but. Cette inefficacité partielle peut s'expliquer, en fait, par la volonté réfléchie des contractants de ne pas s'engager au-delà d'un certain point. » (De Visscher, *op. cit.*, p. 77.)

(Signé) Mohamed SHAHABUDEEN.