

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

AFFAIRE RELATIVE A LA SENTENCE ARBITRALE DU 31 JUILLET 1989
(GUINÉE-BISSAU c. SÉNÉGAL)

MÉMOIRE DU GOUVERNEMENT
DE LA RÉPUBLIQUE DE
GUINÉE-BISSAU

Livre I

MAI 1990

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	3
CHAPITRE I. L'EXPOSÉ DES FAITS	5
1. Les faits antérieurs au compromis d'arbitrage du 12 mars 1985.....	5
La nécessité de procéder à des délimitations mari- times	6
L'ignorance de l'échange de lettres franco-portugais	7
La poursuite des négociations de fond.....	8
Les négociations en vue d'un compromis d'arbitrage .	11
Evénements (en relation avec le différend) inter- venus avant l'entrée en vigueur du compromis d'arbi- trage du 12 mars 1985	13
2. Les faits postérieurs au compromis d'arbitrage du 12 mars 1985	13
La nomination des arbitres	14
Le déroulement de la procédure	14
Les résultats	16
Les relations entre les deux Parties dans les jours qui suivirent le 31 juillet 1989	17
CHAPITRE II. LA COMPÉTENCE DE LA COUR	25
1. Les caractéristiques générales de l'instance	25
Une demande en inexistance et en nullité et non en réformation par voie d'appel ou en révision	26
Une demande en inexistance et en nullité et non en annulation	28
2. Les déclarations des deux Etats relativement à la juri- diction de la Cour	31

La compétence <i>ratione temporis</i>	32
La compétence <i>ratione materiae</i>	36
3. La compétence de la Cour en application de l'article 36, paragraphe 2 du statut	38
Le présent différend rentre dans trois des catégories de différends visées à l'article 36, paragraphe 2	39
La doctrine et la jurisprudence en la matière	41
CHAPITRE III. LE COMPROMIS D'ARBITRAGE DU 12 MARS 1985	45
1. Le compromis, source limitative et impérative des pou- voirs du Tribunal	45
2. Analyse du compromis d'arbitrage	47
Article 11 (paragraphe 1)	47
Article 10 (paragraphe 2)	48
Article 4	49
Article 2 et 9	51
CHAPITRE IV. L'INEXISTENCE DE LA PRÉTENDUE « SENTENCE »	59
1. L'inexistence comme catégorie distincte de la nullité ..	59
2. L'absence de majorité au sein du Tribunal	62
La déclaration du président	63
Les conséquences de la déclaration du président ...	68
CHAPITRE V. L'EXCÈS DE POUVOIR ET LE DÉFAUT DE MOTIVATION ENTRAINENT LA NULLITÉ ABSOLUE DE LA PRÉTENDUE « SENTENCE »	71
1. Les fondements théoriques de la nullité d'une sentence arbitrale	71

2. Les éléments constitutifs de la nullité de la « sentence » du 31 juillet 1989	76
Tentative de mise en relation des motifs et du dis- positif de la « sentence »	77
Les causes d'invalidité de la « sentence »	78
3. Prolongements et conclusions	81
CONCLUSIONS	85

INTRODUCTION

1. Le 23 août 1989, et en application du paragraphe 1 de l'article 40 du statut de la Cour, le Gouvernement de la Guinée-Bissau a déposé auprès de la Cour Internationale de Justice une requête introductive d'instance contre le Gouvernement de la République du Sénégal.

Cette requête relative à la prétendue sentence rendue le 31 juillet 1989 par le Tribunal arbitral pour la détermination de la frontière maritime Guinée-Bissau - Sénégal, tend à prier la Cour de dire et juger :

« — que cette prétendue décision est frappée d'inexistence par le fait que, des deux arbitres ayant constitué en apparence une majorité en faveur du texte de la « sentence », l'un a, par une déclaration annexe, exprimé une opinion en contradiction avec celle apparemment votée ;

— subsidiairement, que cette prétendue décision est frappée de nullité, le Tribunal n'ayant pas répondu complètement à la double question posée par le compromis, n'ayant pas abouti à une ligne unique de délimitation dûment portée sur une carte et n'ayant pas motivé les restrictions ainsi abusivement apportées à sa compétence ;

— que c'est donc à tort que le Gouvernement du Sénégal prétend imposer à celui de la Guinée-Bissau l'application de la prétendue sentence du 31 juillet 1989. »

2. Le 1^{er} novembre 1989, la Cour a rendu une ordonnance fixant les dates d'expiration des délais pour le dépôt des pièces de la procédure écrite. En application de cette ordonnance, le présent mémoire est aujourd'hui déposé au nom du Gouvernement de la Guinée-Bissau, demandeur en cette affaire.

Les éléments nécessaires à l'exposé de la cause et les arguments y relatifs seront développés selon le schéma suivant :

— le premier chapitre servira à l'exposé des faits tels qu'ils ont conduit d'abord à la constitution d'un Tribunal arbitral chargé de la délimitation maritime entre les deux Etats, et ensuite à la saisine de la Cour par le Gouvernement de la Guinée-Bissau ;

— le second chapitre sera relatif à la compétence de la Cour et analysera sur quels fondements cette compétence est assurée ;

— il conviendra dans un troisième chapitre de se livrer à une analyse détaillée du compromis d'arbitrage passé le 12 mars 1985. Il constituait en effet la base précise de l'accord des Parties relativement aux pouvoirs et compétences attribués au Tribunal arbitral constitué par un effet de leurs volontés. Aussi le texte produit comme sentence ne saurait-il être déclaré valide sans une étroite vérification de l'application qui a été faite du compromis arbitral ;

– le quatrième et le cinquième chapitres seront consacrés respectivement à l'examen de l'argument d'inexistence de la prétendue sentence pour défaut de formation d'une majorité chez les arbitres, et à l'examen de l'argument d'invalidité pour excès de pouvoir, présenté à titre subsidiaire et fondé sur le caractère incomplet des réponses apportées par le Tribunal aux questions posées par le compromis, sur l'absence de fixation d'une ligne unique, l'absence de la carte pourtant demandée, et la non-motivation de ces carences dans la prétendue décision.

A la suite de quoi, le Gouvernement de la Guinée-Bissau formulera les conclusions qu'il présente respectueusement à la Cour.

CHAPITRE I

L'EXPOSÉ DES FAITS

3. Le présent différend porte sur l'inexistence et l'invalidité du texte produit comme sentence par le Tribunal arbitral le 31 juillet 1989. Ces qualifications sont déduites comme il sera exposé plus loin, d'une part, de l'analyse même du texte de la « sentence » et des déclarations et opinions jointes, et d'autre part, de la violation du compromis arbitral par le Tribunal.

L'importance des termes de cet accord (qui sera l'objet d'un examen détaillé dans le III^e Chapitre de ce Mémoire) justifie que soient rappelées au moins brièvement les circonstances qui ont conduit à sa conclusion. En effet, l'accumulation des faits antérieurs à la signature du compromis, les positions respectives des deux Etats telles qu'elles se sont exprimées dès l'abord, sont des éléments décisifs pour la pleine compréhension de la rédaction du compromis arbitral qui a finalement emporté l'adhésion des deux Etats.

La situation qui s'est développée depuis le compromis, c'est-à-dire pendant le déroulement de la procédure arbitrale et depuis son achèvement, constitue également une partie des faits qu'il est indispensable de porter à la connaissance de la Cour.

4. Aussi les faits de la cause seront-ils relatés en deux séries chronologiques : les faits antérieurs au compromis d'arbitrage du 12 mars 1985, et les faits postérieurs à cette date.

5. La Guinée-Bissau a estimé de son devoir de présenter à la Cour l'essentiel des documents en sa possession afin de contribuer à l'éclairer de la meilleure manière possible. Aussi trois volumes d'annexes (Livre II, III et IV du présent Mémoire) reproduisent-ils les mémoires et plaidoiries des Parties dans la procédure devant le Tribunal arbitral¹. L'exposé des faits ici présenté en sera allégé.

1. Les faits antérieurs au compromis d'arbitrage du 12 mars 1985.

L'indépendance de la Guinée-Bissau et sa position générale à l'égard des traités passés par l'Etat prédécesseur

6. Les deux Etats Parties à la présente cause sont issus d'un processus de décolonisation. Pour la Guinée-Bissau, une longue lutte de libération nationale prélude à sa proclamation d'indépendance intervenue le 24 septembre 1973, puis

¹ En revanche, les annexes des mémoires, contre-mémoires, réplique et duplique devant le Tribunal ne sont pas reproduites in extenso. Seuls ont été retenus les documents utiles à la présente argumentation. Ils sont regroupés dans le Livre V de ce Mémoire.

à son admission aux Nations-Unies le 17 septembre 1974. Les responsables du jeune Etat savaient que les frontières terrestres avaient été délimitées autrefois par le Portugal. Ce dernier avait pour cela traité avec la France, elle-même soucieuse d'établir les frontières de ses colonies de Guinée et du Sénégal. Ils savaient que le 12 mai 1886 ces deux puissances coloniales avaient conclu une Convention partageant leurs possessions respectives en Afrique et plus particulièrement sur sa côte occidentale¹. Ils savaient aussi que cette Convention fixait précisément les îles relevant de la souveraineté du Portugal, mais qu'elle n'abordait pas la question des délimitations maritimes, laquelle durant le cours du XIX^e siècle et à l'occasion des partages coloniaux n'avait pas été un enjeu dans les relations internationales².

7. La République de Guinée-Bissau par sa proclamation d'indépendance :

- rappelait les limites terrestres de sa souveraineté territoriale ;
- et affirmait son droit à la "table rase" pour tous les traités, accords, alliances et concessions conclus par l'Etat prédécesseur, le Portugal, relativement au territoire guinéen³.

Elle eut par la suite l'occasion de reconnaître l'utilité du principe du respect des frontières tracées par le colonisateur tel qu'il résulte de la résolution du 21 juillet 1964 de l'OUA et de l'article 11 de la Convention de Vienne du 23 août 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités. Mais il découle des termes mêmes employés alors, que son adhésion à ce principe ne s'étendait pas aux délimitations maritimes et qu'elles se refusaient à toute extension de cette sorte⁴.

La nécessité de procéder à des délimitations maritimes

8. D'ailleurs, lors de son indépendance en 1973-1974, la Guinée-Bissau n'avait aucune raison de penser que des délimitations maritimes fussent intervenues dans le passé.

Les premiers mois suivant l'indépendance furent consacrés à de multiples tâches aussi urgentes qu'écrasantes : reconstruire le pays après onze années de guerre, mettre en place une administration étatique malgré la rareté des cadres valablement formés, entreprendre la formation de nouveaux cadres hautement nécessaires, faire le bilan des ressources actuelles et potentielles et prévoir leur exploitation afin de mettre le pays sur la voie du développement.

Cette dernière tâche amena rapidement à une prise de conscience de l'importance des ressources maritimes.

Les responsables de la Guinée-Bissau y furent sensibilisés d'autant plus fortement que leur entrée dans la vie internationale et leur participation aux activités des organisations internationales coïncidèrent avec le début des travaux de la III^e Conférence des Nations-Unies sur le Droit de la Mer (1973).

¹ Voir Livre V - annexe 1.

² Il fut confirmé par la sentence rendue par le Tribunal arbitral pour la délimitation maritime entre la Guinée-Bissau et la République de Guinée que la Convention du 12 mai 1886 n'avait pas déterminé de frontière maritime (par. 130 de la sentence).

³ Voir la Proclamation d'indépendance. Livre V - annexe n° 2.

⁴ Livre II. *Mémoire de la Guinée-Bissau*, p. 75 et suivantes.

9. La Guinée-Bissau est dotée d'une large façade maritime, elle comporte une région administrative constituée par le vaste archipel des Bijagos, son territoire est balayé par une forte marée qui rend la mesure de sa surface terrestre aléatoire (la superficie varie d'un quart selon qu'elle est mesurée à marée haute ou basse)¹.

Ses responsables eussent été coupables de ne point se préoccuper des avantages que leur peuple pouvait retirer de cette situation. Les débats à la III^e Conférence furent pour eux une formation accélérée dans ce domaine. Ils y apprirent quels seraient les droits des Etats riverains sur les richesses du sol et sous-sol marin et de la colonne d'eau surjacente. Ils y prirent conscience aussi du fait qu'il était nécessaire avant tout de définir par accord avec les Etats voisins les limites respectives de l'exercice des droits souverains des uns et des autres.

10. Que cette attitude soit liée à l'existence de richesses tant biologiques que pétrolifères dans cette région maritime ne doit être ni masqué, ni chargé d'une connotation négative. Quels responsables politiques, surtout à l'époque où ils fréquentaient la Conférence des Nations-Unies sur le droit de la mer, haut lieu d'information mondiale sur ces questions, ne se seraient souciés des délimitations nécessaires à la fixation des droits de leur pays, afin de rendre l'exploitation des ressources possible dans des conditions juridiquement sûres ?

Ainsi, la relation doit-elle être clairement établie entre les faits suivants (et sur la même période : 1974-1977) :

- début de l'indépendance de la Guinée-Bissau ;
- déroulement de la III^e Conférence des Nations-Unies ;
- ignorance par la Guinée-Bissau de toute délimitation antérieure ;
- demande d'entrée en négociations sur ce sujet tant avec la République de Guinée au sud, qu'avec celle du Sénégal au nord.

11. La Guinée-Bissau prit donc l'initiative. Elle posa le problème par une note au Sénégal en date du 9 mai 1977². Puis la question de la délimitation maritime fut mise à l'ordre du jour de la commission mixte Sénégal-Guinée-Bissau lors de la session de septembre 1977.

L'ignorance de l'échange de lettres franco-portugais

12. La preuve a été apportée au cours de la procédure devant le Tribunal arbitral :

- que la Guinée-Bissau, à la date du 13 septembre 1977, ignorait l'existence d'un accord, de recommandations et même tout simplement de négociations qui seraient intervenues à ce sujet entre la France et le Portugal à l'époque de leurs souverainetés respectives dans la région ;
- et que le Sénégal, à la même date, avait connaissance des recommandations élaborées entre la France et le Portugal, mais ignorait qu'elles fussent alors la base d'un échange de lettres survenu quelques mois plus tard. Il s'agit là de faits d'importance capitale. Ils constituent l'un des fondements de la position soutenue par la Guinée-Bissau selon laquelle l'échange de lettres franco-portugais lui est inopposable.

¹ Pour la description géographique du pays, voir Livre II, *Mémoire de la Guinée-Bissau auprès du Tribunal arbitral*, p. 40 et suivantes, Livre III, *Réplique*, p. 10 et Livre V, annexe 3.

² Livre V - annexe 4.

13. Ces faits sont attestés par le procès-verbal de la réunion du 13 septembre 1977, la note adressée ensuite (3 novembre 1977) par le Gouvernement du Sénégal à celui de Bissau où il apparaît clairement que le Sénégal n'a eu connaissance de l'échange de notes qu'après avoir effectué des recherches à ce sujet, et la demande adressée le 3 janvier 1978 par la Guinée-Bissau au Portugal (et restée sans réponse de la part du Portugal) de bien vouloir lui fournir toutes informations au sujet des frontières terrestres et maritimes¹.

14. Les responsables et dirigeants de la Guinée-Bissau découvrent ainsi au début de l'année 1978 que les deux puissances coloniales, en présence d'un représentant du Sénégal, auraient décidé de la délimitation maritime par un échange de lettres en date du 26 avril 1960² (à quelques semaines de l'accession du Sénégal à la totale souveraineté intervenue le 20 août 1960 et alors que la revendication d'indépendance est déjà formulée par le peuple de Guinée-Bissau).

15. Les mêmes hommes et femmes, responsables du pays depuis leur indépendance, laquelle entrait dans sa cinquième année, avaient été les organisateurs et responsables de la lutte politique puis militaire depuis la fin des années 1950. Au premier titre, ils n'avaient jamais eu connaissance de ce texte, et au second (pendant la longue durée du mouvement d'indépendance), bien qu'attentifs à l'attitude du Portugal relativement à tout ce qui concernait la colonie de Guinée, ils n'avaient rien noté pouvant les alerter sur l'existence de cet accord, puisque par un concours de circonstance étrangement concordant tout s'était passé comme si l'accord de 1960, conclu à Lisbonne, était « resté en quelque sorte juridiquement « retenu » dans cette même capitale, comme s'il n'intéressait nullement le territoire guinéen qui en était pourtant le support »³.

La poursuite des négociations de fond

16. A partir de la découverte pour les uns (les représentants de la Guinée-Bissau) et redécouverte par les autres (les représentants du Sénégal) de l'échange de lettres franco-portugais, les négociations se poursuivirent jusqu'à la conclusion, sept ans plus tard, d'un compromis par lequel les deux Etats portèrent leur différend devant un Tribunal arbitral.

17. Les réunions furent nombreuses. Leur relation, détaillée alourdirait inutilement le présent mémoire. Le débat de fond qui se déroula au cours de ces négociations sera évoqué sommairement car il ne concerne qu'indirectement la présente instance. Sa connaissance est nécessaire dans la seule mesure où elle éclaire les conditions dans lesquelles furent débattus les termes du compromis d'arbitrage.

18. L'échange des points de vue sur le fond fut l'occasion de rencontres jusqu'en 1982.

¹ Livre V - annexes 5, 6 et 7.

² Voir le texte de cet échange de lettres. Livre V - annexe 8.

³ Selon les termes utilisés au paragraphe 58 de l'opinion dissidente émise par le juge Bedjaoui. Voir à ce sujet l'ensemble des paragraphes 54 à 68 de l'opinion dissidente.

Sha

Les délégués de la Guinée-Bissau refusent alors de se laisser imposer l'échange de lettres franco-portugais. Ils avaient en effet procédé à l'examen de la délimitation découlant de ce texte et des conditions l'ayant entouré. Ils n'avaient pas manqué d'être frappés du caractère grossièrement inéquitable de la ligne que la France avait alors réussi à imposer au Portugal. Et ils développèrent les arguments tirés de la nature de cet accord et des défauts formelles qui l'affectaient entraînant son inopposabilité et son invalidité.

19. Comment pouvaient-ils en effet accepter la succession à un accord de délimitation maritime s'appuyant sur une ligne d'azimut 240° alors que l'équidistance tracée à partir des côtes continentales des deux Etats produirait une ligne orientée à 247° et que la prise en considération de toutes les circonstances géographiques exigerait une substantielle remontée vers le nord de cette ligne afin de tenir compte de l'important archipel des Bijagos ?

Comment pouvaient-ils reprendre à leur compte une telle amputation des territoires maritimes devant leur revenir ? Les calculs faits par leurs experts (et qui ont fait l'objet de leur argumentation par la suite devant le Tribunal arbitral) leur permettaient, en application des règles en vigueur dans le droit de la mer, de prétendre de manière fondée à des droits couvrant une zone s'étendant au minimum jusqu'à une ligne d'azimut 264° et pouvant aller jusqu'à 270° .

Pour quelles raisons se seraient-ils portés partie succédante à un accord inconnu et affecté de multiples causes d'inopposabilité et d'invalidité ?

20. Ces arguments furent exposés lors de la rencontre des 3 et 4 juillet 1978 et à l'occasion de nouvelles réunions qui prirent place les 27, 28 et 29 mai 1981.

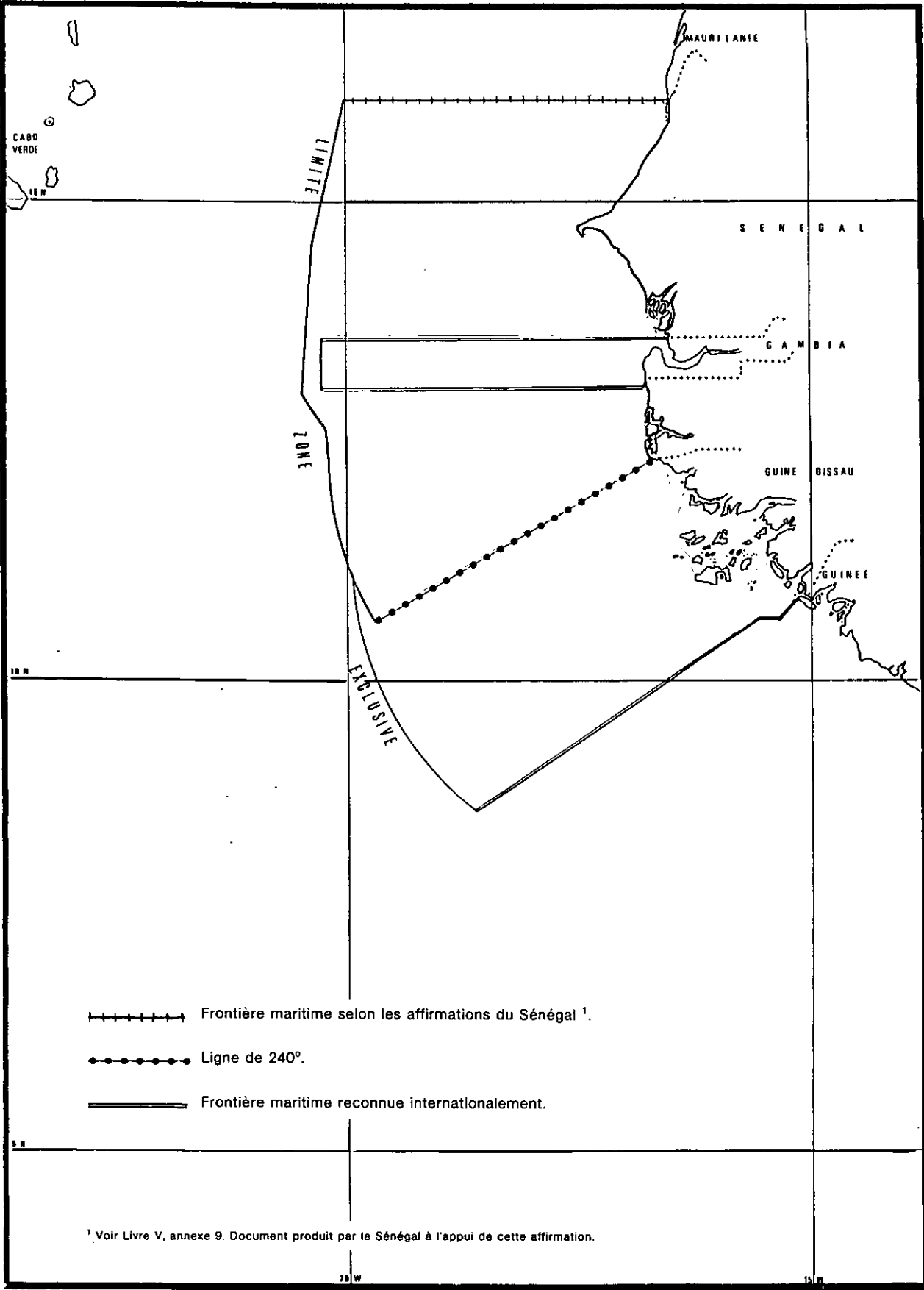
Il fallut bien alors prendre acte de l'impossibilité de la négociation, tout au moins d'une négociation portant sur la délimitation maritime elle-même.

21. Le Sénégal s'en tenait de manière persistante à la ligne définie dans l'échange de lettres franco-portugais. Il la considérait comme valablement acquise et, alors même que cette ligne n'avait délimité que les zones maritimes existant dans le droit international de 1960 (à savoir la mer territoriale, la zone contiguë et le plateau continental) il entendait, par un processus d'extension dont il ne donnait pas les fondements juridiques, consacrer le même azimut de direction depuis la côte (240°) pour la zone économique exclusive.

Il en faisait également la direction continue de toute la partie du plateau continental en extension vers le large depuis les années 1960. Et il entendait ainsi l'appliquer non seulement à la largeur du plateau continental résultant de la définition de la Convention de Genève du 29 avril 1958 (article 1^{er} : jusqu'à une profondeur de 200 mètres et au-delà de cette limite jusqu'au point accessible à l'exploitation) mais encore à celle découlant du nouveau droit de la mer (jusqu'à 200 milles vers le large). Le Sénégal négligeait donc la nécessité impérieuse que toute nouvelle délimitation se fasse par voie d'accord et sur des bases équitables, et sans avancer le moindre argument en faveur du caractère équitable d'une ligne d'azimut 240° , s'en tenait au prolongement de cette direction obtenue dans les chancelleries européennes vingt ans auparavant.

position
n'apparaissant
qu'au niveau
de la Resp.
devant le Trib.
=> pas lors
des négociations
compromis

LES DÉLIMITATIONS MARITIMES SELON LES PRÉTENTIONS DU SÉNÉGAL



¹ Voir Livre V, annexe 9. Document produit par le Sénégal à l'appui de cette affirmation.

22. La Guinée-Bissau avait maintenu tout au long de cette phase infructueuse des négociations que l'échange de lettres de 1960 lui était inopposable et était en soi invalide. Elle soutenait aussi que la direction d'azimut 240° ne répondait à aucune des exigences du droit des délimitations maritimes c'est-à-dire à l'exigence d'équité, pas davantage pour les zones existant en 1960 et dans la largeur qu'elles avaient à cette période que pour les zones nouvelles ou l'extension vers le large des zones préexistantes.

Elle avait maintenu la prétention découlant d'un examen des caractéristiques géographiques de la région, à savoir une délimitation s'appuyant sur la parallèle du cap Roxo.

Les négociations sur la délimitation proprement dite ne pouvant aboutir, une autre phase fut alors abordée.

Les négociations en vue d'un compromis d'arbitrage

23. A partir de 1981, les négociations changèrent d'objet. Contraints de convenir de leur différend et de ses contours, les négociateurs se mirent au moins d'accord sur la nécessité de soumettre ce désaccord à un Tribunal arbitral.

Quatre années furent toutefois nécessaires pour la rédaction définitive du compromis d'arbitrage.

Les procès-verbaux des réunions font apparaître clairement que deux points formèrent longtemps une entrave à tout accord.

24. La Guinée-Bissau, dans le premier projet de compromis arbitral par elle présenté, souhaitait que fût posée au Tribunal une question unique : « Quel est le tracé de la ligne délimitant les territoires maritimes qui relèvent respectivement de la République du Sénégal et de la République de Guinée-Bissau ? » (article 2 du projet), et qu'il soit clairement prévu que les Parties s'abstiendraient d'acte de souveraineté dans la zone contestée pendant la durée de l'arbitrage (article 11 du projet)¹.

Le Sénégal dans son contre-projet présentait lui aussi une unique question à l'intention du Tribunal. Elle était très différente de celle proposée par la Guinée-Bissau : « L'accord conclu par un échange de lettres, le 26 avril 1960, et relatif à la frontière en mer, fait-il droit dans les relations entre la République de Guinée-Bissau et la République du Sénégal ? »

La proposition sénégalaise d'article 11 illustrait de manière tout aussi marquante la distance qui séparait les deux Parties sur les conditions dans lesquelles devait se dérouler l'arbitrage puisque la proposition du Sénégal tenait en ces mots : « Pendant la durée de la procédure arbitrale, la République du Sénégal continuera d'exercer sa souveraineté pleine et entière sur la zone considérée². »

25. Les autres points en désaccord étaient d'importance mineure en comparaison de ces deux-là.

Ils furent réglés petit à petit au cours des rencontres qui eurent lieu à

¹ Voir le projet de compromis arbitral présenté par la Guinée-Bissau. Livre V - annexe 10.

² Le contre-projet sénégalais de compromis arbitral se trouve au Livre V - annexe 11.

Dakar le 12 janvier 1982, à Dakar le 26 avril 1984, à Bissau le 30 mai 1984, à Dakar le 26 juin 1984 et à Bissau le 8 novembre 1984¹.

Les comptes rendus de ces réunions permettent de circonscrire la difficulté.

La Guinée-Bissau ne pouvait en aucun cas se satisfaire de la seule question proposée par le Sénégal.

Sauf à renoncer par avance à toute réponse partiellement ou totalement négative, ce qui eût été la négation même de l'arbitrage, elle se devait d'envisager la nécessité et les conditions de la délimitation qui découlerait de cette éventuelle réponse négative (à ses yeux hautement probable).

26. Lorsque dans les débats oraux de ces rencontres, elle tenta d'interroger les délégués du Sénégal sur l'issue de l'arbitrage dans cette hypothèse, ceux-ci réticents à l'envisager, répondirent qu'on irait alors à un nouvel arbitrage.

Décidés à éviter cela, les représentants de la Guinée-Bissau tentèrent diverses issues dont les modalités (non retenues) apparaissent aux procès-verbaux des 26 juin 1984 et 8 novembre 1984. Il résulte des mêmes documents que le statut de la zone contestée pendant la durée de l'arbitrage ne faisait pas non plus l'accord des deux délégations.

27. Pour sortir la négociation de l'impasse, il fallut une rencontre au plus haut niveau.

Ce sont en effet le chef d'Etat de la Guinée-Bissau et celui du Sénégal qui, lors d'une visite effectuée à Dakar par le premier au début de l'année 1985, dépassèrent les difficultés jusque-là rencontrées. Il conclurent d'une part à la nécessité de poser au Tribunal une double question afin de s'assurer que, quelle que soit la réponse relative à la valeur de l'échange de lettres franco-portugais, la tâche du Tribunal serait bien de procéder à une délimitation complète des territoires maritimes, et d'autre part à la pertinence d'un article sauvegardant les droits de l'une et l'autre Parties pendant la durée de la procédure.

Les obstacles majeurs étant ainsi levés, il fut possible de procéder à l'élaboration définitive et à la signature du compromis arbitral. Celle-ci intervint le 12 mars 1985.

28. Accord obtenu lentement et difficilement mais de manière parfaitement claire, ce compromis est la base de l'engagement des Parties. Il dit les conditions auxquelles, *l'une avec l'autre*, elles ont accepté de se soumettre à la procédure arbitrale. Les délais pour parvenir à cet accord et la difficulté à surmonter les obstacles disent assez l'importance de chaque mot et l'étroitesse et la précision de la compétence alors octroyée au Tribunal.

Le troisième chapitre de ce Mémoire aura pour objet l'analyse minutieuse de ce compromis.

¹ Les procès-verbaux de ces réunions sont au Livre V - annexe 12.

***Evènements (en relation avec le différend) intervenus avant l'entrée
en vigueur du compromis d'arbitrage du 12 mars 1985.***

29. Leur description détaillée serait inutile ici. Mais leur mention est nécessaire dans le but d'éclairer totalement la Cour sur l'ensemble des circonstances ayant conduit à l'arbitrage contesté qui lui est déféré à présent.

Dans cet esprit on rappellera d'abord que le 26 octobre 1977, à deux heures du matin, une patrouille de guerre sénégalaise arraisonna un bateau de pêche dont la localisation en mer relevait des coordonnées suivantes : 12°19'6" nord et 17°07' ouest.

A cette date, la Guinée-Bissau était dans l'ignorance d'une délimitation qui lui avait été étrangère et affirmait ses droits jusqu'au parallèle du cap Roxo. *Cet incident déclencha en conséquence une protestation diplomatique de sa part et la confirma dans la nécessité d'ouvrir dans les plus brefs délais une négociation afin d'aboutir à une délimitation par voie d'accord.*

30. En 1984, des incidents plus graves intervinrent. Refusant déjà de considérer qu'il eût une « zone en litige » le Sénégal autorisa la Société Petro Canada International à entamer des opérations techniques. Le Gouvernement de Bissau dut constater alors l'existence d'une plate-forme (Nedriil 2) et d'un navire (le Balder Challenger) opérant au point des coordonnées 12°06'35" de latitude nord et 17°15'39" de longitude ouest.

Fortement émues par un « passage à l'acte » allant dans le sens de la volonté du Sénégal de considérer la zone comme étant sous sa souveraineté, les autorités de Bissau élevèrent une véhémence protestation diplomatique et lui donnèrent la plus grande audience internationale en la portant à la connaissance des membres du corps diplomatique de Bissau. Elles intervinrent également auprès de la société pétrolière concernée afin d'obtenir la suspension de toutes opérations.

Mais le ministre des Affaires étrangères du Sénégal, confirmant l'attitude sus-mentionnée, adressa à son homologue de Guinée-Bissau, en même temps que le *contre-projet de compromis arbitral* dont il a été parlé plus haut, une lettre comportant le passage suivant :

« Ce projet vous est envoyé sans aucun lien avec la situation qui s'est récemment développée dans cette zone sur laquelle le Gouvernement du Sénégal entend continuer d'exercer sa souveraineté...¹. »

Il ne pouvait y avoir confirmation plus nette de la volonté du Sénégal de ne rien négocier.

2. Les fait postérieurs au compromis d'arbitrage du 12 mars 1985.

31. Si la durée et l'âpreté des conversations avaient pu faire douter d'une issue de ce différend emportant la satisfaction des deux parties, la signature du compromis arbitral intervenue dans les circonstances que l'on vient de retracer changeait les perspectives et le climat.

¹ Livre V - Annexe 13.

Désormais le lien entre les Parties était assuré par un texte conjoint, preuve enfin obtenue d'une volonté commune de solution.

La première question était celle que le Sénégal avait souhaitée. Mais le rajout d'une seconde question permettait un accord puisqu'elle donnait l'assurance qu'à l'issue de l'arbitrage, en tout état de cause, une délimitation d'ensemble de leurs territoires maritimes par une seule ligne et dûment illustrée par une carte serait intervenue entre les Parties. C'était à ces conditions et uniquement à celles-là (celles justement indiquées dans le compromis) que les Parties s'engageaient à reconnaître la délimitation qui serait établie.

La nomination des arbitres

32. C'était la première étape du chemin tracé par le compromis. Mais elle comprenait deux volets qui ne présentaient pas la même difficulté.

La nomination des deux arbitres nationaux, étant un acte autonome de chacun des Etats, fut accomplie rapidement. La Guinée-Bissau annonça la désignation de M. Mohammed Bedjaoui, juge à la Cour. Le Sénégal fit part de la désignation de M. André Gros, ancien juge à la Cour. La nouvelle surprit et inquiéta un peu la Guinée-Bissau qui n'était pas sans savoir que M. Gros avait occupé les fonctions de directeur des Affaires juridiques (Jurisconsulte) au ministère des Affaires étrangères Français, précisément à l'époque où eurent lieu la négociation puis la conclusion de l'échange de lettres franco-portugais dont l'opposabilité à la Guinée-Bissau et la validité se trouvaient contestées. Elle préféra s'ouvrir au représentant du Sénégal des inquiétudes que pouvait légitimement inspirer ce choix. N'y aurait-il pas de la part d'un ancien haut fonctionnaire français chargé de telles fonctions quelque attachement à vouloir confirmer un accord passé par son propre pays? Le Sénégal protesta que cette crainte était sans fondement et la Guinée-Bissau soucieuse de ne pas paraître tatillonne se satisfit de cette assurance.

33. Un an s'écoula encore avant que le Tribunal fût constitué. La nomination du président requérait en effet l'accord des deux Etats. De multiples propositions furent échangées d'abord sans succès. Au mois d'avril 1986 on fut près d'aboutir, lors d'une rencontre entre les deux agents au domicile parisien de l'agent du Sénégal. Deux noms possibles recueillaient en effet l'accord de l'un et l'autre Etat. On choisit l'un des noms et il fut demandé à l'un des conseils de la Guinée-Bissau, présent à cette rencontre, de faire préparer une lettre à la personne qui semblait ainsi désignée. Mais le jour suivant, alors que la signature de cette lettre devait officialiser le choix commun, celui-ci fut remis en cause au profit du second des noms. L'agent de la Guinée-Bissau ayant accepté a priori l'un ou l'autre, s'étonna un peu de cette hésitation ultime du Sénégal mais ne revint pas quant à lui sur sa parole et, le second nom l'ayant ainsi emporté, le président fut alors désigné en la personne de M. Julio Barberis.

Le déroulement de la procédure.

34. Le lieu du Tribunal avait été fixé à Genève. M. Etienne Griesel fut nommé greffier.

Au printemps 1988, le Tribunal siègea pour entendre les plaidoiries des Parties.

35. Deux choses sont à noter ici relativement à la position des Parties pendant la procédure : d'une part il faut remarquer l'insistance conjointe que mirent leurs représentants et conseils à défendre l'idée d'une ligne unique pour délimiter à la fois leurs plateaux continentaux respectifs et leurs zones économiques exclusives respectives¹. D'autre part des développements furent consacrés par les conseils des deux Gouvernements à l'interprétation de l'article 2 du compromis d'arbitrage, celui par lequel étaient exprimées les questions posées au Tribunal. Il en ressort (et ce point fondamental sera repris plus loin) que l'articulation logique entre les deux questions n'était pas formulée de la même façon par les uns et les autres².

36. Les plaidoiries s'achevèrent le 29 mars 1988. Les semaines s'écoulèrent alors dans l'attente de la décision, puis les mois. Pendant l'été 1988, les agents des Parties avaient été informés qu'après la démission du greffier, M. Etienne Griesel, le Tribunal avait nommé à sa place M. Santiago Torrès-Bernadez. Celui-ci prit ses fonctions en septembre 1988. Après 9 mois de délibéré, soit à la date du 18 janvier 1989, les Parties reçurent communication d'une ordonnance du président du Tribunal les priant de fournir au Tribunal des renseignements complémentaires sur les ressources effectives ou potentielles en matière de pêche et d'hydrocarbures de la zone contestée et leur localisation³. Elles avaient pour ce faire jusqu'au 1^{er} avril 1989.

Tout le printemps s'écoula encore dans le silence.

Dans le courant du mois de juillet, les deux Etats apprirent par le greffier que la sentence serait rendue de manière imminente et au plus tard le 31 juillet 1989. Cette date fut bientôt annoncée comme celle de la séance au cours de laquelle le Tribunal rendrait sa sentence à Genève.

37. La délégation de la Guinée-Bissau, en arrivant dans la salle indiquée, constata que le Tribunal n'était pas au complet : l'arbitre André Gros était absent. Aucune explication de cette absence ne fut fournie. Le président Julio Barberis donna lecture du dispositif du texte par lequel le Tribunal par deux voix (la sienne et celle de M. André Gros, absent ce jour-là) contre une (celle de M. Mohammed Bedjaoui), décidait que l'échange de lettres franco-portugais du 26 avril 1960, et relatif à la frontière en mer, faisait droit entre les deux Etats « en ce qui concerne les seules zones mentionnées dans cet accord, à savoir la mer territoriale, la zone contiguë et le plateau continental ». Il ajouta encore que M. Mohammed Bedjaoui avait formulé une opinion dissidente. Il dit enfin que lui-même avait jugé bon de joindre à la « sentence » une déclaration précisant sa position et que celle-ci était qu'il aurait répondu pour sa part à la

¹ Livre II, Mémoire de la Guinée-Bissau, p. 163. Contre-Mémoire du Sénégal, p. 378.

² Livre III - Réplique de la Guinée-Bissau, p. 247 et suivantes. Duplique du Sénégal par. 50 et suivants. Livre IV - Plaidoiries. P.V. n° 1 p. 54/60.

³ Livre V - annexe 14.

première question posée par le compromis arbitral en spécifiant que l'accord de 1960 ne faisait pas droit quant aux eaux de la zone économique exclusive et de la zone de pêche et que cette réponse aurait habilité le Tribunal à traiter la deuxième question posée par le compromis arbitral. Ces informations une fois données, le président du Tribunal s'apprêta à clore et lever la séance.

38. L'agent de la Guinée-Bissau pria qu'on lui donnât la parole afin de demander au Tribunal quelle était donc la réponse à la deuxième question posée par le compromis ?

Le président précisa qu'il n'y avait pas dans la « sentence » de réponse à la deuxième question.

L'agent de la Guinée-Bissau fit part alors de son étonnement que la décision ainsi prise ne répondit pas aux exigences pourtant définies d'un commun accord par les Parties et exprimées dans le compromis d'arbitrage. Il ajouta que, en attendant une lecture complète des documents et la consultation de son Gouvernement, il réservait la position de la Guinée-Bissau quant à l'applicabilité et la validité de cette « sentence ».

La séance fut alors levée et les Parties eurent le loisir de prendre connaissance de l'intégralité des documents produits : « sentence », déclaration du président du Tribunal, opinion dissidente de M. Bedjaoui.

Les résultats.

39. Du point de vue des faits (et en réservant pour les chapitres ultérieurs la discussion de ces faits dans le cadre d'une analyse juridique), il est à noter que les deux Gouvernements se trouvaient mis devant la situation suivante : la « sentence », par son dispositif, déclarait l'échange de lettres franco-portugais du 26 avril 1960 comme faisant droit entre les Parties pour leur frontière en mer pour les seules zones mentionnées dans cet accord.

Le paragraphe 87 des motifs énonçait que de l'avis du Tribunal la deuxième question n'appelait pas une réponse de sa part et que le Tribunal n'avait pas jugé utile « étant donné sa décision, de joindre une carte, comprenant le tracé de la ligne-frontière ». Le paragraphe commençait bien par les mots : « en tenant compte des conclusions ci-dessus auxquelles le Tribunal est parvenu... » mais la lecture de tout ce qui précédait n'éclairait aucunement sur les motifs du Tribunal. Pourquoi ne s'était-il d'aucune manière et à aucun moment prononcé sur ce qui aurait pu être la délimitation des zones économiques exclusives respectives des deux Etats ? Il était impossible de le savoir, ni de savoir ce qu'était cette délimitation, sauf à savoir qu'elle ne découlait pas de l'échange de lettres franco-portugais, ce qui était dit clairement par le dispositif et éclairé par le paragraphe 85 des motifs. On savait donc ce qu'elle n'était pas, mais sans savoir ce qu'elle était. Pourtant, les deux Parties avaient bien souhaité une délimitation *complète* comme indiqué par le paragraphe 2 de l'article 2 du compromis arbitral :

« En cas de réponse négative à la première question, quel est le tracé de la ligne délimitant les territoires maritimes qui relèvent respectivement de la République de Guinée-Bissau et de la République du Sénégal ? »

ainsi que par l'article 9 :

« Cette décision doit comprendre le tracé de la ligne frontière sur une carte » (souligné par l'exposant).
La mission demandée au Tribunal d'un commun accord par les deux Etats n'avait donc pas été accomplie et le différend n'était pas réglé.
Cette évidente et pénible constatation s'accompagna, dès les jours qui suivirent le 31 juillet 1989, de la certitude que l'accord signé le 12 mars 1985 et par lequel ensemble les deux Etats avaient soumis en des termes précis et communs leur différend à l'arbitrage avait été éphémère.

Les relations entre les deux Parties dans les jours qui suivirent le 31 juillet 1989.

40. Le Gouvernement de la Guinée-Bissau, comme son agent l'avait indiqué lors de la dernière séance du Tribunal le 31 juillet 1989, croyait utile avant toute prise de position de faire une analyse approfondie du texte de la « sentence », de la déclaration annexée par le président du Tribunal, de l'opinion dissidente jointe et d'examiner avec soin et réflexion la situation nouvelle ainsi créée.

Il n'eut guère le temps de poursuivre dans cette voie, car dès le 1^{er} août et dans les jours qui suivirent, la radio et la presse sénégalaise (qui n'avaient pu être informées que par les responsables sénégalais, eux-mêmes seuls détenteurs des informations) annonçaient avec des accents triomphants une victoire complète du Sénégal. D'après eux, les thèses de leur Gouvernement auraient été entièrement admises par le Tribunal.

41. Les responsables de la Guinée-Bissau comprirent alors que, à la lumière de la situation confuse créée par le résultat décevant de cet arbitrage, le Sénégal tentait d'imposer les solutions soutenues par lui au cours de la procédure (mais non totalement acceptées par le Tribunal).
Ne pouvant laisser se développer cette situation, ni devant l'opinion publique internationale, ni devant l'opinion publique africaine, l'agent de la Guinée-Bissau rédigea alors un communiqué qui fut diffusé dès le 2 août 1989¹.

42. Il s'y livrait à une analyse sommaire mais juridique de la situation et il soulignait les causes d'inexistence et de nullité de la sentence et fondait *sur ces causes* le refus par la Guinée-Bissau de toute application (en réalité impossible dans les faits sans une forte sollicitation des textes) de la prétendue « sentence ».

Il paraît utile d'insister sur l'argumentation immédiatement utilisée par la Guinée-Bissau. Il ne s'agissait aucunement, comme le Sénégal tenta amplement de le faire croire, de renier la parole donnée dans le compromis arbitral en violant son article 10, par. 2 qui prévoyait le caractère obligatoire de la sentence une fois rendue. Mais constatant la situation confuse et inapplicable créée par l'issue de cet arbitrage, la Guinée-Bissau appelait

¹ Livre V - annexe 15.

le Sénégal à faire la même constatation et se déclarait prête à réouvrir les négociations.

Le communiqué rappelait enfin que, faute de nouvelles négociations et au cas où le Sénégal entreprendrait l'exploitation des richesses de la zone, la Guinée-Bissau se livrerait pour sa part à l'exploitation des ressources biologiques. Elle rappelait ainsi fermement l'absence de délimitation de la zone économique exclusive (laquelle entachait *ipso facto* toute autre délimitation compte tenu des termes du compromis d'arbitrage).

43. Avant même la tenue de la dernière séance au Tribunal (31 juillet 1989), une visite du Président de la République Sénégalaise Abdou Diouf à son homologue de Guinée-Bissau, le Président Vieira, avait été prévue et préparée pour le 4 août. Les responsables de la Guinée-Bissau espéraient que cette rencontre serait l'occasion d'une ouverture des négociations nécessaire à la clarification de la situation.

Mais l'annonce de l'annulation de la visite du chef d'Etat sénégalais à Bissau fit disparaître cet espoir, cependant que la radio et la presse sénégalaises portaient le comble à la confusion par une campagne de presse virulente¹.

44. L'agent de la Guinée-Bissau fut alors mandaté par son Gouvernement afin de se rendre à Dakar, d'y rencontrer le Président Abdou Diouf et de s'entretenir avec lui de la situation. Cette entrevue eut lieu le 2 août à 17 heures en présence de celui qui était alors ministre des Affaires étrangères du Gouvernement du Sénégal.

L'entrevue eut pour résultat d'informer complètement le chef de l'Etat sénégalais de la situation et de lui apprendre, texte à l'appui, que la prétendue « sentence » n'avait pas consacré les thèses sénégalaises dans leur intégralité, que la délimitation complète demandée par les deux Parties n'avait pas eu lieu, que la présence d'une opinion dissidente, mais surtout d'une déclaration du président du Tribunal, remettait en cause l'existence de la majorité.

Rien de tout cela n'avait jusqu'alors été porté à la connaissance du Président du Sénégal.

45. Le ministre des Affaires étrangères et l'agent du Sénégal organisèrent à Dakar le 8 août 1989 une conférence de presse en présence du corps diplomatique².

Et le 10 août 1989, le directeur du Bureau d'information et de presse du Sénégal à Paris diffusa auprès d'un grand nombre de correspondants une lettre qui avait pour but de rendre compte de cette conférence de presse³. Ce texte, ainsi que les déclarations faites au cours de la conférence de presse, contenaient de multiples erreurs ou éléments de confusion.

¹ Des extraits de presse sont présentés au Livre V, annexe 16.

² Livre V - annexe n° 17.

³ Livre V - annexe n° 18.

46. Le ministre des Affaires étrangères disait d'abord que l'on pouvait s'étonner de la simultanéité des découvertes des potentialités pétrolières dans la zone et de la volonté de la Guinée-Bissau d'aboutir à une délimitation équitable. Il a déjà été souligné plus haut (part. 10 du présent mémoire) qu'il n'y a lieu ni de s'étonner, ni encore moins de s'indigner d'une telle corrélation. La France elle-même n'avait précipité les négociations avec le Portugal dans les années 1959-1960 que par souci de s'assurer des positions pétrolières avantageuses.

47. L'exposé du ministre du Sénégal faisait l'impasse sur la restriction (capitale) contenue dans le dispositif de la « sentence » et selon laquelle l'accord de 1960 ne faisait droit entre les deux Parties que pour « les seules zones mentionnées dans cet accord ». Il insistait sur l'applicabilité immédiate de la « sentence » :

« Autrement dit, cet accord est valide, et parce que la validité de cet accord était ainsi confirmée, il n'était plus nécessaire de répondre à la deuxième question... » (page 4.)

« Conformément à l'engagement pris par notre pays, le Gouvernement sénégalais a immédiatement dit sa disponibilité à prendre toutes mesures requises pour l'application de la sentence arbitrale. » (Page 4.)

Aucun commentaire n'était fait de l'absence de carte pourtant hautement révélatrice de la défectuosité de la « décision » et de sa réelle inapplicabilité.

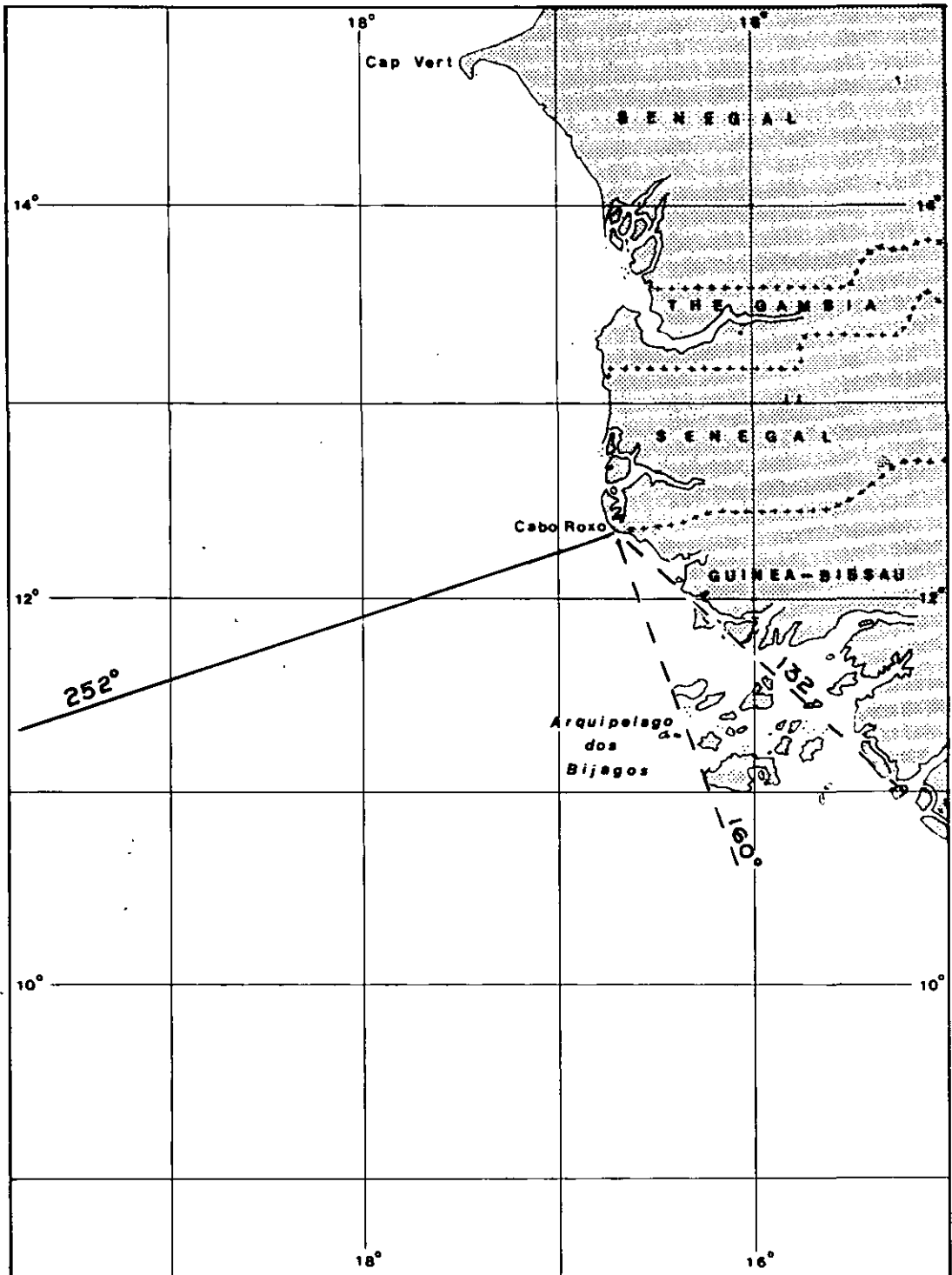
48. Les interventions de l'agent du Sénégal (informé mieux que quiconque de l'ensemble du dossier), pendant la suite de cette conférence de presse et en réponse aux questions posées, révélèrent d'autres erreurs et accrurent le désordre apparent de la situation.

Commentant l'opinion dissidente jointe à la « sentence », il déclarait :

« Vous remarquerez d'ailleurs puisque la question vous intéresse que la sentence arbitrale plutôt l'opinion dissidente de M. le Juge Bedjaoui qui était l'arbitre désigné par la Guinée-Bissau, il faut le dire l'opinion dissidente comporte plus de pages que la sentence elle-même, c'est extrêmement rare de voir une opinion dissidente qui est plus longue que la sentence ; et cela explique les difficultés de la Guinée-Bissau dans cette affaire, quand on a raison on n'a pas besoin de parler beaucoup car la raison c'est le bon sens ; alors je voudrais simplement vous dire, quels sont les arguments qui ont été invoqués par la Guinée-Bissau et que reprend le juge Bedjaoui ; à cet égard d'ailleurs, vous verrez que les prétentions du juge Bedjaoui dont son opinion dissidente vont encore plus loin que les prétentions de la Guinée-Bissau. Vous verrez cette carte qui se trouve dans l'opinion dissidente, cette carte qui remonte encore plus haut que ce que demandait la Guinée-Bissau bien que cela explique dans une certaine mesure les incohérences de la partie adverse. » (Pages 1 et 2 de la seconde partie du compte rendu de la conférence de presse.)

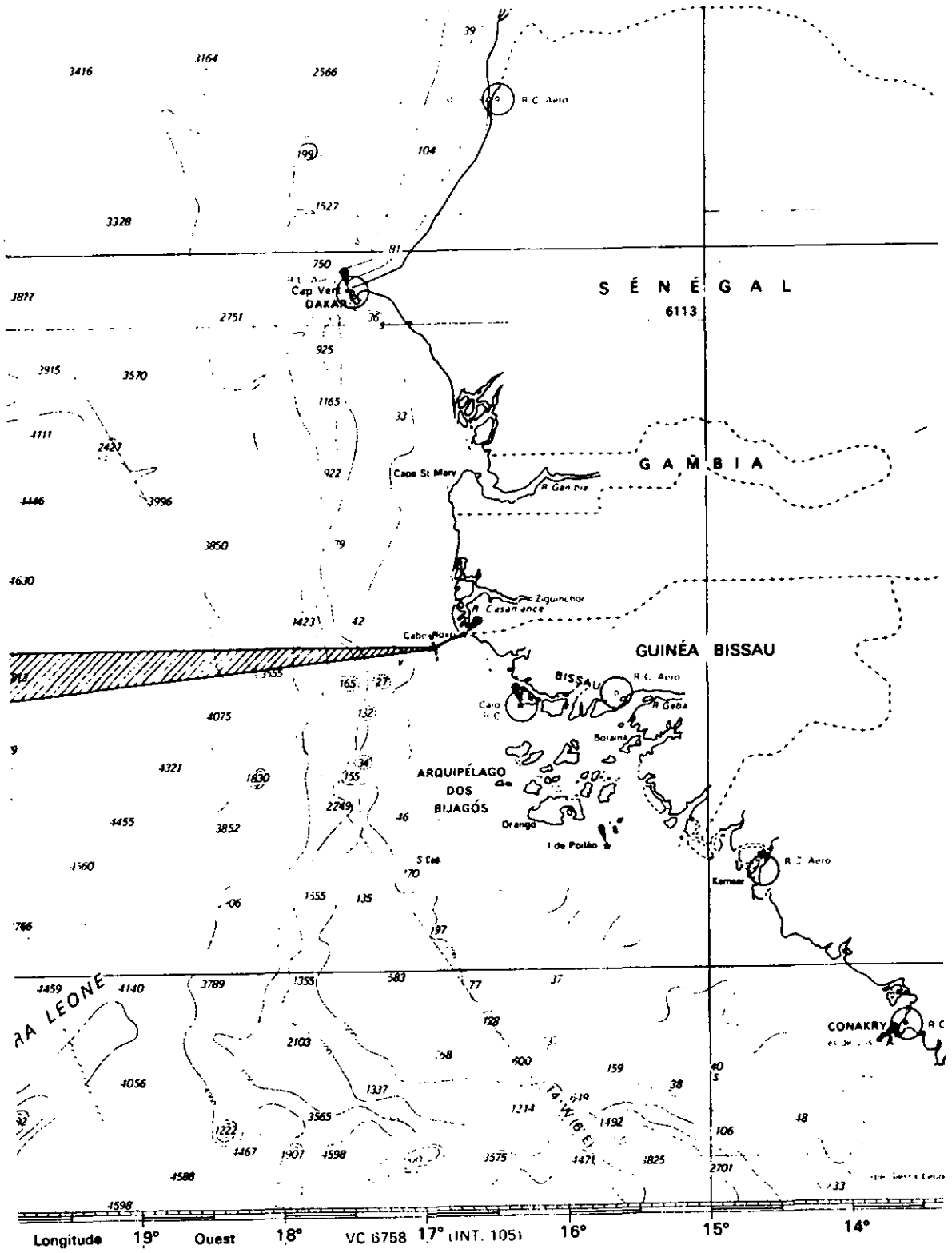
Les cartes ci-jointes illustrent le caractère erroné de cette affirmation. Dans son opinion dissidente, le juge Bedjaoui arrivait à la conclusion que la délimitation entre les deux Etats devait se faire selon une ligne d'azimut 252° ; cette ligne ne se trouve pas « plus haut » que celle revendiquée par la Guinée-Bissau, mais tout au contraire plus bas puisque la Gui-

**DÉLIMITATION SELON L'OPINION DISSIDENTE
DU JUGE BEDJAOUI**



Limite maritime entre la République de Guinée-Bissau
et la République du Sénégal (252°)

**CARTE DE LA LIGNE PROPOSÉE PAR LA GUINÉE-BISSAU
 POUR LA DÉLIMITATION MARITIME ENTRE LES RÉPUBLIQUES
 DU SÉNÉGAL ET DE GUINÉE-BISSAU**



Au-delà des 12 milles marins (ligne d'équidistance),
 selon les critères retenus comme les plus pertinents,
 la ligne se situe dans un secteur compris entre les
 azimuts 264° et 270°.

née-Bissau dans ses conclusions devant le Tribunal arbitral avait revendiqué une ligne comprise entre les azimuts 264° et 270°.

49. L'agent du Sénégal fit d'autres remarques révélatrices d'erreurs d'inégale importance. Il soutenait :

« Il n'y a pas un argument de la Guinée-Bissau qui ait été retenu, pas un. » (Page 4 de la 2^e partie du document.)

C'était oublier que le Tribunal avait retenu au moins l'argument selon lequel *l'échange de lettres franco-portugais ne valait pas pour la zone économique exclusive*, écartant sur ce point les thèses sénégalaises. Le Sénégal en effet avait, par des développements très abondants dans ses écritures et plaidoiries, soutenu que si l'accord franco-portugais de 1960 faisait droit entre les Parties, il ferait droit « pour toute l'étendue des zones de délimitation¹ ».

Et il avait tenté d'asseoir cette prétention sur la laborieuse et inefficace recherche d'une pratique dans ce sens². Le but de la démonstration était de prouver (sans succès) que l'accord de 1960 aurait été

« d'une part confirmé et d'autre part, complété par la conduite ultérieure des différents Etats concernés³ » et que « compte tenu de cette conduite ultérieure des Etats protagonistes, la frontière en mer entre le Sénégal et la Guinée-Bissau est constituée par la ligne des 240° exhaussée à la colonne d'eaux surjacentes, dont le point terminal est situé à l'intersection de cette ligne des 240° et de la limite des 200 milles⁴ ».

Or, par les termes de son dispositif, le Tribunal s'est clairement refusé à suivre le Sénégal dans cette voie.

50. L'agent du Sénégal oubliait aussi que le président du Tribunal avait, par sa déclaration, rejoint l'argumentation de la Guinée-Bissau selon laquelle, en cas de réponse partiellement positive à la première question posée par le compromis, il faudrait répondre alors à la seconde question. La déclaration du président du Tribunal est à cet égard parfaitement explicite :

« Comme la Guinée-Bissau l'a suggéré au cours de cet arbitrage (réplique, page 248) cette réponse aurait habilité le Tribunal à traiter dans la sentence la deuxième question posée par le compromis arbitral. » (Page 74 du texte de la « sentence ».)

51. Toujours à l'occasion de réponses apportées à des questions posées au cours de la même conférence de presse, l'agent du Gouvernement du Sénégal interrogé sur la déclaration du président, tenta d'en minimiser l'importance et de la banaliser. Pour cela il se livra (page 4 de la seconde partie du compte rendu de la conférence de presse) à un glissement de mots et présenta la déclaration du président comme s'il s'agissait d'une opinion individuelle « qui éclaire la sentence rendue » de la part de quelqu'un qui « l'aurait rédigé d'une autre façon ».

¹ Livre III. Duplique du Sénégal, p. 25, part 45 et p. 37 par. 65.

² Livre III. Duplique du Sénégal, pages 171 à 220.

³ Livre IV. Plaidoiries PV/16, pages 161.

⁴ Livre IV. Plaidoiries PV/16, pages 184.

Ces propos étaient fort éloignés de la réalité telle qu'elle se présentait, aussi bien dans la forme que dans le fond. En effet, le président du Tribunal avait joint à la « sentence » un texte qu'il avait lui-même intitulé « déclaration », écartant donc les termes d'opinion individuelle. Mais de surcroît, l'analyse (qui sera exposée plus loin) de ce texte montre qu'il ne saurait être assimilé à une opinion individuelle. Ce terme renvoie en effet à une situation dans laquelle l'un des juges ou arbitres, bien qu'en accord avec le dispositif d'un jugement ou d'une sentence, se trouve en désaccord avec un des motifs ou plusieurs d'entre eux et croit utile d'exposer ce désaccord. Or la déclaration du président du Tribunal annexée à la « sentence » expose une divergence relative au *dispositif* et non aux motifs, ce que l'agent du Sénégal ne prit pas en compte dans son exposé du 10 août 1989.

52. Enfin les déclarations de l'agent du Sénégal, faites publiquement le même jour, comportaient un autre élément de confusion de la situation.

Alors que les deux Parties avaient, d'un bout à l'autre des négociations et de la procédure, toujours souhaité une délimitation complète de l'ensemble de leur territoires maritimes, le Sénégal soudain semblait considérer la délimitation de la zone économique exclusive comme étrangère au différend.

Tenant de s'expliquer sur le contenu de la déclaration du président du Tribunal, l'agent déclara en effet :

« Alors la Guinée-Bissau aurait voulu que le Président réponde à une troisième question et qui était celle de la délimitation de la zone économique exclusive ; le Président du Tribunal a répondu que s'il donnait une réponse à cette question il aurait statué comme on dit en droit ultrapetita. » (Page 5 de la 2^e partie du compte rendu.)

Ainsi faisait tout à coup irruption dans l'argumentation du Sénégal l'idée que la délimitation de la zone économique exclusive aurait été étrangère à la procédure.

Ce nouveau point de vue était en rupture absolue avec toutes les écritures et plaidoiries du Sénégal (citées dans les paragraphes précédents).

Il était même en contradiction avec l'exposé fait quelques minutes auparavant, le même jour, par le ministre des Affaires étrangères du Sénégal dont les propos tendaient plutôt à conclure que tout était délimité et qu'il n'y avait plus qu'à appliquer la « sentence ».

53. Les responsables de la Guinée-Bissau qui assistèrent à cette conférence de presse en firent un compte rendu complet à leur Gouvernement.

Il apparut alors clairement que la situation était dans une profonde impasse et que l'issue de cet arbitrage, loin d'apaiser le différend, avait contribué à accroître les tensions dans la sous-région.

Le Sénégal propageait l'idée que la Guinée-Bissau ne respectait pas la parole donnée (celle de l'article 10 par. 2 du compromis arbitral relatif au caractère obligatoire de la sentence), sans dire que la prétendue « sentence » avait violé le compromis arbitral et esquissé une solution frappée d'inexistence et d'illégalité en droit, incomplète et inapplicable en fait. Le Gouvernement de la Guinée-Bissau ne pouvait laisser s'installer une situation extrêmement dommageable d'une part aux intérêts vitaux de

son peuple et à ses droits souverains sur les espaces marins, d'autre part à son image dans la société internationale.

Ses représentants avaient compris, après avoir assisté à cette conférence de presse, que le Sénégal n'était pas prêt à se livrer avec eux à une lecture attentive et exacte des documents produits à l'issue de cet arbitrage, ni à ouvrir les négociations nécessaires pour dépasser la somme des confusions accumulées. La qualité des personnes ayant donné cette conférence de presse (les hommes les mieux à même de connaître et d'analyser le dossier) rendait douteux tout espoir de nouvelles négociations. L'annulation du voyage du chef de l'Etat sénégalais à Bissau allait dans le même sens.

54. Refuser la dégradation de la situation sur place et poursuivre avec obstination dans les voies du droit et de la justice étaient les objectifs à conserver. La Guinée-Bissau aurait pu s'en tenir à sa conviction que la prétendue « sentence » était inexistante et en tout état de cause nulle et inapplicable et que, par conséquent, elle n'avait aucune obligation de la reconnaître. Elle pouvait s'arrêter à cela. Elle a préféré toutefois chercher encore une fois les voies d'une solution pacifique et juridictionnelle. Le désaccord entre les deux Etats sur l'existence même de la « sentence », son contenu, sa validité, son applicabilité, constituait désormais un nouveau différend, distinct du différend de la délimitation proprement dite. Celle-ci n'était pas davantage réglée que lorsque les deux Etats avaient ouvert leurs négociations à ce sujet en 1977. La situation s'était même dégradée puisqu'un obstacle nouveau se dressait sur la route. Il fallait donc en priorité s'employer à lever cet obstacle, c'est-à-dire, puisque le dialogue semblait impossible à ce sujet entre les Parties, s'en remettre à l'instance la plus qualifiée pour se prononcer sur la « sentence ». Il fut donc décidé par le Gouvernement de la Guinée-Bissau de porter ce nouveau différend devant la Cour Internationale de Justice et de saisir la haute juridiction, en application de l'article 40, paragraphe 1 du statut, d'une requête en inexistance, nullité et inapplicabilité de la « sentence ». Cela fut fait à la date du 23 août 1989. Le présent mémoire est présenté dans le cadre de cette procédure.

55. Ce cadre était le seul désormais offrant les conditions et garanties de rigueur et d'objectivité permettant un exposé serein des points de fait et de droit constitutifs du nouveau différend. Il était d'autant plus utile et urgent de porter l'affaire devant la justice que les représentants du Sénégal avaient, lors de leur conférence de presse, remis aux personnes présentes des extraits de la « sentence » (mais rien de la déclaration du président ni de l'opinion dissidente). Le Gouvernement de la Guinée-Bissau avait appris aussi que dans certains milieux universitaires internationaux circulait le texte de la « sentence » isolé des deux textes la complétant.

L'article 9, paragraphe 4 du compromis arbitral prévoyait :

« Les deux Gouvernements décident ou non de publier la sentence et/ou les pièces de procédures écrites ou orales ».

Après les mots « Les deux Gouvernements » il n'était pas précisé « ensemble » ou au contraire « chacun pour soi ». Mais le Sénégal de son côté avait opté pour cette dernière interprétation.

L'agent de la Guinée-Bissau estima de son devoir d'informer le président du Tribunal des développements de la situation¹.

Il fit préparer à l'usage d'un large public des extraits du compromis arbitral, de la déclaration du président Barberis, et le dernier paragraphe de l'opinion dissidente du juge Bedjaoui, tous éléments que le Sénégal s'était gardé de diffuser².

Enfin l'ambassade de la Guinée-Bissau à Bruxelles publia un communiqué afin de faire savoir que la Cour Internationale de Justice était saisie de cette nouvelle affaire³.

56. Tel est l'exposé de l'ensemble des faits qui constituent la genèse du présent différend.

Il a paru utile d'en faire le récit complet afin de bien mettre en lumière le cœur du litige actuel. Il est reconnu et non contesté par la Guinée-Bissau qu'il existe une norme de droit qui oblige les destinataires d'une sentence à la respecter. Mais cette norme, comme toute norme juridique, attache certaines conséquences de droit à un état de fait déterminé.

« Son application suppose donc que les éléments dont cet état de fait est composé, sont donnés ; s'ils font défaut, il n'y a pas non plus de conséquences juridiques⁴ ».

Ici les conséquences de droit (l'obligation de respecter la sentence) sont rattachées à un état de fait qui tient à l'existence d'une décision prise sous forme de sentence en application du compromis d'arbitrage. Si les éléments constituant l'état de fait ne sont pas réunis, il est impossible d'appliquer la norme et les conséquences juridiques tombent d'elles-mêmes.

57. Les données de fait décrites soigneusement dans les pages qui précèdent ont conduit la Guinée-Bissau (par une argumentation détaillée qui sera développée dans les chapitres suivants) à constater l'absence de toute décision correspondant à la demande faite au Tribunal conjointement par les deux Parties.

Ainsi se trouvent soumises respectueusement à la Cour les conclusions juridiques qui s'imposent à l'analyse des faits : la "décision" arbitrale est inexistante ; elle est de surcroît frappée de nullité et d'une nullité absolue ; elle est en tout état de cause inapplicable.

¹ Livre V - annexe 19.

² Livre V - annexe 20.

³ Livre V - annexe 21.

⁴ W.G. Hertz. « Les « fondements » de la nullité dans la justice internationale », *Revue internationale de la théorie du droit*. 1938. p. 327.

CHAPITRE II

LA COMPÉTENCE DE LA COUR

58. La compétence de la Cour dans la présente instance, comme dans toute autre, doit être appréciée à la lumière du particularisme de la justice internationale qui en constitue le cadre d'examen.

Ce particularisme conduit, pour ce qui est des problèmes de compétence judiciaire, à un équilibre parfois délicat à trouver entre deux principes qui dominent l'un et l'autre la matière et entrent parfois en contradiction. Il existe, d'une part et comme dans les droits internes, un principe général selon lequel tout différend doit trouver un juge et le *non liquet* être évité. D'autre part cependant, le principe de souveraineté des Etats se prolonge dans celui du volontarisme comme fondement de toute procédure internationale.

59. Ce dernier principe conduit à la nécessité d'une base consensuelle à toute saisine de la Cour. Toutefois, l'expression de la volonté des Etats peut revêtir deux formes. Elle est simultanée et particulière lorsqu'intervient entre deux d'entre eux un accord de compromis de juridiction pour porter un différend précis devant la Cour. Tel n'est pas le cas dans la présente instance.

L'expression de la volonté des Etats peut aussi être décalée dans le temps et porter par avance sur des catégories de litiges lorsque la Cour est saisie par requête unilatérale d'un Etat alors que cet Etat (demandeur) et celui contre lequel est formulée la requête (défendeur) ont l'un et l'autre, à des dates qui peuvent être fort distantes dans le temps, accepté par une clause spéciale et par avance la juridiction de la Cour.

C'est dans des conditions qui relèvent de cette dernière hypothèse que le Gouvernement de la Guinée-Bissau a déposé le 23 août 1989 une requête unilatérale contre le Gouvernement du Sénégal, les deux Etats ayant l'un et l'autre accepté par déclaration unilatérale la juridiction de la Cour à l'égard de tout autre Etat acceptant la même obligation.

L'examen des fondements de la compétence de la Cour dans le cas présent ne requerra donc pas de longs développements.

Il sera mené à travers trois paragraphes relatifs :

- aux caractéristiques générales de l'instance ;
- aux déclarations unilatérales des deux Etats comme base de la compétence de la Cour ;
- aux dispositions du statut de la Cour relatives à sa compétence et plus particulièrement aux termes de l'article 36, paragraphe 2 repris ou visés par les déclarations des deux Etats.

1. Les caractéristiques générales de l'instance

60. Il est nécessaire d'apporter quelques précisions à ce sujet. Elles ont pour but de ne laisser s'établir aucun doute sur le fait qu'il s'agit d'une

demande en inexistance et nullité de la prétendue sentence arbitrale du 31 juillet 1989 et qu'elle ne saurait aucunement être considérée comme une demande en appel ou en révision, ce qu'elle n'est pas.

Des précisions sont nécessaires aussi pour spécifier qu'il n'est pas demandé à la Cour d'annuler une sentence qui jusqu'au prononcé de l'annulation serait présumée valide et applicable. Le Gouvernement de la Guinée-Bissau prie la Cour de dire que la « sentence » est entachée d'inexistence et subsidiairement de nullité absolue. La démarche demandée est une démarche déclarative d'un phénomène constatable. Il ne s'agit pas d'une démarche constitutive.

***Une demande en inexistance et nullité et non en réformation
par voie d'appel ou en révision***

61. Lors de l'audience tenue le 12 février 1990 devant la Cour à l'occasion de la demande en indication de mesures conservatoires déposée par la Guinée-Bissau, le Conseil du Sénégal a tenté d'introduire une confusion dans la demande de la Guinée-Bissau...

« En fait, la Guinée-Bissau voudrait faire de la procédure devant la Cour une procédure d'appel contre la sentence. A maintes reprises ce matin nous avons entendu des déclarations qui postulent que la Cour est saisie d'un appel contre la délimitation¹. »

Ces propos ne peuvent être tenus que dans l'ignorance des termes mêmes de la requête de la Guinée-Bissau qui sont d'une parfaite clarté à cet égard.

62. Il n'y a ni appel ni appel déguisé, à moins de brouiller les catégories jusqu'à faire disparaître toute critère de distinction entre l'appel et les autres voies de droit. Or ces critères sont très précis.

« L'appel répond à la hiérarchie des degrés de juridiction institués par l'organisation judiciaire. Il permet à la Partie mécontente de la décision d'un juge inférieur de la déférer à un Tribunal supérieur qui... substituera à la décision ainsi mise à néant une nouvelle décision émanant de lui-même. Au-dessus de l'appel se présente la voie de la cassation. Le remède ainsi accordé a pour but essentiel de protéger les Parties contre une application erronée du droit...². »

63. Les critères sont précis et les voies de droit aussi. Traditionnellement, il n'y avait pas d'appel organisé contre les sentences arbitrales ainsi qu'en disposait déjà l'article 81 de la Convention de 1907 concernant le règlement pacifique des conflits internationaux :

« La sentence dûment prononcée et notifiée aux agents des Parties, décide définitivement et sans appel la contestation. »

Par contre, dès l'origine de l'arbitrage international, aucun texte ni aucune norme n'a interdit la demande en nullité. Bien au contraire,

¹ C.R. 90/2. Traduction.

² Eugène Borel. *Les voies de recours contre les sentences arbitrales*. R.C.A.D.I. 1935. p. 32.

de multiples projets de textes ont tenté d'en organiser le déroulement et une abondante littérature s'est attachée à analyser les possibilités de nullité des sentences arbitrales¹.

A l'aube de l'organisation judiciaire internationale, au début du XX^e siècle, la plupart des auteurs s'accordaient à reconnaître le principe et la nécessité de la déclaration de nullité déplorant alors seulement qu'il n'y eût pas à cette époque de juge organisé pour la prononcer.

Dans tous les écrits la distinction est toujours soigneusement établie d'avec l'appel, et le prononcé de l'inexistence ou de la nullité ne va jamais dans l'esprit des auteurs avec une réformation de la décision qui ne saurait intervenir que dans la catégorie de l'appel.

64. La Guinée-Bissau n'a commis aucune méprise à cet égard. Les termes mêmes de sa requête en date du 23 août 1989 indiquent bien qu'il n'est pas question de réformer la sentence, ni de la compléter. Ce qui est porté devant la Cour par le Gouvernement de la Guinée-Bissau est relatif seulement à *un point de droit* ne concernant pas la décision elle-même, mais le chemin suivi pour y arriver (ou ne pas y arriver).

La Guinée-Bissau soutient que les règles de droit international président au déroulement de l'arbitrage n'ont pas été respectées et que ces règles tiennent pour l'essentiel au strict respect des termes de l'engagement d'arbitrage sans lequel la base même du règlement du différend fait défaut. Elle affirme que dans le cas de l'arbitrage entre le Sénégal et la Guinée-Bissau l'engagement d'arbitrage a été violé en ce qu'il exigeait une majorité des membres du Tribunal pour toute décision (article 4, par. 2), majorité qui a fait défaut; en ce qu'il prévoyait que le Tribunal ferait connaître aux deux Gouvernements sa décision quant *aux* questions posées (article 9, par. 1), alors qu'il n'a pas été répondu à la seconde question;

¹ Notamment :

A. Balasko, *Causes de nullité de la sentence arbitrale en droit international public*. Pedone, 1938.

F. Bondil, *Le détournement de pouvoir en droit international public*. Thèse. Aix, Marseille, 1966.

E. Borel, *Les voies de recours contre les sentences arbitrales*. R.C.A.D.I. 1935.

F. Castberg, *L'excès de pouvoir dans la justice internationale*. R.C.A.D.I. 1931.

A. El Ouali, *Effets juridiques de la sentence internationale*. Paris, L.G.D.J. 1984.

P. Guggenheim, *La validité et la nullité des actes juridiques internationaux*, R.C.A.D.I. 1949.
W.G. Hertz, *Essai sur le problème de la nullité*. Revue de Droit International et de Législation comparée. 1939, p. 450.

M.A. Pierantoni, *La nullité d'un arbitrage international*. Revue de droit international et de législation comparée, 1898, p. 445.

G. Salvioli, *Motivi di nullità delle sentenze internazionali*. Rivista di diritto internazionale. 1937, p. 305.

M. Reisman *Nullity and revision. The review and Enforcement of International judgements and Award*. New Haven and London, Yale University Press, 1971.

J.H.W. Verzijl, *La validité et la nullité des actes juridiques internationaux*, Revue de Droit International, 1935, p. 284.

J.G. Wetter, *The international arbitral process*. New York, 1931.

J.C. Wittenberg, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales*. Pedone, 1937.

Commentaire sur le projet de Convention sur la procédure arbitrale. Nations-Unies. New York, 1955.

en ce que la décision devait être pleinement motivée (article 9, par. 3) et comprendre le tracé de la ligne frontière sur une carte (article 9, par. 2), alors que la décision ou plutôt la non-décision ne sont pas motivées et que la carte est absente.

La Guinée-Bissau n'affirme donc pas que le cas ait été mal jugé au fond, elle ne cherche pas à entrer en discussion sur le bien ou le mal jugé, elle ne dit pas par exemple que la ligne de délimitation découlant de l'arbitrage ne correspond pas à l'application des principes équitables et doit être remplacée par une autre ligne. Elle ne le dit pas parce qu'elle ne s'est pas égarée dans la voie de l'appel, voie non ouverte dans le cas d'une sentence arbitrale.

65. Une autre raison pour laquelle elle ne soutient pas cela est que cela est impossible.

Demander en appel de réformer la solution découlant de l'arbitrage supposerait qu'il y eût une solution, ce qui n'est pas.

L'absence de solution constatable à la lecture des documents ne conduit qu'à une seule voie d'action qui est de l'ordre du prononcé de l'inexistence et de la nullité absolue d'un écrit donné pour sentence alors qu'il n'en est pas une.

66. Ainsi aucune confusion ne peut-elle s'établir ici sur la nature de la demande introduite devant la Cour, pas plus la confusion entre action en déclaration d'inexistence et nullité *et* appel, que celle éventuelle entre action en déclaration d'inexistence et nullité *et* révision. Cette dernière voie de recours ne correspond pas aux données de base de la situation. La révision est une voie de recours très particulière qui suppose pour pouvoir être empruntée que surgisse dans les données de fait un élément nouveau inconnu jusqu'alors de la Partie qui l'invoque.

Faute de produire la preuve de ce fait nouveau, la voie de la révision n'est pas accessible.

C'est ainsi par exemple que la rumeur répandue au début de l'année 1990 et selon laquelle la République de Guinée (Conakry) demanderait, par l'initiative d'un de ses anciens conseils, la révision de la sentence arbitrale intervenue le 14 février 1985, soit près de cinq ans auparavant pour régler la délimitation maritime entre cet Etat et celui de la Guinée-Bissau, s'est avérée non fondée faute d'une concrétisation dans les délais utiles par la production d'un fait nouveau de nature à justifier la recevabilité de la demande en révision.

De même dans le cas présent n'y a-t-il aucun fait nouveau relatif à l'affaire de la délimitation permettant une demande en révision de la « sentence ». Ainsi n'étant ni demande en appel, ni demande en révision, la requête qui est à l'origine du présent mémoire est une requête en inexistence et subsidiairement en nullité de la « sentence ».

Une demande en inexistence et en nullité et non en annulation

67. Ce deuxième point est aussi important à clarifier que le premier afin de bien cerner la question de la compétence de la Cour. Comme le premier, il a fait l'objet d'un certain désordre des catégo-

ries dans les propos tenus par les représentants du Sénégal pendant la procédure incidente relative à la demande en indication de mesures conservatoires. En effet, les agents ou co-agents du Sénégal ont à plusieurs reprises employé les termes « an application to nullify that Award », « recours en annulation ¹ ».

C'est confondre deux choses cependant bien distinctes.

68. L'annulation vise une procédure nécessaire dans le cas de certains actes qui, par le fait d'une manifestation extérieure d'un sujet de droit, ont le statut d'acte doté d'efficacité. Ces actes déploient donc certains effets provisoires et pour les leur faire perdre il est nécessaire de passer par une procédure d'annulation.

Elle consiste en une déclaration constitutive de la nullité par laquelle seraient donc constatés les vices entachant la sentence. ²

L'une des difficultés du droit international tient à ce que la notion d'annulabilité suppose une organisation judiciaire développée et une possibilité de recours contre la sentence affectée d'un vice. Et bien que cette hypothèse ait été à plusieurs reprises imaginée dans certains projets (en particulier le projet de protocole rédigé en 1930 par un comité de juristes institué sur proposition finlandaise par le Conseil de la Société des Nations) et que la Cour Internationale de Justice soit l'organe judiciaire approprié, ce type de recours contre la sentence arbitrale n'a pas connu de développements ³.

69. Le cas soumis actuellement à la Cour ne relève pas de cette hypothèse, mais d'une autre qui, bien que voisine, est cependant distincte et relève d'un régime juridique différent emportant des conséquences d'une autre nature.

Dans le cas pendant, il a manqué au prétendu acte juridique un élément essentiel à la naissance même de l'acte : la formation d'une volonté commune à un nombre d'arbitres suffisant pour constituer une majorité. Ce défaut de majorité découle des termes mêmes de la déclaration de l'un des deux arbitres ayant cependant par sa signature contribué à l'apparence d'une majorité.

Il s'agit là d'un cas d'inexistence original et peut-être même unique dans l'histoire de l'arbitrage international. Il suffit en soi à oter toute consistance juridique à l'acte posé artificiellement comme « sentence ».

70. Mais au-delà de cet aspect capital de la situation, à travers le contenu du dispositif et la rédaction des motifs de la « sentence », il apparaît qu'il y a eu de manière indubitable excès de pouvoir par non respect du compromis et défaut grave de motivation.

¹ C.R. 90/2, page 7 et traduction p. 3.

² Voir sur ces questions P. Guggenheim, *op. cit.*, p. 208.

³ On remarquera d'ailleurs, en toute rigueur, que l'absence de juridiction obligatoire empêche, même en cas de nullité relative, que le prononcé soit constitutif. Ou bien, la nullité relative est véritablement une nullité (et non une annulabilité), la différence avec la nullité absolue étant seulement dans la faculté de l'invoquer, ou bien elle se confond avec l'annulabilité et l'annulation découle alors de la déclaration de la partie qui l'invoque (comme il arrive en plusieurs droits internes par exemple pour la résiliation des contrats), le prononcé étant toujours déclaratoire.

Ce second aspect de la situation, moins original que le premier, a fait l'objet d'études plus fréquentes et approfondies dans la doctrine du droit international.

Conformément à une opinion partagée par de nombreux auteurs, Brierly affirme que dans le cas où les arbitres ne se sont pas conformés au compromis

« the award is a nullity without binding force. It is, in fact, not an award at all¹ ».

La nullité absolue, seule en cause ici, rejoint alors l'inexistence. C'est une nullité agissant automatiquement, de plein droit, et dont le caractère indiscutable est souligné par les auteurs les plus éminents. Elle est qualifiée d'usurpation de pouvoirs par certains, reconnue par tous comme une nullité *ipso jure, ab initio*, qui ne requiert rien de plus qu'une déclaration de non validité.

71. Et Paul Guggenheim la distingue soigneusement de l'autre cas, celui de la nullité relative qui ne correspond pas aux éléments de la présente espèce. Visant l'hypothèse de l'excès de pouvoir qui recouvre bien la présente situation, Paul Guggenheim écrit :

« La nullité découlant d'un excès de pouvoir est donc une nullité absolue, même s'il existe une instance de cassation ou d'appel à laquelle est confiée la tâche de constater la nullité affirmée par l'une des Parties en cause. L'invocation de la nullité absolue ne fait que déclencher la procédure de déclaration de nullité. Le recours à cette procédure n'a donc pas de valeur constitutive au point de vue de l'époque à partir de laquelle la nullité commence à déployer ses effets. La constatation de la nullité, soit par la Partie elle-même, en cas d'absence d'une procédure d'appel ou de cassation, soit par l'instance arbitrale ou judiciaire à laquelle incombe la tâche de se prononcer sur l'action en nullité, n'a qu'une valeur déclaratoire. Elle se limite à refuser toute validité juridique à la décision judiciaire ou arbitrale attaquée². »

72. Il a paru utile d'insister sur cette distinction entre annulation et nullité en début de ce chapitre réservé aux remarques relatives à la compétence de la Cour.

La Guinée-Bissau va en effet s'attacher à montrer dans les paragraphes qui suivent qu'aucun obstacle ne s'élève sur le chemin de la compétence de la Cour dans la présente espèce.

Convaincue de l'inexistence et de la nullité absolue de cette « sentence » dès l'examen auquel elle a procédé dans les jours qui ont suivi le 31 juillet 1989, elle sait que ce type de nullité opère de plein droit et n'est pas subordonnée à la décision d'un organe donné car une « sentence » ainsi affectée, se trouve dès le début, dépourvue de tout effet.

Le Gouvernement de la Guinée-Bissau n'est donc pas soumis à une obligation générale du droit des gens de soumettre au règlement judiciaire son différend avec le Sénégal au sujet de la validité de cette « sentence ». Toutefois il est persuadé qu'une attitude purement négative dans laquelle (comme il le pourrait) il se ferait seul juge de la mesure de son droit serait

¹ Brierly, *The Law of Nations*. 5^e éd. Oxford. 1955, p. 278.

² Paul Guggenheim, *La validité et la nullité des actes juridiques internationaux*, R.C.A.D.I. 1949, p. 218.

une contribution insuffisante à la recherche de relations pacifiques avec les peuples et Etats voisins.

Animé par cet esprit et persuadé qu'il existe des bases indiscutables à la compétence de la Cour à ce sujet, il a donc choisi, plutôt qu'une attitude unilatérale, l'usage d'un prétoire prestigieux et lié par son origine à la fonction de maintien de la paix.

2. Les déclarations des deux Etats relativement à la juridiction de la Cour.

73. D'essence volontariste, le rôle de la juridiction internationale ne déploie ses effets qui si les Etats Parties ont d'une manière ou d'une autre manifesté leur acceptation de se soumettre à ce mode de règlement. Les volontés du Sénégal et de la Guinée-Bissau se sont exprimées et se sont donc rencontrées par leurs deux déclarations d'acceptation de la juridiction de la Cour. Celle du Sénégal a été signée le 22 octobre 1985 et déposée auprès du secrétaire général des Nations-Unies le 2 décembre 1985. Elle renvoie aux différends d'ordre juridique visés par l'article 36, alinéa 2 du statut de la Cour dont elle reprend les termes. Elle est assortie d'une double réserve en vertu de laquelle le Sénégal

« peut renoncer à la compétence de la Cour au sujet :

- des différends pour lesquels les parties seraient convenues d'avoir recours à un autre mode de règlement ;
- des différends relatifs à des questions qui, d'après le droit international, relèvent de la compétence exclusive du Sénégal ».

Elle vise les différends nés « postérieurement à la présente déclaration. » La déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour de la Guinée-Bissau est en date du 7 août 1989. Elle vise, sans en reprendre la formulation, les différends d'ordre juridique mentionnés au paragraphe 2 de l'article 36 du statut de la Cour.

Elle ne comporte aucune réserve. Le texte précisé seulement que la déclaration

« restera en vigueur jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois à dater du jour où le Gouvernement de la Guinée-Bissau fera connaître son intention d'y mettre fin ».

74. Ces deux déclarations faites conformément à l'article 36, paragraphe 2 du statut constituent donc la base sur laquelle la compétence de la Cour se trouve fondée. Il est nécessaire toutefois d'examiner les choses un peu plus avant et de vérifier avec soin les contours que chaque Etat a fixé à son intention de s'engager.

En effet, la compétence de la Cour

« n'est établie qu'autant que le consentement des Parties est démontré par une exacte interprétation des actes invoqués à son appui ».

Et

« il faut d'ailleurs se garder de confondre avec l'interprétation restrictive qui est à bannir, cette « attention particulière » que la Cour

apporte à vérifier le fondement de la compétence quand elle est en présence d'une clause de juridiction assortie de modalités ou de réserves qui attestent la volonté de celui qui l'a souscrite de ne s'engager que dans des limites bien définies¹».

Aussi faut-il analyser avec soin le cadre donné par avance par les deux Etats à la compétence de la Cour afin de s'assurer que l'affaire en cause peut correctement s'y inscrire.

Il est possible d'affirmer comme on va le voir qu'il n'y a dans ce libellé des deux déclarations, soit par le jeu des délais, soit par celui des réserves, aucun obstacle s'opposant à la compétence de la Cour dans la présente instance.

La vérification de cette assertion conduit à examiner d'abord la compétence *ratione temporis*, puis, s'étant assuré de la possibilité de celle-là, de passer à l'examen de la compétence *ratione materiae* telle qu'elle découle des deux déclarations des Etats.

La compétence ratione temporis

75. Les éléments de fait à partir desquels doit s'établir le raisonnement sont les suivants :

- 2 décembre 1985 : engagement du Sénégal ;
- 7 août 1989 : engagement de la Guinée-Bissau ;
- 23 août 1989 : dépôt de la requête introductive d'instance de la Guinée-Bissau contre le Sénégal ;
- précision du Sénégal dans le texte de sa déclaration que celle-ci vaut pour « tous les différends d'ordre juridique nés postérieurement ».

A partir de ces éléments, deux vérifications sont nécessaires. Le rapport entre les différentes dates permet-il d'assurer la compétence de la Cour ? La naissance du présent différend se situe-t-elle convenablement par rapport à l'engagement des Parties de souscrire à la juridiction de la Cour ?

76. Par plusieurs arrêts parfaitement concordants, la jurisprudence de la Cour est bien fixée sur le premier point.

La date du dépôt de la déclaration d'un Etat au secrétariat général des Nations-Unies marque le point de départ des effets de l'acceptation. En d'autres termes, l'effet du dépôt de l'acceptation est immédiat.

La question s'est posée toutefois de savoir si la déclaration prenait effet à compter de la remise au secrétariat général, ou seulement à la date à laquelle les autres Parties au statut en auront reçu la notification.

La Cour s'est prononcée sur ce point dans l'arrêt relatif au droit de passage en territoire indien (exceptions préliminaires 26 Novembre 1957).

Le Portugal avait déposé sa déclaration le 19 décembre 1955 et sa requête introductive d'instance dès le 22 décembre 1955, soit trois jours plus tard. Mais le Gouvernement Indien n'avait été informé officieusement de la déclaration portugaise que le 30 décembre 1955 et officiellement seulement le 19 janvier 1956 par les soins du secrétaire général.

¹ Charles de Visscher, *Problème d'interprétation judiciaire en droit international public*. Pedone, 1963, page 201-202.

L'exception préliminaire soulevée par l'Inde sur ces bases et invoquant la nécessité d'un délai raisonnable entre la remise de la déclaration et la saisine de la Cour, fut rejetée.

La Cour estima en effet qu'un Etat :

« faisant une déclaration d'acceptation, doit être censé tenir compte du fait qu'en vertu du Statut, il peut se trouver à tout moment tenu des obligations découlant de la disposition facultative, vis-à-vis d'un nouveau signataire, par suite du dépôt de la déclaration d'acceptation de ce dernier. Un Etat qui accepte la compétence de la Cour, doit prévoir qu'une requête puisse être introduite contre lui devant la Cour par un nouvel Etat déclarant, le jour même où ce dernier dépose une déclaration d'acceptation dans les mains du secrétaire général. C'est en effet ce jour-là que le lien consensuel, qui constitue la base de la disposition facultative, prend naissance entre les Etats intéressés ».¹

77. La Cour ayant aussi rappelé que l'article 36, alinéa 2 n'énonce aucune exigence supplémentaire, avait rejeté l'exception préliminaire soulevée par l'Inde à ce sujet.

Ce qui crée le lien juridique entre les Etats adhérant à la clause facultative c'est donc la coïncidence de leurs déclarations. Celle-ci se produit à partir du moment où le second d'entre eux souscrit précisément à la déclaration et au jour du dépôt de celle-ci.

L'effet juridique est à ce jour automatique et immédiat. Il n'y a pas d'inconvénient semble-t-il à ce que la saisine de la Cour soit effectuée à la date même de la déclaration d'acceptation d'un Etat.

Il en a été ainsi et sans contestation dans l'affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943. Le ministre d'Italie à La Haye avait dans cette espèce déposé en même temps la déclaration d'acceptation de son Gouvernement et la requête introductive d'instance (l'une et l'autre en date du 19 mai 1953).

78. Dans l'affaire présente, un délai de 16 jours s'est écoulé entre la date du dépôt de la déclaration d'acceptation de la Guinée-Bissau et celle de la requête présentée à la Cour, alors que le Sénégal avait souscrit à la clause facultative plus de trois ans auparavant. Ainsi *la question des délais ne se pose-t-elle pas. Et il n'y a pas d'obstacle à la compétence ratione temporis de la Cour.*

79. Mais pour affirmer sans aucun doute la compétence de la Cour dans le temps à propos d'une affaire déterminée, encore faut-il établir qu'il n'y a pas d'obstacle provenant de la naissance du différend.

Cela nécessite de prendre en considération les termes d'engagement des deux Etats, le droit général à ce sujet, et de tenter d'identifier le moment de la naissance du différend concerné.

80. Le Sénégal avait précisé dans sa déclaration qu'il acceptait la juridiction de la Cour pour « tous les différends juridiques nés postérieurement à la présente déclaration. » Celle-ci est datée du 2 décembre 1985 (jour de son dépôt auprès du secrétaire général). Aussi le présent différend se trouve-t-il à coup sûr couvert par cette déclaration, sa naissance

¹ C.I.J. Rec. 1957, p. 146.

étant, pour des raisons qui vont être exposées plus bas, identifiable dans les jours du mois d'août 1989 où les deux Etats exprimèrent leur désaccord au sujet des résultats de l'arbitrage intervenu entre eux.

81. La déclaration du 7 août 1989 par laquelle la Guinée-Bissau a souscrit à la clause facultative ne restreint pas son propre champ aux différends nés postérieurement. Il faut de ce fait rappeler quelles sont les règles du droit commun en la matière pour s'y référer. Puisées dans les principes généraux et les commentaires de la doctrine, ces règles ont été confirmées par la jurisprudence de l'affaire Interhandel. A la question de savoir si des différends antérieurs à l'acceptation d'un Etat peuvent cependant entrer dans le champ de la compétence, la doctrine avait déjà répondu que le principe de non-rétroactivité est mis de côté pour les lois de compétence¹.

La Cour a confirmé ces vues par son arrêt Interhandel du 21 mars 1959 qui confirme les effets rétroactifs de l'acceptation de la juridiction.

« Par exemple, la Suisse qui n'a pas exprimé dans sa déclaration de réserve *ratione temporis*, alors que les Etats-Unis n'ont accepté la juridiction obligatoire que pour les différends postérieurs au 26 août 1946, pourrait, si elle était défenderesse, invoquer par réciprocité contre les Etats-Unis la réserve américaine si les Etats-Unis tentaient de porter devant la Cour un différend avec la Suisse qui aurait pris naissance avant le 26 août 1946. Tel est l'effet de la réciprocité en la matière. La réciprocité permet à l'Etat qui a accepté le plus largement la juridiction de la Cour de se prévaloir des réserves à cette acceptation énoncées par l'autre Partie. Là s'arrête l'effet de la réciprocité. Elle ne saurait autoriser un Etat, en l'espèce les Etats-Unis, à se prévaloir d'une restriction dont l'autre partie, la Suisse, n'a pas affecté sa propre déclaration². »

82. Ainsi, pas plus que les Etats-Unis n'ont pu le faire contre la Suisse, le Sénégal ne pourrait se prévaloir de sa propre réserve aux différends nés postérieurement à sa déclaration pour imposer à la Guinée-Bissau une restriction de la compétence de la Cour aux seuls différends nés postérieurement à la propre déclaration de la Guinée-Bissau, alors que ce dernier texte est muet à ce sujet.

Mais bien plus, la jurisprudence Interhandel confirme celle de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire Mavrommatis et permet d'affirmer que l'acceptation de la juridiction de la Cour a des effets rétroactifs. « Elle saisit tous les différends surgis avant sa formulation³. »

Telles sont les règles applicables dans tous les cas où la déclaration d'acceptation de la clause facultative par un Etat n'a pas comporté de réserve temporelle.

La déclaration de la Guinée-Bissau rentrant dans cette catégorie, la compétence de la Cour peut s'étendre sans restriction à tout différend fût-

¹ C. Debbasch, *La compétence «ratione temporis» de la Cour Internationale de Justice dans le système de la clause facultative de juridiction obligatoire*, R.G.D.I.P. 1960, p. 230.

² C.I.J. Rec. 1959, p. 23.

³ Ch. Debbasch, *op. cité*, p. 244.

il né antérieurement à la date de cette déclaration (7 août 1989). Il importe seulement que le différend ne soit pas né antérieurement à la date de la déclaration du Sénégal (22 décembre 1985).

83. L'argument est en réalité surabondant. En effet, si l'on recherchait ici le moment précis de la naissance du différend objet de la présente instance, la constatation s'imposerait que le différend est né après la deuxième déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour, celle de la Guinée-Bissau en date du 7 août 1989.

La recherche de la date d'un différend a fait l'objet de multiples réflexions en doctrine et de précisions en jurisprudence.

Le différend est

« un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes¹ ».

Il prend ainsi existence lorsque l'opposition des points de vue de deux Etats s'est manifestée sur un objet donné. Car ce n'est pas la cause du différend qui est l'élément pertinent pour déterminer sa date de naissance, mais seulement son objet comme la Cour a été amenée à l'analyser dans la jurisprudence *Interhandel*.

84. Dans le différend existant entre la Guinée-Bissau et le Sénégal sur la réalité et la validité d'une sentence qui serait datée du 31 juillet 1989, la cause a sans doute des racines anciennes, profondes et difficiles à dater, mais l'objet est beaucoup mieux identifiable dans le temps.

Le saisir avec précision mène à rechercher la date exacte à laquelle se sont trouvées formulées de la part de l'un et de l'autre Etat les points de vue contradictoires dont l'opposition est constitutive du différend.

La chronologie des faits établie au chapitre I peut y aider.

85. L'arbitrage s'achève le 31 juillet 1989.

Alerté par le ton de la presse et de la radio-télévision sénégalaise (ce qui n'est pas encore une prise de position émanant du Gouvernement du Sénégal lui-même), le Gouvernement de la Guinée-Bissau, par un communiqué du 7 août 1989, énonçait clairement sa position.

Il la fit savoir officiellement au chef de l'Etat sénégalais et à son ministre des Affaires étrangères lors de l'entrevue qui fut accordée à Dakar le 2 août 1989 à l'agent de la Guinée-Bissau. Ce jour-là la position du Gouvernement de la Guinée-Bissau était bien établie et connue de la Partie adverse : elle consistait à considérer la « sentence » comme ne répondant pas aux exigences posées d'un commun accord par les deux Parties dans le compromis et à demander l'ouverture de nouvelles négociations.

86. La position du Sénégal, à la date du 2 août, n'était pas encore officiellement formulée.

Il est vrai que le chef de l'Etat sénégalais découvrait ce jour-là seulement et de la bouche de l'agent du Gouvernement de Bissau le contenu exact de la « sentence » et les éléments l'accompagnant.

C'est à la date du 8 août 1989 que l'on peut situer la naissance du différend car c'est à ce jour que des responsables sénégalais autorisés (l'agent

¹ Affaire *Mavrommatis*, C.P.J.I. Arrêt du 30 août 1924.

et le ministre des Affaires étrangères) dans une conférence de presse à laquelle avait été convié le corps diplomatique accrédité auprès du Gouvernement du Sénégal, vont annoncer leur position en l'argumentant. C'est à partir de ce jour-là qu'il y a un nouveau différend entre les deux Etats relativement à la réalité, validité et applicabilité de la « sentence ». On est alors au lendemain du jour d'acceptation par la Guinée-Bissau de la juridiction de la Cour.

Le différend est donc postérieur, quoique de peu de temps, à l'une et à l'autre des deux déclarations des Etats en litige.

87. Surabondant, puisque la rétroactivité d'une déclaration (silencieuse à ce sujet) lui permet de couvrir des différends antérieurs, cet argument vient seulement renforcer l'affirmation selon laquelle *la compétence ratione temporis de la Cour à la présente affaire ne connaît aucun obstacle.*

La compétence ratione materiae.

88. Il convient de vérifier maintenant si l'une ou l'autre des déclarations des deux Etats contient quelque réserve matérielle qui, par application au présent cas, empêcherait que ne s'exerçât la compétence de la Cour.

La déclaration de la Guinée-Bissau par la simplicité et la généralité de sa formule exclut tout obstacle de cette sorte.

Elle renvoie seulement « aux différends d'ordre juridique mentionnés au paragraphe 2 de l'article 36 du statut de la Cour Internationale de Justice. » Un paragraphe ultérieur étudiera l'article 36, paragraphe 2 en tant qu'il définit le champ de compétence de la Cour.

Il faut relever ici seulement que la Guinée-Bissau de son propre chef n'y a ajouté aucune restriction.

89. Le Sénégal par sa déclaration a fait preuve d'une conception moins large des catégories de litiges qu'il accepte de soumettre au jugement de la Cour.

Ceux qu'il exclut sont de deux sortes :

« des différends pour lesquels les Parties seraient convenues d'avoir recours à un autre mode de règlement ;
des différends relatifs à des questions qui, d'après le droit international, relèvent de la compétence exclusive du Sénégal. »

Mais ni l'une ni l'autre de ces deux catégories ne sauraient en s'appliquant au présent litige, entraîner exclusion de la compétence de la Cour.

Parce que le différend consiste en une contestation relative à l'inexistence et l'invalidité et inapplicabilité d'une prétendue sentence censée elle-même mettre fin à un autre différend (celui de la délimitation maritime entre les deux Etats), il va de soi que l'affaire ne relève pas de la compétence exclusive du Sénégal. Il ne s'agit pas d'une affaire nationale, mais bien par nature d'une affaire internationale. La « sentence », le sort qui lui doit être réservé, relèvent des relations bilatérales. L'issue du litige

intéresse deux Etats et ne saurait être rattachée à la compétence exclusive de l'un d'eux.

90. L'autre réserve du Gouvernement du Sénégal à son acceptation de la juridiction de la Cour a pour but d'en exclure « les différends pour lesquels les Parties seraient convenues d'avoir recours à un autre mode de règlement. »

Pas plus que la réserve précédemment examinée, celle-ci ne saurait avoir pour effet de restreindre la compétence de la Cour par exclusion du différend en cause.

Ce que le Sénégal a rejeté par le biais de cette réserve, ce sont les différends ayant fait par ailleurs l'objet d'un accord des mêmes Parties tendant au choix d'un autre mode de règlement.

Deux remarques semblent nécessaires sur ce point.

91. La première a pour utilité de souligner que sur l'actuel différend, celui relatif à l'inexistence et à la nullité absolue de la prétendue sentence, les Parties ne sont convenues d'aucun mode de règlement. L'équivoque est impossible à ce sujet.

Les deux Parties avaient décidé ensemble de recourir à l'arbitrage pour un différend principal : celui relatif à leur délimitation en mer. Le litige qui a surgi entre elles dans les premières semaines du mois d'août 1989 est un différend d'une autre nature, de second ordre par rapport au différend principal, et qui n'est relié à lui qu'en ceci qu'il constitue un obstacle désormais sur la voie du règlement du différend principal.

Les représentants de la Guinée-Bissau se sont expliqués sur ce point dans les observations exposées à l'occasion de la demande en indication de mesures conservatoires devant la Cour le 12 février 1990.

S'il existe à leurs yeux un lien entre le différend sur la sentence et le différend de délimitation maritime, le règlement du premier étant désormais une condition du règlement du second, et si ce lien leur a paru justifier une demande en indication de mesures conservatoires, cela n'allait pas de leur point de vue jusqu'à confondre les deux affaires.

92. La Cour a attaché une grande importance à la distinction des deux différends. A tel point qu'elle a considéré l'absence de lien entre eux comme fondant le refus qu'elle a opposé à la demande en indication de mesures conservatoires par son ordonnance en date du 2 mars 1990.

Elle a alors souligné que :

« les droits allégués dont il est demandé qu'ils fassent l'objet de mesures conservatoires ne sont pas l'objet de l'instance pendante devant la Cour sur le fond de l'affaire ; et qu'aucune mesure de ce genre ne saurait être incorporée dans l'arrêt de la Cour sur le fond ;
27. Considérant en outre qu'une décision de la Cour selon laquelle la sentence est inexistante ou nulle n'impliquerait en aucune manière que la Cour décide que les prétentions de la demanderesse en ce qui concerne la délimitation maritime contestée sont fondées, en tout ou en partie ; et qu'ainsi le différend relatif à ces prétentions ne sera pas réglé par l'arrêt de la Cour. »

Ce disant, elle est donc allée plus loin que ne le soutenait la Guinée-Bissau dans l'idée de l'indépendance du présent différend avec celui portant sur la délimitation maritime.

93. Qu'il s'agisse de deux litiges et non du même découle d'ailleurs du fait qu'il n'y a identité ni de cause, ni d'objet. Dans le différend porté devant le Tribunal arbitral, la cause était notamment un désaccord sur l'échange de lettres franco-portugais, et l'objet, deux conceptions opposées de la délimitation maritime. Dans le présent différend, la cause est dans l'arbitrage rendu le 31 juillet 1989, l'objet porte sur la valeur juridique et l'existence même de l'acte produit par le Tribunal arbitral. Ainsi la réserve sénégalaise n'a-t-elle pas lieu de s'appliquer.

94. Une deuxième remarque ne sera faite ici que par souci de développer un raisonnement complet, mais elle est en réalité superflue. La Guinée-Bissau, une fois connus les résultats désastreux de cet arbitrage, et constatant que les travaux du Tribunal étaient donnés pour achevés bien que *la délimitation n'ait pas eu lieu*, s'est interrogée sur l'opportunité de porter devant la Cour le différend principal puisqu'il n'était pas réglé. Elle s'est demandé quelle serait alors la portée dans ce cas de la réserve sénégalaise et a conclu qu'elle ne constituerait pas une entrave à la compétence de la Cour. En effet, l'arbitrage ayant été infructueux dans le fond tout en ayant donné une apparence de sentence dans la forme, le différend de délimitation se trouve renouvelé alors que le mode de règlement ayant épuisé ses effets sans succès, les Parties ne se trouvent plus dans la situation de Parties « convenues d'avoir recours à un autre mode de règlement ». Mais la volonté du Sénégal de considérer la sentence comme existante et valide, en dépit de toute possibilité d'identifier la ligne de délimitation demandée, a conduit le Gouvernement de Guinée-Bissau à préférer soumettre d'abord à la Cour le différend secondaire, réservant sa position future quant au règlement du différend principal.

95. Pour toutes les raisons ci-dessus exposées, *la compétence de la Cour peut s'exercer sur le présent litige sans que rien dans le libellé des déclarations d'acceptation de la juridiction de la Cour par les deux Etats ne constitue un frein à cet exercice*. Avant de clore ce chapitre sur la compétence, il est toutefois nécessaire d'examiner un autre aspect de la compétence *ratione materiae*, celui qui découle de la référence (contenue dans l'une et l'autre déclarations) aux différends mentionnés à l'article 36, paragraphe 2 du statut de la Cour.

3. La compétence de la Cour en application de l'article 36 paragraphe 2 du Statut.

96. Afin de s'assurer complètement de l'absence d'obstacle à la compétence de la Cour dans le présent litige, il reste à constater que ce différend fait bien partie de ceux qui sont visés à l'article 36, paragraphe 2 du statut. Le Sénégal a repris l'énumération des différends dans les termes même de l'article 36. La Guinée-Bissau s'est contentée de renvoyer à ce texte.

***Le présent différend rentre dans trois des catégories
de différends visées à l'article 36, paragraphe 2.***

97. Les catégories de différends d'ordre juridique énumérées par le Statut ont pour objet :

- a) l'interprétation d'un traité ;
- b) tout point de droit international ;
- c) la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ;
- d) la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international.

98. La question est alors de savoir si le différend soumis à la Cour par la requête de la Guinée-Bissau, en date du 23 août 1989, s'intègre dans l'une ou l'autre des catégories prévues aux alinéas de cet article ou si au contraire l'interprétation de cette énumération amène à en exclure le cas pendant, c'est-à-dire un recours en inexistence et nullité pour excès de pouvoir et défaut de motivation d'une sentence arbitrale.

Or, comme cela va être exposé, la réponse positive s'impose et les trois premiers alinéas peuvent servir chacun de fondement à la compétence de la Cour, le second étant à cet égard le plus large.

En effet, la contestation entre les deux Etats dans le présent différend relève cumulativement de trois hypothèses.

99. L'objet en est bien *la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international*. Le fait clairement établi est dans la volonté du Sénégal de faire passer pour une sentence ayant réglé le litige de délimitation maritime entre les deux Etats, une soit-disant sentence de valeur juridique inexistante et d'exécution impossible.

L'engagement international qui se trouve par ce fait violé, est celui pris par les deux Etats l'un envers l'autre dans le compromis arbitral de chercher le règlement de leur différend sur *certaines* bases et à *certaines* conditions. Le Tribunal arbitral lui-même a violé ces conditions (ce qui est constitutif d'excès de pouvoir comme il sera analysé de manière approfondie au chapitre V du présent Mémoire).

Le Sénégal viole à son tour cet engagement en en oubliant les termes et en tentant de faire passer les résultats de cet arbitrage pour une sentence. L'actuel litige est couvert à ce titre par la compétence de la Cour telle qu'elle découle de l'article 36, paragraphe 2, alinéa c.

100. L'objet de la contestation présente entre le Sénégal et la Guinée-Bissau porte également sur *l'interprétation d'un traité*.

Le traité en cause est l'accord d'arbitrage du 12 mars 1985. La demande par la Guinée-Bissau en inexistence et en nullité de la « sentence » est une demande tout entière fondée sur la nécessaire interprétation de l'engagement du 12 mars 1985 puisque l'inexistence et la nullité invoquées proviennent de la violation affirmée de divers articles de cet accord.

Plus précisément et plus directement le désaccord porte sur l'interprétation de l'article 10, paragraphe 2 du compromis qui énonce :

« La sentence sera définitive et obligatoire pour les deux Etats qui seront tenus de prendre toutes les mesures que comporte son exécution. »

101. Le Sénégal, si l'on se réfère aux déclarations faites publiquement le 8 août 1989 par son agent et son ministre des Affaires étrangères, interprète ce paragraphe comme indépendant de tous les autres articles du compromis et comme entraînant une obligation d'exécution automatique et autonome quelles que soient les caractéristiques et le contenu du texte produit pour sentence.

La Guinée-Bissau en fait une interprétation différente. Pour elle, conformément à la notion d'excès de pouvoir admise en matière de sentence arbitrale internationale, l'exécution de la sentence est une obligation conditionnelle. Et la condition à remplir tient à la nécessité pour les arbitres d'avoir agi dans la forme (majorité, motivation, etc.) et dans le fond (réponse aux questions posées) en conformité avec les indications posées de manière impérative à leur égard dans le compromis. Faute que cette condition soit remplie, il n'y a pas, selon la Guinée-Bissau, d'obligation d'exécution de la « sentence ».

Le litige est ainsi sans hésitation possible un différend ayant pour objet l'interprétation d'un traité.

Il s'inscrit parfaitement à ce titre dans l'application de la compétence de la Cour sur la base de l'article 36 du statut paragraphe 2, alinéa a.

102. Enfin, le présent litige cumule un troisième aspect en sus des deux premiers qui viennent d'être évoqués, c'est qu'il est aussi un différend dont l'objet porte sur *tout point de droit international* conformément à l'article 36, paragraphe 2, alinéa b.

Le point de droit international ici objet du différend est la question de savoir si la sentence est inexistante et nulle en raison des vices de diverses sortes qui l'affectent.

Contrairement à l'affirmation ancienne de certains auteurs¹, il n'y a pas là une question académique. Le point de droit international soulevé n'est pas le point théorique ainsi formulé : est-ce que en droit international l'excès de pouvoir est de nature à vicier une sentence arbitrale ? Cette question générale et théorique connaît aujourd'hui une réponse incontestablement positive comme cela va être rappelé dans les lignes qui suivent.

Le point de droit international soulevé par la présente requête est un point de droit concret, appliqué à une situation précise : est-ce que, selon le droit international, le texte rendu pour sentence le 31 juillet 1989 est frappé d'inexistence et de nullité absolue ?

103. Ainsi la référence, faite par les deux Etats dans leurs déclarations, à l'article 36, paragraphe 2 du statut de la Cour et à la liste des différends ainsi couverts par sa compétence, conduit-elle par une interprétation exacte de ce texte à situer la présente affaire dans le champ des différends pouvant être portés devant la Cour.

Cette analyse est confortée par les développements d'une importante doctrine dans ce sens ainsi que par les positions prises par la Cour dans certaines occasions.

¹ Borel, *op. cité*, p. 77.

La doctrine et la jurisprudence en la matière

104. Dès la fin du XIX^e, l'évolution des relations internationales a mené au développement de l'arbitrage entre Etats, mais aussi parallèlement à la juridictionnalisation de celui-ci.

En 1898, Pierantoni, consulté sur la validité de la sentence intervenue dans l'affaire Cerrutti entre la Colombie et l'Italie, affirmait déjà avec force le principe de la nullité des sentences arbitrales rendues par excès de pouvoir.

« Tous les pouvoirs ont besoin d'un contrôle, d'une pondération qui les retiennent dans leurs limites légales. Dans les systèmes judiciaires, les législateurs y ont été attentifs et ils ont posé des voies de recours contre les jugements arbitraux¹ ».

Et il se référait à des auteurs plus anciens et prestigieux qui avaient conclu dans le même sens (Vattel, Calvo, Heffeter, Bonfils, Bluntschli, etc.)

S'appuyant sur la possibilité inévitable que des arbitres s'engagent dans une voie erronée, et la nécessité de prévoir pour l'Etat victime d'une telle erreur le moyen d'en refuser les effets, les auteurs, dans la logique d'un besoin de contrôle des sentences arbitrales, en admettaient donc de très longue date la nullité.

105. Mais le principe en fut posé d'abord indépendamment de l'existence de voies de droit organisées.

« Certes il n'est pas d'actes inattaquables en droit, même si les voies d'action ne sont pas prévues et si les moyens d'exception ne sont pas préalablement réglés². »

De telle sorte qu'était ainsi créée une situation dans laquelle

« il avait fallu d'une part, évoquer l'excès de pouvoir de l'arbitre, juridiquement légitime en même temps que politiquement nécessaire pour apaiser les craintes des Etats tandis que, d'autre part, le caractère occasionnel de la justice faisait qu'on laissait sans juge ce vice possible de la sentence... Il apparut bientôt que la question essentielle n'était pas de dresser la liste des cas de nullité, plus précisément de définir, dans la mesure du possible, l'excès de pouvoir, mais plutôt de prévoir l'organe international qui serait chargé de se prononcer sur le fait de savoir si était réalisée ou non l'une des causes de nullité³. »

106. Cette difficulté fut patente lors de la Conférence Internationale de la Paix à La Haye en 1899 puisque l'on y renonça à énumérer les causes de nullité.

L'explication en fut donnée par Descamps qui dans son rapport parla des

« inconvénients de prévoir des cas de nullité, sans déterminer en même temps qui sera juge d'apprécier ces cas ».

¹ A. Pierantoni, *La nullité d'un arbitrage international*. Revue de Droit International et de Législation Comparée, 1898, p. 445.

² Rundstein, *La Cour Permanente de Justice Internationale comme instance de recours*. R.C.A.D.I., 1931, p. 17.

³ G. Berlia, *Jurisprudence des Tribunaux arbitraux en ce qui concerne leur compétence*, R.C.A.D.I., 1955, p. 127.

En 1935, Verzijl écrivait, toujours dans le même sens :

« les difficultés du problème de la nullité des actes juridiques internationaux de toute nature sont en grande partie attribuables au défaut d'une organisation judiciaire internationale régulière et compétente pour connaître de toutes les hypothèses possibles de validité douteuse qui peuvent se présenter dans l'ordre international¹ ».

Ainsi se développa jusqu'à la Seconde Guerre mondiale une littérature juridique favorable dans son ensemble au principe de la nullité des sentences pour excès de pouvoir et déplorant l'absence d'instance pour en statuer. Elle fut appuyée par les travaux de l'Institut du Droit International (projet Goldschmidt dès 1874).

107. Avec la création de la Société des Nations et de la Cour Permanente de Justice Internationale, les données du problème et les points de vue commencèrent à évoluer.

Un pas considérable avait été fait avec l'article 13 du Pacte de la Société des Nations qui fut repris par l'article 36, alinéa 2 du statut de la Cour, mais il n'était pas certain encore aux yeux de tous que ce texte pût couvrir les demandes en nullité des sentences arbitrales.

En 1929, à l'initiative du Gouvernement finlandais, une proposition fut présentée tendant à instituer un recours à la Cour permanente pour cause d'incompétence de l'arbitre ou d'un excès de pouvoir commis par lui.

A la même époque, devant la Commission instituée par la Société des Nations pour la révision du statut de la Cour permanente, une proposition (soumise par M. Rundstein) tendait à compléter les motifs de recours en y ajoutant l'application incorrecte d'une règle de droit international. Et l'Institut du Droit International, dans sa session de New-York en 1929, décida de porter à l'ordre du jour de ses délibérations la possibilité d'une instance de cassation contre les décisions des tribunaux arbitraux internationaux.

108. Pour des raisons diverses, aucune de ces propositions ne connut d'aboutissement en temps utile.

Toutefois, la proposition finlandaise de 1929 avait conduit le Conseil de la Société des Nations à créer un Comité de spécialistes qui avait conclu à trois possibilités pour ouvrir la compétence de la Cour en matière de demande en nullité des sentences arbitrales.

Si la question était présente dans tous les esprits de savoir si la compétence de la Cour permanente de Justice internationale, telle qu'elle était prévue à l'article 36, alinéa 2 du statut, incluait les cas de demande en nullité des sentences arbitrales, la réponse souvent soutenue comme affirmative, ne fut pas avant la Seconde Guerre mondiale confirmée par un organe ou dans un texte ayant l'autorité nécessaire. Le pas dans ce sens fut franchi postérieurement à la création des Nations-Unies.

109. En effet, sous l'égide des Nations-Unies la question connut une évolution décisive. Elle fut inscrite à l'ordre du jour des travaux de la

¹ Verzijl. *La validité et la nullité des actes juridiques internationaux*. Revue de Droit International, 1935, p. 339.

Commission du Droit international dans le cadre d'un projet de convention sur la procédure arbitrale. Celui-ci, adopté par la Commission à sa cinquième session, fut présenté à l'Assemblée générale. Mais celle-ci ayant pris acte de certaines réticences à l'idée d'une convention sur ce sujet, la Commission transmit alors un « modèle de règles sur la procédure arbitrale » qui fut proposé par l'Assemblée générale en 1958 à l'attention des Etats.

La préparation de ce texte et le travail de réflexion mené sur le sujet sous l'autorité de Georges Scelle furent l'occasion d'un bilan des acquis en matière de procédure arbitrale.

110. Le rapporteur Georges Scelle rappela longuement comment la thèse du caractère définitif et inattaquable de toute sentence arbitrale ne l'avait jamais emporté, même dans les occasions où il parut impossible d'organiser les actions en nullité (en 1907 particulièrement), et il releva des cas dans lesquels

« le trouble est si grave dans l'opinion publique que l'hypothèse du bien jugé devient inacceptable et qu'il faut, de toute nécessité, sacrifier la stabilité sociale à la justice ¹ ».

Ainsi

« étant donnée la fréquente insuffisance des tribunaux arbitraux dont la composition risque d'être souvent le résultat d'un compromis, la *nécessité* d'une seconde instance doit être substituée à l'ancienne conception selon laquelle la sentence arbitrale est définitivement et sans appel ² ».

« ... il n'est pas vrai que les Parties se soient mises d'accord pour un unique procès, à moins qu'elles ne l'aient expressément prévu : elles se sont mises d'accord pour vider le litige. Or il est des cas où manifestement la sentence rendue est inacceptable et par conséquent où sa critique est légitime. En telle occurrence, même si elle est exécutée, le litige ne sera pas réellement vidé et laissera subsister un malaise international ; ou bien il y aura une telle résistance dans l'opinion, non seulement du pays défavorisé par la sentence, mais dans l'opinion publique internationale, que l'exécution pourra être indéfiniment différée ou même refusée ³. »

111. Ainsi par un long travail de réflexion et d'échange au sein de la Commission, ses membres débouchèrent-ils rapidement sur l'intervention de la Cour Internationale de Justice « comme la seule acceptable ». Et le modèle de règles sur la procédure arbitrale finalement adopté par la Commission en 1958 prévoit à son article 26, paragraphe 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. »

Les hésitations exprimées jusque-là sur l'existence d'un organe devant lequel porter l'action en nullité contre une sentence arbitrale, n'avaient ainsi plus lieu d'être.

¹ *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1950, II, p. 144.

² *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1950, II, p. 145.

³ *Idem*, p. 146.

112. L'arrêt de la Cour internationale en date du 18 novembre 1960, dans l'affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906, a confirmé la compétence *ratione materiae* de la Cour sur la base de l'article 36, paragraphe 2 du Statut pour prononcer la nullité d'une sentence arbitrale.

Les deux Etats Parties à cette cause, le Honduras et le Nicaragua, avaient accepté la juridiction obligatoire de la Cour conformément à l'article 36, paragraphe 2 du statut, non pas au moyen de deux déclarations séparées, mais par l'article 31 du pacte de Bogota auquel ils étaient Parties l'un et l'autre.

Le Honduras avait d'ailleurs précisé dans sa requête qu'il demandait à la Cour de :

« Dire et juger... que la non exécution par le Gouvernement du Nicaragua de la sentence arbitrale prononcée le 23 décembre 1906 par S. M. le Roi d'Espagne constitue une violation d'un engagement international au sens de l'article 36, ch. 2 (c) du statut de la Cour internationale de Justice et du droit international général¹ ».

Or, non seulement la Cour n'a pas contesté sa propre compétence sur une telle base, mais encore, bien que déclarant la sentence valable et obligatoire et le Nicaragua tenu de l'exécuter, elle a admis que les griefs allégués par le Nicaragua, s'ils avaient été reconnus fondés, auraient entraîné la nullité de la sentence.

113. Elle a ainsi écarté comme non recevable l'hypothèse d'un appel contre la sentence, *mais explicitement reconnu la recevabilité d'une demande en nullité*.

La Cour fit remarquer dans ce sens que :

« la sentence n'étant pas susceptible d'appel, elle ne peut entreprendre l'examen des objections soulevées par le Nicaragua à la validité de la sentence comme le ferait une Cour d'appel. La Cour n'est pas appelée à dire si l'arbitre a bien ou mal jugé. Ces considérations et celles qui s'y rattachent sont sans pertinence pour les fonctions que la Cour est chargée de remplir dans la présente procédure et qui sont de dire s'il est prouvé que la sentence est nulle et de nul effet². »

Par cette décision les hésitations, précédemment exprimées sur le fondement de la compétence de la Cour pour déclarer nulle une sentence arbitrale, se trouvent levées.

114. Le long chemin de réflexion suivi par la doctrine depuis la fin du XIX^e siècle et ponctué fortement par les termes même du Modèle de Règles sur la procédure arbitrale adopté en 1958, a connu ainsi son aboutissement.

La conception actuelle de la compétence de la Cour, en application des dispositions de l'article 36, paragraphe 2 de son statut, conduit à la possibilité d'y inclure une action en inexistance et nullité d'une sentence arbitrale. *Ainsi se trouve assurée la compétence de la Cour dans la présente affaire.*

¹ C.I.J. Rec. 1960, p. 195.

² C.I.J. Rec. 1960, p. 214.

CHAPITRE III

LE COMPROMIS D'ARBITRAGE DU 12 MARS 1985

115. Il pourrait paraître inutile de rappeler ici que tout Tribunal arbitral et toute sentence arbitrale tiennent leur autorité du compromis et ne la tiennent que de là, tant la chose semble aller de soi. Ce rappel fera cependant l'objet d'un premier point. Il est rendu nécessaire, puisque le Gouvernement du Sénégal semble conférer au document produit le 31 juillet 1989 une autorité de sentence arbitrale que ce texte ne peut puiser dans le compromis aux prescriptions duquel il ne répond pas. Une analyse du compromis intervenu entre le Sénégal et la Guinée-Bissau sera développée ensuite article par article.

I. Le compromis, source limitative et impérative des pouvoirs du Tribunal

116. L'arbitrage international est un mode de règlement des différends entièrement soumis à la volonté des Etats. Il ne peut prendre naissance que par l'accord de ceux-ci qui décident alors, par un libre engagement de leur part, de confier à une ou plusieurs personnes tierces de leur choix, le soin de décider de l'issue d'un litige survenu entre eux. L'étendue des pouvoirs des arbitres, la procédure à suivre, les contours et les limites du problème posé au Tribunal, les règles qu'il devra suivre dans l'élaboration de la réponse, dépendent des termes de l'engagement arbitral. Ne reposant sur aucune autre base, chacun de ces éléments est fonction de la manifestation concordante des volontés exprimées par les Etats dans l'accord qui préside seul aux destinées du Tribunal et de son œuvre. Ainsi un Tribunal compétent en vertu d'un engagement valable doit-il fonctionner conformément au compromis dans *l'exacte mesure des règles prescrites par celui-ci*.

117. Ce qui vient d'être rappelé ici découle de la logique même de l'institution arbitrale et des principes généraux du droit universellement reconnus.

Il serait possible et facile d'accumuler les citations doctrinales et les références textuelles d'appui montrant la force et l'universalité de ces principes.

Il a paru superflu de le faire, et préférable de s'arrêter seulement au Modèle de règles sur la procédure arbitrale, puisque ce document est le résultat du travail autorisé de la Commission du Droit International. Quelques passages décisifs de ce texte, confirment ce qui a été avancé plus haut.

118. Les trois premiers alinéas du préambule disposent en effet :
« L'engagement d'arbitrage est fondé sur les règles fondamentales

suivantes :

1. Tout engagement de recourir à l'arbitrage pour la solution d'un différend entre Etats constitue une obligation juridique qui doit être exécutée de bonne foi.
2. Cet engagement résulte de l'accord des Parties et peut viser des différends déjà nés ou des différends éventuels.
3. Les dispositions pertinentes ici pour souligner et renforcer la dépendance dans laquelle toute la procédure et son résultat se trouvent par rapport à l'engagement initial, sont la référence à l'accord des Parties, au fait que cet accord fonde une obligation juridique qui doit être exécutée de bonne foi, enfin la précision selon laquelle un document écrit est nécessaire.»

Ainsi par un écrit, référence commune qui permettra en cas d'égarement de ramener le Tribunal à ce que les Parties ont voulu, les deux Etats qui vont à l'arbitrage créent entre eux une obligation, celle d'agir en application de cet écrit et de bonne foi.

119. Le Modèle de règles établi par la Commission du Droit International va plus loin dans la précision relativement au compromis. Il énumère à l'article 2 les stipulations minima que l'acte écrit doit comporter (engagement d'arbitrage, objet du différend, mode de constitution et nombre des arbitres) et indique ensuite celles qui sont souhaitables dans une énumération dont il est relevé qu'elle n'est pas limitative (règles de droit à appliquer, pouvoir de faire des recommandations aux Parties, pouvoir d'édicter ses règles de procédure, procédure à suivre, quorum, majorité, délais, possibilité ou non d'opinions dissidentes ou individuelles, langues à employer, répartition des frais et dépens, services susceptibles d'être demandés à la Cour).

120. Si l'on se réfère à cette liste, le compromis passé entre le Sénégal et la Guinée-Bissau le 12 mars 1985 est, comme le montrera son commentaire, un texte rigoureux. Sans entrer dans un excès de stipulations détaillées, il représentait un engagement d'arbitrage permettant un bon fonctionnement de la procédure prévue.

D'ailleurs il n'y eut pas, pendant la durée des différentes phases de l'arbitrage, d'incidents à relever de ce point de vue.

Et s'il est vrai que chaque Partie est en mesure de réagir pendant tout le cours du procès contre les actes du Tribunal ou de la Partie adverse qui ne lui paraîtraient pas conformes aux règles adoptées, aucune réaction de ce type ne se produisit, parce que les Parties ne furent jusqu'au prononcé de la « sentence », informées de rien que leur eût paru suspect relativement à l'application du compromis.

Le Tribunal lui-même ne fit rien savoir qui laissât transparaître quelque difficulté dans sa tâche. La durée du délibéré fut, comme cela a été remarqué dans le premier chapitre, particulièrement longue, mais les domiciles éloignés des trois arbitres et les activités principales importantes de deux d'entre eux pouvaient à juste titre tenir lieu d'explication.

Et le Tribunal n'avait pas fait savoir aux Etats qu'une lacune fût apparue dans ses pouvoirs et qu'ils eussent à la combler en précisant les termes de leur engagement.

121. Tout portait donc à croire que l'arbitrage s'achèverait par une décision prise en stricte application du compromis dans le champ délimité

à cet effet par les Parties lors des négociations ayant conduit à l'engagement initial.

Le cadre ainsi fixé à l'action d'un Tribunal est d'interprétation stricte. Celui-ci ne peut ni le dépasser en statuant au-delà de la ou des questions posées, ni rester en deçà en donnant une réponse partielle ou sectorielle. Il s'agit d'un cadre limitatif (qui ne saurait être élargi), mais aussi impératif (qui ne peut être modifié).

Le commentaire détaillé du compromis va montrer maintenant quelles bornes précises et claires étaient fixées à l'action du Tribunal et en quoi celui-ci ne les a pas respectées.

2. L'analyse du compromis d'arbitrage

122. Plusieurs articles de l'accord arbitral du 12 mars 1985 n'ont fait l'objet d'aucune discussion difficile, pas plus lors des négociations que pendant la procédure. Ainsi les difficultés actuelles résultant de cet arbitrage sont-elles sans lien avec ces articles. Il a donc paru inutile de les commenter. *Il s'agit des articles 1^{er}, 3, 5, 6, 7, 8, 10 (1 et 3), 11 (2) et 12.* On notera toutefois, car cela est sans doute un signe des difficultés à s'accorder reconstruites par les deux Etats, le non-respect de l'alinéa 2, paragraphe 2 de l'article premier qui prévoyait la nomination des arbitres dans un délai de soixante jours.

C'est plus d'un an qu'il fallut pour que le Tribunal fût complet comme cela a été relaté au premier chapitre du présent mémoire.

Les autres articles appelleront des commentaires plus importants. On ne les analysera pas dans l'ordre des numéros qu'ils portent dans le compromis, mais en fonction de l'ampleur des problèmes qu'ils ont soulevés.

Article II (1)

123. La rédaction de cet article avait fait l'objet de laborieuses négociations qui ont été retracées dans le compte rendu des faits.

La Guinée-Bissau avait proposé un texte écartant toute possibilité d'activité dans la zone en litige et d'exploitation des richesses qu'elle contient¹. Le Sénégal prétendait pendant la durée de la procédure, garder

« sa souveraineté pleine et entière sur la zone considérée² ».

En mentionnant une souveraineté « pleine et entière », le projet sénégalais allait très au-delà des dispositions de la Convention des Nations-Unies sur le droit de la mer qui ne mentionne la souveraineté que pour la mer territoriale et ne prévoit au-delà que des droits souverains (art. 56 et 57).

Cet article fut le plus longtemps en litige comme cela apparaît à la lecture des procès-verbaux des négociations³, et cela est révélateur de l'attitude des négociateurs sénégalais dont les positions ont été en maintes occasions maximalistes.

124. C'est dans l'ultime phase des négociations, celle dont le succès résulta d'une rencontre des chefs d'Etat eux-mêmes, que le cas

¹ Livre V, annexe 10, article 11.

² Livre V, annexe 11, article 11.

³ Livre V, annexe 12.

de cet article fut tranché au profit de la rédaction suivante :

« aucune activité des Parties pendant la durée de la procédure ne pourra être considérée comme préjugant de leur souveraineté dans la zone objet du compromis d'arbitrage. »

Si les activités n'étaient pas interdites, leurs conséquences relativement aux droits de chacun des Etats sur la zone étaient strictement limitées ce qui rendait le texte acceptable pour la Guinée-Bissau.

Cet article ne fut pas invoqué ensuite. Après les incidents du début de l'année 1984 (donc antérieurs à la conclusion de l'accord de compromis), il n'y eut pas d'autres tentatives d'exploitation pétrolière.

ARTICLE 10, paragraphe 2.

125. Il dispose :

« 2. La sentence sera définitive et obligatoire pour les deux Etats qui seront tenus de prendre toutes les mesures que comporte son exécution. »

La Guinée-Bissau a eu l'occasion dans le chapitre précédent d'exposer à la Cour l'interprétation qu'elle fait de ce texte en accord avec les principes relatifs à la nécessaire validité d'une sentence et aux conditions de son exécution.

Elle soutient et maintient que l'obligation de respecter la « sentence » est une obligation fondée sur une condition ou plutôt sur un ensemble de conditions qui tiennent au respect par le Tribunal des stipulations fixées dans le compromis.

Elle prétend que telle est la seule interprétation possible de la disposition contenue dans le paragraphe 2 de cet article. Toute autre interprétation fermerait radicalement la porte à la possibilité de l'inexistence ou de la nullité absolue de la sentence pour excès de pouvoir. Elle donnerait aux arbitres un pouvoir incontrôlé et illimité et viderait de toute signification les dispositions du compromis indiquant aux arbitres le chemin à suivre.

C'est dans le même esprit qu'il faut lire le membre de phrase relatif au fait que les deux Etats « seront tenus de prendre toutes les mesures que comporte son exécution » car cette obligation impérative n'est faite qu'aux mêmes conditions.

Il n'est sans doute pas inutile de rappeler que dans l'histoire de l'arbitrage, un Etat ayant soulevé une objection relative à l'invalidité de la sentence pour excès de pouvoir ou pour toute autre cause, s'est refusé généralement à l'exécuter jusqu'à ce que l'invalidité soit tranchée :

« Il est de principe certain que, si l'arbitre excède les limites tracées par le compromis à sa compétence, il appartient à toute Partie de répondre à son excès de pouvoir par un refus d'exécution.¹ »

Cette affirmation n'enlève rien à l'obligation d'exécuter qui demeure, mais qui n'existe que dans le cadre conditionnel du respect par le Tribunal des dispositions de l'engagement d'arbitrage.

127. Il est une autre condition à l'application de l'article 10, paragraphe 2 : celle de la possibilité même d'exécution.

¹ A. de La Pradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*. Tome I, p. 391, à propos de la sentence arbitrale du 10 janvier 1931 et du refus par les Etats-Unis de l'exécuter.

L'impossibilité matérielle d'exécution d'une norme est, dans tous les systèmes de droit une cause d'exonération de l'obligation.

La délimitation, on le sait, n'a pas été opérée à l'issue de cet arbitrage. Rien n'est dit de la zone économique exclusive et le texte ancien qui est confirmé comme base de la délimitation du plateau continental ne l'est pas comme base de la délimitation d'ensemble et ne saurait y *pourvoir*.

#

Il ne correspondait pas à la largeur actuelle du plateau continental dont une part importante se trouve ainsi hors toute délimitation.

Seule une ligne unique (de synthèse) peut accomplir la délimitation demandée, par conséquent la confirmation d'une ancienne délimitation partielle du plateau continental ne saurait valoir accomplissement de la démarche requise.

La Guinée-Bissau se voit donc dispensée *et* par une cause juridique : la non-réalisation des conditions implicites nécessaires à la réalisation du caractère obligatoire de la sentence, *et* par une cause matérielle : l'impossibilité d'exécution, de l'application de l'article 10, paragraphe 2.

Ceci ne remet pas en cause le contenu ni la portée de ce texte, lesquels sont seulement dépendants de la réalisation des conditions.

ARTICLE 4

128. « 1. Le Tribunal ne pourra statuer que s'il est au complet.
2. Les décisions du Tribunal relatives à toutes les questions de fond ou de procédure, y compris toutes les questions concernant la compétence du Tribunal et l'interprétation du compromis seront prises à la majorité de ses membres. »

Les prescriptions de cet article 4 sont de celles (avec un autre groupe d'articles qui sera analysé ensuite) qui ont été à l'évidence violées par le soit-disant sentence du 31 juillet 1989.

129. On rappellera d'abord l'étrange absence de l'arbitre André Gros lors de la séance du 31 juillet 1989 au cours de laquelle le fruit des travaux du Tribunal devait être porté à la connaissance des Parties.

Il s'agissait d'une *séance* du Tribunal d'une particulière importance. Bien qu'elle ne fût pas destinée à « statuer » et que par une interprétation formelle et stricte il serait possible de ne pas lui appliquer l'article 4, paragraphe 1 exigeant que le Tribunal fût au complet, comment ne pas souligner l'affaiblissement que cette absence occasionnait à l'autorité du Tribunal ?

130. Comment ne pas s'en étonner, d'autant plus qu'il s'agissait de l'absence de l'un des deux arbitres qui avaient voté la « sentence » ?

L'auteur de l'opinion dissidente était présent. Mais celui qui avait soutenu la « décision » n'avait pas jugé bon de se déplacer pour assumer par sa présence physique la responsabilité de ses choix. Il avait pourtant une part décisive de la responsabilité du résultat et il la portait partiellement *seul* puisque l'autre cosignataire avec lui de la « sentence », à savoir le président du Tribunal, s'était largement désolidarisé de la « décision » par une déclaration sur la portée de laquelle on tentera de faire toute la lumière. N'y avait-il pas là comme un aveu de l'échec du Tribunal à trancher le différend ?

L'arbitre André Gros, fort averti, de par sa longue expérience de la justice internationale, des conditions nécessaires au succès d'un arbitrage, n'avait-il pas parfaitement compris que la déclaration du président avait défilé ce qui avait semblé (en apparence seulement) se faire par la signature du texte donné pour sentence? N'était-ce pas là le sens de son absence? Tout le confirme et plus particulièrement la confrontation des résultats avec les termes employés dans le paragraphe 2 de l'article 4 qui seront examinés maintenant.

131. Le sens de ce paragraphe ne prête à aucune confusion. Il décide des modalités de vote instituées au sein du Tribunal par la volonté des deux Etats.

Dès lors que le Tribunal arbitral comporte plus d'un arbitre, il faut prévoir en effet les conditions nécessaires à la formation de la décision.

La tradition sur ce point est établie de longue date. Il est inutile de réquérir l'unanimité.

« La règle de la majorité ainsi établie, se justifie par le principe qui est à la base de toute l'organisation judiciaire internationale. Du jour où l'accord des Etats s'est fait sur elle, la justice internationale suit une destinée indépendante de la volonté de l'un ou l'autre des litigants : à l'instant même où il se produit entre Etats, le phénomène juridictionnel se libère, se dégage de la volonté de chacun d'eux¹. »

Instituer la règle de la majorité dans une formation arbitrale à trois, cela signifie prévoir le cas dans lequel la décision pourrait être prise à deux contre un.

132. Bien que l'idéal de tout président de Tribunal arbitral soit de rallier les deux autres arbitres à une solution unanime puisque c'est alors, par la médiation des arbitres choisis par l'un et l'autre Etats, s'assurer de la satisfaction commune des requérants et, par voie de conséquence, assurer le succès de l'arbitrage, le procédé arbitral qui participe à la justice internationale doit compter avec l'hypothèse d'un ralliement partiel.

Deux voix sur trois assurent alors à la sentence une base suffisante. Le prévoir dans le compromis, c'est pour les Etats s'engager dans une voie qui comporte des risques. C'est aussi accepter ces risques.

Comme il est peu vraisemblable que la majorité soit acquise par rassemblement des voix des deux arbitres nationaux, il revient alors au président, s'il n'a pu trouver dans le cadre d'application du compromis une solution satisfaisant ses deux collègues, de pencher clairement vers l'un ou l'autre et de constituer ainsi la majorité.

133. C'est cette hypothèse qui était classiquement prévue au compromis.

Stipulant que les décisions seront prises à la majorité de ses membres, l'article 4, paragraphe 2 écartait la nécessité d'une unanimité, mais établissait expressément celle de deux volontés pleinement concordantes parmi les membres du Tribunal pour qu'il y eût sentence.

Particulièrement précis et énumératif quant aux décisions concernées par cette nécessité, le compromis arbitral entre le Sénégal et la Guinée-Bissau

¹ J.C. Witenberg, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationale*. Pedone, 1937, p. 281 et suivantes.

y incluait « *les décisions relatives à toutes les questions de fond ou de procédure* », et comme si cela eût encore laissé subsister quelque doute, il renchérisait « *y compris toutes les questions concernant la compétence du Tribunal et l'interprétation du compromis.* » (Souligné par l'exposant.)

134. Les conséquences de cette disposition sont inéluctables. S'il apparaît que quelque décision que ce soit, préliminaire comme peut l'être une question de compétence (et nécessairement et logiquement préalable à toute décision de fond) ou d'interprétation du compromis ou encore de procédure, ou principale comme le sont les décisions de fond, ait été prise sans reposer sur le fondement établi d'au moins deux volontés concordantes, alors les conditions même d'existence de la « sentence » n'étant pas réunies, l'apparence de celle-ci s'évanouit pour laisser place à une réalité incontestable, celle de l'absence de décision. Telle est, selon l'analyse de la Guinée-Bissau, l'interprétation exacte du contenu de l'article 4, paragraphe 2 du compromis du 12 mars 1985. Les développements du chapitre IV de ce mémoire établiront comment a manqué dans cette affaire la base d'accord nécessaire au moins entre deux des arbitres pour fonder une réelle sentence.

ARTICLES 2 et 9

135. Les articles 2 et 9 du compromis arbitral doivent maintenant être l'objet d'un commentaire détaillé. Relatifs aux questions posées et à la structure de la sentence, leurs prescriptions devaient être scrupuleusement respectées par le Tribunal. S'en écarter substantiellement équivalait pour lui à tomber dans l'excès de pouvoir, ce qui s'est produit. Ces éléments de l'engagement arbitral et leur interprétation sont au cœur du présent litige.

L'alternative est en effet la suivante :

ou le Tribunal a, dans la « sentence » proprement dite, respecté la volonté des Parties telle qu'exprimée dans ces articles, et si cela est confirmé il n'y a pas lieu de s'attarder à l'hypothèse d'un excès de pouvoir ;
ou le Tribunal a commis un excès de pouvoir en ne respectant pas les indications (impératives) exprimées dans le compromis et qui sont les *seules* bases de sa compétence, et la nullité absolue s'impose, la Cour n'ayant plus qu'à procéder à sa constatation.

136. L'interprétation de ces articles revêt donc la plus grande importance. Le guide en la matière sera l'article 31 (paragraphe 1) de la Convention de Vienne du 29 mai 1969 sur le Droit des Traités, qui apparaît comme la codification du droit coutumier.

« Art. 31. Règle générale d'interprétation.

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. »

Si cela semble nécessaire, il sera possible d'utiliser le préambule (article 31, paragraphe 2 de la Convention de Vienne), de tenir compte de toute pratique ultérieure par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité (article 31, paragraphe 3), et aussi de faire appel

« aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu. » (Article 32.)

Conformément à cette méthode, l'analyse textuelle des articles pertinents sera menée à la lumière de l'objet et du but de l'engagement. Le contexte, les travaux préparatoires et la pratique ultérieure seront utilisés chemin faisant pour confirmer l'interprétation.

137. L'article 2 du compromis du 12 mars 1985 prévoit :

« Il est demandé au Tribunal de statuer conformément aux normes du droit international sur les questions suivantes :

1. L'accord conclu par un échange de lettres, le 26 avril 1960, et relatif à la frontière en mer, fait-il droit dans les relations entre la République de Guinée-Bissau et la République du Sénégal ?
2. En cas de réponse négative à la première question, quel est le tracé de la ligne délimitant les territoires maritimes qui relèvent respectivement de la République de Guinée-Bissau et de la République du Sénégal ? »

L'article 9 énonce :

1. quand les procédures devant le Tribunal auront pris fin, celui-ci fera connaître aux deux Gouvernements sa décision, quant aux questions énoncées à l'article 2 du présent compromis.
2. Cette décision doit comprendre le tracé de la ligne frontière sur une carte. A cette fin, le Tribunal sera habilité à désigner un ou des experts techniques pour l'assister dans la préparation de cette carte.
3. La décision sera pleinement motivée.
4. Les deux Gouvernements décident ou non de publier la sentence et/ou les pièces de procédure écrites ou orales. »

138. Quatre conclusions découlent, sans soulever de doutes, des termes employés :

- la totalité des territoires maritimes devait être délimitée par le Tribunal ;
- L'hypothèse de deux lignes différentes pour le plateau continental et pour la zone économique exclusive était écartée au profit d'une ligne unique ;
- Les Parties demandaient au Tribunal une délimitation achevée et non des éléments ou une méthode pour délimiter eux-mêmes.
- La double question posée (liée à la nécessité de motivation) laissait au Tribunal un choix de solution et de voies de droit pour y conduire. Il fallait seulement que les deux questions soient vidées, les réponses motivées et la ligne tracée.

139. La **première conclusion** est relative au but et à l'objet de l'arbitrage et de l'engagement compromissaire qui le permet, à savoir l'entière délimitation des espaces relevant des juridictions nationales respectives des deux Etats.

Cet objectif global est indiqué à plusieurs reprises :

« Il est demandé au Tribunal de statuer sur *les* questions suivantes », (article 2).

Aussi les *deux* questions doivent-elles être élucidées.

« Celui-ci (le Tribunal) fera connaître aux deux Gouvernements sa

décision quant *aux* questions énoncées à l'article 2 du présent compromis». (Article 9, paragraphe 1.)

Chacune des questions mérite donc une décision.

«...quel est le tracé de *la* ligne délimitant *les* territoires maritimes...» (Article 2, paragraphe 2.)

Tous les espaces maritimes sont en jeu ainsi qu'il résulte du pluriel utilisé. Aucune distinction n'est introduite privilégiant telle ou telle catégorie de zones sous juridiction nationale.

Le caractère global de la délimitation recherchée est confirmé par les termes employés dans le préambule (contexte).

«Reconnaissant qu'ils n'ont pu résoudre par voie de négociation diplomatique le différend relatif à la détermination de *leur* frontière maritime.»...

L'expression «leur frontière maritime» ici employée dans le texte introductif du Préambule est, par sa généralité, une preuve supplémentaire que l'objectif recherché est une délimitation complète dans toute l'extension possible des zones où peuvent s'exercer les droits des Etats riverains.

140. Au-delà des mots choisis et au demeurant parfaitement clairs, la logique interne de l'article 2 du compromis renforce l'identification du but.

Cet article est construit en deux questions successives, la seconde par sa place même étant la question essentielle.

La première est une question préalable par rapport à la détermination de la limite des espaces marins.

Il faut l'élucider d'abord, puis passer à la seconde *s'il y a lieu*, c'est-à-dire dans l'hypothèse où la réponse à la première ne couvrirait pas l'enjeu *total* du différend : *l'ensemble* des espaces marins.

L'histoire de la négociation éclaire l'articulation des deux questions.

L'exposé des faits a mis en lumière comment le Sénégal voulait qu'il n'y eût qu'une seule question, la première. Il prenait ainsi le risque d'une délimitation non effectuée (si l'échange de lettres ne faisait pas droit) ou partielle (s'il ne faisait droit que pour certaines zones).

La Guinée-Bissau n'en voulait qu'une aussi : la seconde amputée des 9 premiers mots..

141. Le compromis emporté à l'arraché lors d'une rencontre au plus haut niveau se fit par l'addition des deux questions et l'introduction d'un raccord : les 9 premiers mots de la seconde question.

Les deux Etats avaient fait chacun une concession. La Guinée-Bissau avait accepté que le Tribunal examinât d'abord un texte qu'elle avait toujours considéré comme lui étant inopposable et comme étant invalide.

Mais elle n'avait fait cette concession que parce que le Sénégal pour sa part, en avait fait une, à savoir que l'arbitrage ne se bornait plus à la confirmation ou à l'infirmité de l'accord franco-portugais, mais que quel que fût le sort réservé à ce texte (délimitation inexistante, partielle ou totale), désormais les deux Parties acceptaient le principe d'une délimitation complète.

142. D'ailleurs à l'occasion des mémoires et plaidoiries, le Sénégal ne remit pas en cause cet objectif. Il déploya, certes, tous les arguments qu'il put trouver pour convaincre le Tribunal que cette délimitation totale

pouvait et devait se faire sur la ligne d'azimut acquise par l'accord franco-portugais, mais il ne restreignit jamais l'objet de l'arbitrage à telle ou telle catégorie des espaces marins sous juridiction nationale.

Il déclara :

« Si le Tribunal arbitral parvient à la conclusion que tel est le cas, la frontière maritime entre les deux Etats est formée *sur toute son étendue* par l'azimut 240 °... S'il est admis que l'accord de 1960 a été valablement conclu et lie les Parties, c'est lui et lui seul, qui fait droit en ce qui concerne la frontière maritime *séparant l'ensemble des domaines maritimes...*¹. »

« ...Si la validité de l'accord de 1960 est confirmée, la ligne établie par cet instrument forme la frontière maritime entre les deux Etats, *qu'il s'agisse de la mer territoriale, du plateau continental ou des zones économiques exclusives*². » (Passages soulignés par l'exposant.)

Ainsi, contrairement à ce qui avait étrangement été soutenu publiquement par l'agent du Sénégal à Dakar le 8 août 1989³, la zone économique exclusive entraînait parfaitement dans l'enjeu du différend et les deux Etats avaient été d'accord sur le choix des mots et le sens à leur attribuer pour couvrir une délimitation d'ensemble.

143. Une **seconde conclusion** s'impose à la lecture des articles pertinents du compromis : les deux Etats ont, d'un commun accord, écarté l'hypothèse (acceptable cependant dans le droit de la mer contemporain) de deux lignes différentes, et ont opté pour une ligne unique partageant l'ensemble de leurs territoires.

Ce choix est affirmé :

– à l'article 2 :

« Quel est le tracé de *la* ligne délimitant les territoires maritimes... » ;

– à l'article 9, paragraphe 2 :

« *cette décision doit comprendre le tracé de la ligne frontière sur une carte.* »

Il est confirmé par les termes du préambule

« le différend relatif à la détermination de *leur* frontière maritime »

et l'usage du singulier qui y est fait.

Il est corroboré de manière insusceptible de confusion par les écritures du Sénégal.

« Les Parties souhaitent *une* ligne divisoire unique⁴. »

144. Le **troisième conclusion** qui résulte avec certitude de la lecture de ces articles tient à la nature de la demande faite au Tribunal. Ce n'était ni une demande portant sur une question préalable ou partielle dont la réponse eut permis seulement de dégager l'horizon des deux Etats pour qu'ils poursuivent leur négociation en vue de la délimitation, ni une demande portant sur les principes de la délimitation seulement, laissant aux Etats le soin d'appliquer ces principes au cas concret.

L'objet de la demande était une délimitation complète et achevée.

¹ Livre II, *Contre-mémoire du Sénégal*, p. 34 et 35.

² Livre II, *Contre-mémoire du Sénégal*, p. 360.

³ Livre V, annexe n° 17.

⁴ Livre II, *Contre-mémoire du Sénégal*, p. 35.

145. En atteste le choix des mots de l'article 2, paragraphe 2 :

« *Quel est le tracé de la ligne délimitant...* »

Mais surtout la recherche de précision et de certitude voulue ensemble par les deux Etats apparaît sans détour dans la première phrase du paragraphe 2 de l'article 9 :

« *Cette décision doit comprendre le tracé de la ligne frontière sur une carte.* »

Chaque mot de cette phrase pèse lourd de signification sur la réalité de la volonté des deux Etats.

Le tracé sur une carte est une obligation. La décision du Tribunal *doit* le comprendre. Le Tribunal n'en est dispensé dans aucune hypothèse. Ce qui est visé est une ligne (une seule) dont le tracé doit apparaître matériellement sur une carte. La carte est partie de la décision, elle en est un élément, une composante, elle est *comprise* dans la décision.

Un raccourci non déformant pourrait donc être formulé ainsi : pas de carte, pas de décision.

Il n'y a eu aucune ambiguïté dans le choix des mots de ce texte par les Parties. Le cadre fixé au Tribunal était clair et impératif.

146. Il reste, **en quatrième conclusion**, pour faire un commentaire complet du compromis, à s'interroger sur son maniement.

Le but de l'arbitrage était à l'évidence *un délimitation complète et établie par une ligne unique*. Mais il était nécessaire d'abord de s'interroger sur la valeur de l'échange de lettres franco-portugais et sur sa portée éventuelle dans cette délimitation.

N'y avait-il pas dans cette combinaison d'exigences quelque impossibilité ? Pouvait-on marier une pleine délimitation, une ligne unique et une éventuelle valeur totale ou partielle reconnue à l'échange de lettres ?

Comme c'est habituellement le cas dans un litige remis entre les mains de tiers qui doivent en décider, les Parties se sont livrées dans la procédure devant le Tribunal à un jeu à fleuret moucheté.

Diverses hypothèses se présentaient dans la combinaison des exigences et des deux questions.

147. La première était celle d'une réponse pleinement négative à la première question qui laissait le champ entièrement libre à la recherche d'une réponse à la seconde.

La Guinée-Bissau, Etat tiers par rapport à l'échange lettres franco-portugais, connaissait bien les conséquences possibles pour un Etat des traités passés par les tiers. L'effet relatif des traités est un principe cardinal du droit international.

L'exception construite autour des traités de frontières terrestres n'a pas rencontré une acceptation universelle.

Jamais jusqu'alors personne n'avait prétendu qu'elle vaudrait pour les délimitations maritimes.

Aussi, comme cela fut repris et solidement argumenté par le juge M. Bedjaoui dans son opinion dissidente, la Guinée-Bissau développa-t-elle l'inopposabilité de l'échange de lettres franco-portugais. Elle conclut subsidiairement à son invalidité. Cela ouvrait ensuite la voie à une délimitation *ex novo*.

148. La seconde possibilité consistait à reconnaître à l'inverse de la

première solution, la validité et l'opposabilité à la Guinée-Bissau de l'échange de lettres de 1960.

Mais le Sénégal, tout autant que la Guinée-Bissau, savait évidemment et dès le jour des négociations de 1978 où il retrouva cet accord et où il put en peser les termes, qu'il ne « faisait droit » que pour les zones y mentionnées : mer territoriale, zone contiguë et plateau continental, et cela dans les définitions données de ces institutions à l'époque (le plateau continental correspondait alors à une largeur d'environ 60 milles marins).

A supposer l'accord confirmé, il fallait donc délimiter le surplus du plateau continental pour l'étendre jusqu'à la largeur contemporaine (200 milles marins). Il fallait aussi délimiter la zone économique exclusive en fonction des principes équitables qui sont la règle du droit positif. Enfin, il fallait manier les choses de manière à produire la ligne unique de délimitation d'ensemble demandée par les Parties.

149. Le Sénégal s'en tint à une position d'une extrême rigidité. Il ne pouvait soutenir que l'accord franco-portugais eût abouti à une délimitation complète et ne le fit d'ailleurs pas.

« Le Gouvernement du Sénégal a établi que la « ligne droite, orientée à 240° » à partir du cap Roxo, définie par l'accord précité comme limite des eaux territoriales, des zones contiguës et du plateau continental, fait droit¹. »

Mais il s'évertua cependant à faire admettre pour ligne unique de délimitation et sur toute la longueur utile l'azimut 240°. Pour cela, il se détacha en cours de raisonnement de la base conventionnelle franco-portugaise et tenta de trouver des arguments à partir d'une pratique (en réalité inexistante) pour fonder la prolongation de la ligne jusqu'à la limite extérieure actuelle du plateau continental, et son rehaussement depuis les fonds marins qu'elle devait délimiter, jusqu'aux eaux surjacentes et à la surface, que par une sorte de traction vers le haut, la ligne devait délimiter également du point de vue du Sénégal.

150. Le Sénégal reconnut, au détour des pages, que la pratique² serait « la source d'une obligation nouvelle³. » Il lui prêta une double signification : confirmer et compléter la ligne des 240° établie par l'accord de 1960 :

« cette pratique a également complété l'accord de 1960 et lui a en quelque sorte donné une dimension supplémentaire. Elle l'a en effet enrichi sur le plan « vertical » en ce qui concerne la délimitation de la colonne d'eau surjacente...⁴ ».

« ...toute une pratique subséquente est venue enrichir et compléter l'accord de 1960 en exhaussant en quelque sorte la limite des 240° aux eaux surjacentes. Le comportement des États comme source de droits et d'obligations dans les rapports interétatiques est si fécond qu'il peut être pris en considération *praeter legem*, c'est-à-dire non plus « conformément à la loi écrite, mais « au-delà » de cette loi, pour

¹ Livre II, *Contre-mémoire du Sénégal*, p. 173.

² dont il n'a pas réussi à prouver la consistance.

³ Livre III, *Duplique du Sénégal*, p. 97.

⁴ Livre III, *Duplique du Sénégal*, p. 98.

caractériser une pratique qui s'établit progressivement, soit pour combler les lacunes de l'accord, soit plus simplement pour le compléter dans des domaines qui n'avaient pas été réglementés lors de sa conclusion ou qui ne pouvaient pas l'être en raison de l'état du droit à cette époque¹.»

151. Ainsi, le Gouvernement du Sénégal a-t-il soutenu que la prétendue pratique

« complète l'accord de 1960 dans les domaines respectifs de la défense, de la recherche hydrographique et de la pêche². »

C'est dire clairement, bien que les représentants du Sénégal ne l'aient jamais fait expressément, que *leur raisonnement s'est développé en réalité à partir d'une réponse partiellement positive et partiellement négative à la première question.*

Toutefois, le Sénégal a tenté de convaincre le Tribunal que pour la partie de réponse négative à la première question, il y avait lieu de répondre à la seconde en utilisant la direction d'azimut 240°, celle-là même convenue entre la France et le Portugal pour la délimitation de l'époque.

152. Les responsables de la Guinée-Bissau savaient depuis le jour où ils avaient eu connaissance de l'échange de lettres, que même dans l'hypothèse d'une confirmation de celui-ci, la délimitation ne serait pas pour autant complète, comme cela fut reconnu explicitement par le président du Tribunal dans sa déclaration.

Il faudrait donc, en tenant compte de l'accord de 1960, aboutir à une délimitation achevée selon les exigences du compromis.

Les mots de l'article 2, paragraphe 2 du compromis :

« en cas de réponse négative à la première question... »

n'avaient été complétés d'aucun adverbe restrictif. Les négociateurs n'avaient pas dit : en cas de réponse *totalem* négative.

153. Et lorsque le Sénégal, devant l'hypothèse, soulevée par la Guinée-Bissau, d'une possibilité de réponse partiellement positive, donc partiellement négative, s'indigna qu'il y eût là des rajouts suggérés par la Guinée-Bissau³, il faisait alors allusion à une manipulation de texte qu'il était le seul à commettre.

C'en était bien une que d'envisager seulement le cas de réponse négative *totale*, puisque le texte n'avait pas ajouté l'adjectif : *totale*. Et d'ailleurs, comme cela vient d'être montré par les citations empruntées aux écritures du Sénégal, celui-ci *en fait*, par son raisonnement, s'était aligné sur l'interprétation de la Guinée-Bissau (approuvée par le président) selon laquelle la réponse négative pouvait, et même devait si elle existait, n'être que partielle.

154. La Guinée-Bissau mit cette possibilité de manière très ouverte dans le débat⁴.

¹ Livre III, *Duplique du Sénégal*, p. 171-172.

² *ibidem*, p. 219.

³ Livre III, *Duplique du Sénégal*, p. 37.

⁴ Livre III, *Réplique de la Guinée-Bissau*, p. 248.

Dès lors qu'une réponse positive serait donnée à la première question, cette réponse ne pouvant être que partielle, de multiples possibilités s'ouvriraient au Tribunal.

L'une fut évoquée¹ avec l'hypothèse où l'échange de lettres franco-portugais n'aurait été confirmé que pour une catégorie de territoires marins : par exemple les eaux territoriales. Il faudrait alors délimiter le reste *ex novo* et la Guinée-Bissau soutenait qu'une délimitation équitable prendrait alors le cap d'un autre azimut et qu'on obtiendrait ainsi pour l'ensemble des zones une ligne brisée, ce qui était parfaitement concevable.

155. Devant le Tribunal s'ouvrait en réalité une variété de voies possibles à emprunter qui lui permettraient les unes et les autres, à condition de les motiver convenablement, de résoudre le litige en respectant l'ensemble des exigences posées par le compromis.

En sus de la thèse défendue par la Guinée-Bissau (réponse totalement négative à la première question et délimitation *ex novo*), il pouvait en effet confirmer le traité pour ce qu'il valait alors, donc donner une réponse partielle à la première question et à partir de là :

1) rechercher quelle était en 1960 la largeur du plateau continental, décider selon des principes équitables de la prolongation de délimitation du plateau continental,

et obtenir ainsi une ligne brisée pour la délimitation de cette catégorie d'espaces marins ;

2) décider, selon des principes équitables qu'elle serait la délimitation de la zone économique exclusive jusqu'alors non fixée ;

3) se trouvant ainsi avec deux lignes différentes : une ligne brisée pour le plateau continental et une autre ligne, droite celle-là, pour la zone économique exclusive, faire la synthèse géométrique de ces deux lignes répondant ainsi à l'ensemble des questions posées et des exigences exprimées dans le compromis.

156. Aucune impossibilité technique ni logique n'empêchait de respecter l'ensemble des prescriptions du compromis en répondant à l'ensemble des questions ni n'entravait le déroulement du travail du Tribunal. Dès lors, il semble opportun de conclure ce chapitre par où on l'a commencé : lorsque deux Etats, ont dans un engagement arbitral écrit et d'interprétation aisée, décidé entre eux de soumettre un différend qui les oppose à un Tribunal arbitral, cet engagement est la base précise et étroite de la compétence conférée aux arbitres. S'ils s'en écartent, la « sentence » perd sa validité juridique. Les Etats sont alors dispensés l'un envers l'autre de toute obligation d'exécution.

Ainsi le veut l'application du principe qui domine l'ensemble des relations interétatiques : *Pacta sunt servanda*.

¹ Livre III, *Réplique de la Guinée-Bissau*, p. 248.

CHAPITRE IV

L'INEXISTENCE DE LA PRETENDUE « SENTENCE »

157. Le gouvernement de la Guinée-Bissau par la requête introduite le 23 août 1989 a prié la Cour de dire et juger que la prétendue « sentence » du 31 juillet 1989

« est frappée *d'inexistence* par le fait que des deux arbitres ayant constitué en apparence une majorité en faveur du texte de la « sentence », l'un a, par une déclaration annexe, exprimé une opinion en contradiction avec celle apparemment votée. »

Subsidiairement, il a prié la Cour de dire que la « sentence » est frappée de nullité.

Au paragraphe 17 de la requête, rappelant les termes de l'article 4, paragraphe 2 du compromis arbitral, il a appuyé la demande en inexistence sur le fait qu'aucune majorité (d'au moins deux membres) ne s'était constituée au sein du Tribunal, ni sur le champ exact de sa compétence telle qu'elle découlait des termes du compromis, ni sur l'étendue et la nature de la réponse à apporter aux questions posées.

158. Parce que la demande ainsi formée porte concurremment sur l'inexistence et la nullité, il sera utile de se livrer d'abord à quelques réflexions, d'ordre sémantique et juridique à la fois, relatives à la distinction entre ces deux maux dont peut souffrir une « sentence ».

Le terme *inexistence* est réservé, comme on le verra, à l'absence dûment constatable d'un élément indispensable à la réalité de la sentence. L'élément manquant ici est celui d'une majorité au sein du Tribunal.

Ce manque devra donc être décrit et examiné. Pour ce faire, il faudra une analyse minutieuse de la déclaration du président. L'on concluera alors par un bilan des volontés telles qu'elles se sont exprimées à propos des différents éléments de décisions en cause dans l'affaire et par un rappel des conséquences de la non-formation d'une majorité.

1. L'inexistence comme catégorie distincte de la nullité

159. Il peut sembler légitime de se demander quel est le sens et la pertinence d'une distinction entre les actes inexistants et les actes nuls. Le doute s'introduit, comme c'est souvent le cas dans une réflexion sur des catégories, lorsque l'on s'interroge sur l'ampleur du champ de chacune de ces catégories. Les franges laissent apercevoir alors des cas ambigus qu'un coup de pouce donné d'un côté ou de l'autre peut faire pencher plutôt dans une catégorie que dans l'autre.

Il en va ainsi, à n'en pas douter, des actes nuls et des actes inexistants. Ces deux sous-ensembles ont chacun quelques caractéristiques propres qui font leur autonomie.

Toutefois, à l'intérieur de chacun d'entre eux, certains actes aux caractéristiques moins typées que d'autres peuvent basculer de l'un à l'autre selon le tranchant plus ou moins grand du critère proposé.

160. L'imprécision des catégories apparaît fréquemment sous la plume des auteurs.

« Le problème de *nullité* des sentences des Tribunaux d'arbitrage correspond au problème de l'*existence* juridique des décisions obligatoires. Celles-ci comme chaque fait juridique, contiennent certaines conditions et certains éléments dont dépend leur *existence* juridique ou, ce qui revient au même leur *validité*. Si l'on invoque la nullité de sentences arbitrales en se fondant sur l'inexistence de conditions essentielles, on conteste et on reconnaît, tout à la fois, l'existence de ces sentences. Il y a donc des jugements qui existent tout en n'existant pas¹ », (souligné par l'exposant).

La subtilité mise en lumière ici est dans ce peu d'existence que l'on prête à certains actes seulement pour le temps d'affirmer leur inexistence.

Mais l'inexistence réelle et contestée signifie la nullité de l'acte.

« L'acte inexistant est nul *ex-officio*. La preuve de son existence incombe à celui qui affirme son caractère effectif². »

Inversement certaines nullités sont si graves que l'invalidité précipite alors les sentences qui en sont frappées dans l'abîme de l'inexistence.

L'excès de pouvoir provoque ce basculement :

« tout dépassement de compétence constitue un excès de pouvoir, vice beaucoup plus grave que l'incompétence du droit interne en ce qu'il frappe d'inexistence juridique la sentence intervenue dans ces conditions³. »

161. Les auteurs sont nombreux à soutenir que l'excès de pouvoir induit l'inexistence de toute « sentence » arbitrale (La Pradelle par exemple).

Et si c'est parfois le mot de nullité qui est employé pour caractériser alors la situation, il est rappelé qu'il s'agit d'une nullité *absolue, ipso jure*, qui relève alors d'une déclaration de nullité et non d'une annulabilité (voir les développements antérieurs sur ce point au chapitre II, section I).

« Cette déclaration, même si le mot « annuler » y figure, ne signifie jamais qu'un acte, jusqu'alors obligatoire, est annulé : elle n'est rien d'autre qu'un jugement constatant que la sentence a toujours été nulle⁴. »

Ce sont des

« actes frappés de nullité absolue qui sont nuls *ab initio*, sans qu'il soit nécessaire de faire plus que de les déclarer non valables⁵. »

162. Y-a-t-il donc parfaite synonymie entre actes inexistantes et actes frappés de nullité absolue ? Et pourquoi dans ce cas la Guinée-Bissau a-t-elle pris soin dans sa requête de demander à la Cour de prononcer l'inexistence *et* la nullité en se refusant à les confondre ?

¹ W.G. Hertz, *Essai sur le problème de la nullité*. Revue de droit international et de législation comparée, 1939, p. 450.

² Paul Guggenheim, *La validité et la nullité des actes juridiques*, R.C.A.D.I., 1949, p. 213.

³ Charles Rousseau, *Droit International Public*. Dalloz, 1976, p. 310.

⁴ A. Verdross, *L'excès de pouvoir du juge arbitral dans le droit international public*. Revue de droit international et de législation comparée, 1928, p. 53 et s.

⁵ Paul Guggenheim, *op. cit.*, page 208.

Cela tient au fait que si l'inexistence et la nullité absolue se rejoignent en principe dans leurs conséquences sur l'acte qu'elles atteignent, il est possible cependant de les distinguer dans leur origine.

163. La nullité qui frappe le texte donné pour sentence à l'issue des travaux du Tribunal arbitral dans la présente affaire, est fondée, comme le montreront les développements exposés au chapitre V du présent mémoire, entre autres causes sur l'excès de pouvoir des arbitres. Ceux-ci ont rompu de manière essentielle avec le cadre qui leur était imposé par le compromis arbitral. Il ont de plus failli à l'obligation de motivation. Il s'agit d'une nullité absolue si grave qu'elle entraîne l'inexistence de l'acte et qu'il n'y a pas lieu d'annuler la « sentence » mais seulement d'en constater la nullité.

Mais il s'agit bien de vices dans la démarche suivie par le Tribunal *une fois celui-ci en conditions de s'exprimer*.

Quant à l'inexistence dont il sera question dans le présent chapitre, elle dépend d'une cause qui remonte plus avant dans la genèse de la volonté du Tribunal et l'a privé des conditions nécessaires à sa propre formation.

164. Un minimum d'éléments sont en effet indispensables pour qu'il y ait une sentence. L'absence d'un de ces éléments entraîne qu'il y a seulement apparence de sentence, et non plus sentence.

Ce minimum d'éléments requis pour présider à la naissance même de l'acte est déterminé dans un système donné par l'ordre juridique.

« Un acte est inexistant lorsqu'il lui manque un élément essentiel à sa formation, de telle sorte qu'on ne peut concevoir l'acte en l'absence de cet élément¹. »

Afin qu'un acte international existe de manière valide, il est nécessaire que quatre éléments se trouvent réunis : l'existence d'un *sujet capable*, d'un *objet approprié*, d'une *volonté réelle et dépourvue de vices* et enfin de *formes convenables*².

165. A cet égard, il n'a manqué au Tribunal ni d'être un sujet capable (il a été érigé en Tribunal dans des conditions lui donnant cette capacité), ni que sa démarche soit dirigée vers un objet approprié (les questions posées indiquaient en toute clarté l'objet, à savoir une entière délimitation maritime entre les deux Etats). Les formes qu'il a empruntées étaient convenables (sous réserve du manque de motivation et de l'absence de la carte qui sont à la fois des vices de forme et de graves défaillances de fond).

Le double et capital défaut qui a réduit à néant le travail effectué tient au manque du quatrième élément : *une volonté réelle et dépourvue de vices*. Et parce que la volonté n'a été ni réelle ni dépourvue de vices, la « sentence » se trouve à la fois inexistante et frappée de nullité absolue.

166. L'apparence de volonté s'est exprimée de manière viciée (excès de pouvoir et défaut de motivation). Là est le cas de nullité absolue (qui va jusqu'à l'inexistence).

¹ Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^e édition, Tome I, p. 147.

² Paul Guggenheim, *op. cit.*, page 205.

Mais avant même l'examen de ce cas (ouvert à titre subsidiaire dans le requête de la Guinée-Bissau, et dont l'étude sera effectuée au chapitre suivant), et devant toute autre considération, l'absence de volonté réelle se présente aux yeux de l'observateur. Il n'est pas possible d'ignorer le caractère apparent et illusoire de la rencontre des volontés nécessaire à constituer une majorité au sein du Tribunal. Là est le cas d'inexistence (qui rejoint la nullité absolue).

Ainsi, selon une doctrine concordante chacun des deux caractères entraîne-t-il l'autre.

Il a été jugé approprié néanmoins d'affecter plus précisément chacune de ces deux caractéristiques à l'un ou l'autre des deux aspects précis de l'extrême défaillance de l'acte prétendu.

Le terme de nullité a paru mieux convenir aux conséquences des errements dans lesquels le Tribunal est tombé par sa manière de répondre aux questions posées.

Le terme d'inexistence a semblé mieux adapté aux conséquences de la situation très particulière survenue entre les trois arbitres et caractérisée par l'absence totale de volonté concordante entre deux au moins d'entre eux pour trancher le différend.

2. L'absence de majorité au sein du Tribunal

167. Le gouvernement de la Guinée-Bissau a constaté au soir du 31 juillet 1989 lorsque ses représentants ont pris connaissance intégralement des résultats de l'arbitrage qu'il n'y avait eu de majorité sur aucun élément de décision.

Ils ont constaté cela comme n'importe quel lecteur averti aurait pu ou a pu le faire à la même lecture, parce qu'il y a là un *fait* qui ne relève pas d'une construction de l'esprit. Il s'impose à la simple observation.

168. Dès lors qu'un Tribunal est constitué en forme collégiale, il n'y a pas comme dans le cas d'un arbitre unique une seule volonté qui s'exprime individuellement. Une nécessité spécifique se fait jour, celle d'une rencontre de *plusieurs volontés*. Selon le nombre d'arbitres prévu et les dispositions de l'engagement arbitral au sujet des modalités de prise de décisions, le nombre de volontés exigé peut varier. Dans l'arbitrage entre la République du Sénégal et la République de Guinée-Bissau, l'analyse du compromis à laquelle a été consacré le III^e chapitre de ce mémoire, a souligné, sans qu'il y eut à cela la moindre difficulté d'interprétation, l'exigence de deux voix concordantes (sur les trois membres formant le Tribunal) pour toutes les décisions telles qu'elles sont énumérées à cet article.

169. Le point en question ici et qui fonde l'inexistence juridique de la sentence, n'est pas relatif à un vice qui affecterait une volonté présente, comme pourrait le faire la violence, le dol ou l'erreur. Il est seulement relatif à la formation et à l'expression de la volonté.

Le Tribunal arbitral était un organe collectif dont la constitution fondatrice avait organisé les prises de décision, c'est-à-dire les conditions de formation de sa *volonté*.

La volonté d'un organe collectif est

« la combinaison de volontés de personnes physiques que le droit international considère comme constituant ensemble la volonté de l'organe dont ces personnes font partie ¹ ».

Pour qu'il y ait acte juridique de cet organe (et dans le cas présent décision du Tribunal) il y faut « un ensemble de manifestations de volonté émanant d'une partie plus ou moins nombreuse de personnes physiques dont l'organe se compose, et que le droit international impute à l'organe comme constituant sa volonté. ² » (Souligné par l'exposant.)

Des termes du compromis arbitral, il résultait que cette *partie* des personnes physiques dont la manifestation de volonté concordante était nécessaire était de *deux*.

Cette condition de vote était *essentielle*. De son respect dépendait l'existence juridique de la décision.

« Car l'on ne saurait reconnaître comme manifestation valable de la volonté d'un organe collectif international quelconque une décision de cet organe qui serait prise contrairement aux règles constitutionnelles régissant les conditions de ses votes ». ³

En d'autres mots, sans majorité il y a des actes individuels, mais il n'y a pas d'acte du Tribunal.

170. Certes les apparences purement formelles ont été sauvées. On lit au paragraphe 88 de la « sentence ».

« ...Le Tribunal décide par deux voix contre une. »

Constatant l'existence d'une opinion dissidente signée de M. Bedjaoui, l'on est alors assuré que les *deux* voix étaient celles du président Barberis et de M. A. Gros.

Mais il existe entre la « sentence » et l'opinion dissidente, une déclaration du président Barberis qui, par sa présence même et son contenu, détruit l'apparence et laisse percer le désaccord patent ayant existé au sein même de la majorité fictive.

La déclaration du Président

171. Il est utile d'en examiner la portée et le contenu.

A la suite d'une évolution qui s'est cristallisée dans le règlement de la Cour (art. 95) mais qui par extension s'applique à la procédure arbitrale, il est admis qu'à l'issue d'une procédure internationale de règlement des différends juridiques, l'un ou l'autre des juges ou arbitres fasse savoir, par opinion séparée, des éléments de sa conviction ou de sa réflexion qui sont étrangers au texte de l'arrêt ou de la sentence.

Opinions dissidentes et opinions individuelles sont ainsi extrêmement courantes. S'y ajoute une catégorie différente dite déclarations.

Bien que ces trois sortes d'opinions séparées soient mentionnées à l'article 95 du statut de la Cour, les différences entre elles ne sont pas toujours bien tranchées.

¹ J.H.W. Verzijl, *La validité et la nullité des actes juridiques internationaux*, Revue de Droit International. 1935, p. 333.

² *Ibidem*, même page.

³ *Ibidem*, p. 334.

172. Il a été traditionnellement admis que l'opinion individuelle ou dissidente est l'exposé d'une motivation différente de celle qui a conduit au dispositif de la décision principale. Mais cette motivation différente peut avoir mené le juge qui en est l'auteur à se rallier à la décision, tout en empruntant pour cela des voies distinctes. On parle alors d'opinion individuelle.

Si les variations dans la motivation conduisent à une solution opposée à celle prise par l'instance collective, le juge signe alors une opinion dite dissidente. On peut imaginer aussi qu'un juge suive la motivation du Tribunal mais considère qu'elle devrait logiquement déboucher sur une décision différente.

Quoiqu'il en soit, dans une opinion individuelle, le juge-auteur reste au sein de la majorité, dans une opinion dissidente il s'en sépare.

Il est moins aisé de caractériser les déclarations. Ce terme est réservé en principe à des textes plus brefs, non motivés, par lesquels un juge « fait constater son accord ou son dissentiment »

L'emploi du terme déclaration en intitulé d'un propos publié par un juge ne permet donc pas de savoir a priori s'il a publié un propos de ralliement à la décision ou de dissentiment à son égard.

173. Cependant, dans les circonstances de l'arbitrage entre le Sénégal et la Guinée-Bissau, le lecteur des travaux du Tribunal, ayant remarqué que la « sentence » n'avait été soutenue que par deux arbitres parmi lesquels se trouvait M. Barberis, et voyant apparaître immédiatement après le dispositif une brève déclaration de M. Barberis lui-même ne pouvait pas s'imaginer qu'il se trouvait devant une déclaration de désaccord.

Il ne pouvait qu'incliner à penser qu'il s'agissait là seulement d'une brève clarification de certains points.

Tel n'est pas le cas cependant et c'est dans ce fait que réside le germe d'inexistence indépassable de la « sentence ».

174. Six éléments textuels de la déclaration du président Barberis après avoir été analysés et mis en relation avec les éléments correspondants de la « sentence » apparaissent comme les signes révélateurs du désaccord intervenu entre lui-même et M. André Gros.

Le premier élément apparaît dès la première phrase. Le président « estime que la réponse... aurait pu être plus précise. »

Le choix des mots indique dès l'abord que les réserves du président se situent directement au niveau du dispositif. La contestation exprimée ne porte pas seulement sur les motifs, mais bien sur la décision. C'est la *réponse* elle-même donnée par le Tribunal à la première question posée par le compromis qui encourt le reproche de manquer de précision, puisqu'il est dit qu'elle aurait pu être plus précise.

A ce niveau toutefois, la contestation du dispositif de la « sentence » n'est pas encore de nature à faire entrer la déclaration du président dans la catégorie des déclarations de dissentiment (ce que les expressions suivantes vont faire). Car la précision recherchée et souhaitée par le président peut après tout, tant qu'elle n'est pas énoncée, avoir un contenu confirmatif et non infirmatif. Tel n'est pas le cas néanmoins.

175. *Le second élément* éclairant de ce texte est la proposition de réponse exprimée par le président. Il substitue en effet *son* projet de réponse au paragraphe 88 de la « sentence ».

Celui-ci dispose :

« ...l'accord conclu par un échange de lettres le 26 avril 1960 et relatif à la frontière en mer, fait droit dans les relations entre la République de Guinée-Bissau et la République du Sénégal en ce qui concerne les seules zones mentionnées dans cet Accord, à savoir la mer territoriale, la zone contiguë et le plateau continental... »

Deux modifications sont apportées par le président qui bouleversent totalement l'économie du texte. L'adjectif *seules* est supprimé. Il introduisait dans ce paragraphe 88 une restriction à l'étendue du champ d'application de l'échange de lettres franco-portugais sans que cette restriction fût traitée ensuite par la « décision », et sans qu'elle entraînaît aucune réponse négative annoncée comme telle à la première question.

176. En revanche, sous la plume du Président Baberis, la restriction est explicitée.

La réponse d'abord énoncée comme positive pour certaines zones (« L'accord... fait droit ») est ponctuée d'un « *mais* ». Cette conjonction de transition peut introduire une restriction, une précision, une objection ou une idée contraire à celle qui a été exprimée (Dictionnaire Robert). C'est cette dernière fonction qu'elle remplit ici, en annonçant le passage à un second terme de la contradiction, immédiatement introduit par les mots « il ne fait pas droit quant aux eaux de la zone économique exclusive ou de la zone de pêche. »

La rupture avec le texte de la « sentence » est alors consommée. On est passé d'un positif limité au négatif.

Une réponse explicitement négative à la première question apparaît, alors que les auteurs (ou l'auteur ?) de la « décision » s'étaient gardé(s) de toute négation.

Il(s) avait(en)t donné une réponse inconditionnellement positive, et leur (sa) restriction au champ d'application de l'accord introduite par l'adjectif *seules* n'avait fait l'objet ensuite d'aucun traitement. Tout s'était passé comme si les zones mises par eux (lui) en dehors de leur (son) interprétation (correcte) de l'échange de lettres, étaient aussi en dehors du champ de compétence du Tribunal (et cela n'était pas correct). On est passé de considérations situées strictement à l'intérieur de l'accord à des considérations prenant en compte ce qui est extérieur à l'accord.

177. L'introduction dans la déclaration présidentielle d'une négation explicite ne peut pas être assimilée à une simple nuance de précision qui serait insignifiante quant à sa portée sur la décision. Il y a là l'expression d'un point de vue radicalement opposé. Cela est manifeste, et vérifiable par les conséquences qui en sont tirées explicitement. Le Tribunal voit sa *compétence modifiée* en ceci qu'il est de ce fait habilité à trancher la seconde question :

« cette réponse aurait habilité le Tribunal à trancher la seconde question. »

178. La *décision s'en voit bouleversée*. L'introduction d'une réponse en partie négative met en cause la justesse au fond du dispositif de la « sentence », puisqu'une toute autre issue est envisagée :

« Le Tribunal aurait pu trancher le différend d'une manière *complète* car... » il « *aurait pu déterminer* la limite pour les eaux de la zone

économique exclusive ou la zone de pêche, limite qui *aurait pu ou non* coïncider avec la ligne établie par l'accord de 1960.»

La «décision» est critiquée comme incomplète et le complément qui est esquissé mais non tranché dénature explicitement le dispositif :

«aurait pu *ou non* coïncider avec la ligne établie par l'accord de 1960».

La phrase suivante comporte deux éléments du texte du président (les troisième et quatrième) à prendre en considération ici. Le *troisième* est constitué de deux expressions par lesquelles le président Barberis marque fortement son désaccord d'avec la «sentence». Il affirme *qu'à son avis* la description *exacte* de la situation juridique existant entre les Parties est dans cette réponse partiellement négative.

Il oppose ainsi *son avis* à celui exprimé dans la «sentence». Comment pouvait-il faire savoir plus clairement qu'il ne partageait pas l'avis de celui (qui ne peut donc être que M. André Gros et lui *seul*) qui était à l'origine du dispositif? Il s'en désolidarise expressément par ces mots.

En donnant pour la description *exacte* de la situation juridique existant entre les Parties, celle qu'il avance lui-même et qui n'est pas (loin s'en faut) celle du dispositif, il sous-entend que la description contenue dans la «sentence» est *inexacte*.

180. *Le quatrième élément* est dans la même phrase. Il est le développement des termes précédemment examinés. Ce que le président Barberis donne pour son avis, et comme une description exacte de la situation entre les Parties, c'est une «réponse partiellement affirmative et partiellement négative».

Or, le dispositif ne donne qu'une réponse *positive* (limitée).

Le mot *seules* («aux seules zones mentionnées dans cet accord») correspondait sans doute à une restriction, mais en dépit de cette restriction, le dispositif ignorait superbement (et comment cela aurait-il pu être involontaire?) les zones ainsi exclues (zone économique exclusive et zone de pêche) pour lesquelles il n'allait pas jusqu'à la réponse négative.

La venue des termes «réponse partiellement affirmative et partiellement négative» sous la plume du président n'est pas qu'une nuance.

181. Passer d'un dispositif rédigé en forme affirmative à une déclaration prônant une réponse pour partie affirmative et pour partie «négative», c'est rompre avec la décision.

L'introduction d'une réponse en partie négative, là où il n'y avait qu'une restriction, est un «plus» logique dans le raisonnement. Le président a manifesté clairement qu'il était seul à le faire.

Il a, par sa déclaration, fait comprendre aux Parties que M. André Gros n'avait pas voulu le suivre dans cette voie. Or, l'objet partiel du litige dont le président veut traiter complètement par une réponse différenciée a un caractère fondamental dans le différend puisqu'il s'agit de la délimitation de la zone de pêche et de la zone économique exclusive.

Elles sont l'un des deux éléments essentiels (l'autre étant le plateau continental) des territoires marins dont la délimitation est en jeu.

182. Sur ce point d'une extrême importance, le président énonce son *avis*. C'est une réponse à la fois différente de celle de M. André Gros

et inconciliable avec elle.

Article 2 du compromis :

« L'accord fait-il droit dans les relations entre la Guinée-Bissau et le Sénégal ? »

Réponse de M. André Gros, (paragraphe 88 de la « sentence ») :

« L'accord fait droit en ce qui concerne les seules zones mentionnées dans cet accord, à savoir la mer territoriale, la zone contiguë et le plateau continental », sans autre précision.

Déclaration du président : l'accord

« ne fait pas droit quant aux eaux de la zone économique exclusive ou de la zone de pêche. »

Ici est ouvert un raisonnement qui doit se prolonger *au-delà* de la réponse donnée par le Tribunal et qui peut la modifier. Le prolongement est suggéré mais non véritablement effectué par le président.

183. Le cinquième élément de ce texte concerne la compétence du Tribunal.

Ici le désaccord est manifeste. Quelle que soit par ailleurs la ou les interprétations que l'on fasse de la déclaration du président, elle est sur ce point inconciliable avec le contenu de la « sentence ». Elle énonce en effet :

« cette réponse *aurait habilité le Tribunal* à traiter dans la sentence la deuxième question posée par le compromis arbitral. »

« La réponse... *aurait attribué au Tribunal une compétence partielle* pour répondre... »

« Dans ce cas *le Tribunal aurait été compétent* pour délimiter les eaux de la zone économique exclusive ou la zone de pêche entre les deux pays. De cette façon *le Tribunal aurait pu trancher le différend d'une manière complète...* »

Le président Barberis, qui connaît sa responsabilité d'arbitre, a vu parfaitement se dessiner l'excès de pouvoir dans la « décision » où a tenté de l'entraîner l'arbitre André Gros. Il le signale et *il s'y refuse*.

184. Où trouver encore, après la lecture des phrases qui viennent d'être citées, une majorité de deux voix sur la compétence, cette majorité exigée cependant par l'article 4, paragraphe 2 du compromis ?

Le président soutient, en accord avec les arguments qui seront présentés par le gouvernement de la Guinée-Bissau au chapitre suivant, que le dispositif a été rédigé d'une manière qui a bloqué la compétence du Tribunal et l'a empêchée de s'élargir jusqu'où elle aurait dû aller.

Dans ces quelques phrases du président se résume tout à la fois, *l'inexistence* de toute « sentence » par défaut explicite de majorité sur un point essentiel relatif à la compétence du Tribunal, et *la nullité pour excès de pouvoir* puisque l'excès de pouvoir est constaté et regretté par le président lui-même.

185. *Le sixième élément*, bien que moins précis et moins développé dans son contenu, l'est suffisamment toutefois pour exprimer le désaccord du président non plus seulement sur la compétence, mais aussi sur le *fond*.

« *Le Tribunal aurait pu déterminer la limite pour les eaux de la zone économique exclusive ou la zone de pêche, limite qui aurait pu ou non coïncider avec la ligne établie par l'accord de 1960.* »

Ici, le président ne s'aventure pas, étant seul, à dire quelle serait selon lui la

délimitation. Il confirme sa désapprobation de ce qui a été fait. Il rappelle qu'après avoir par confirmation de l'échange de lettres franco-portugais délimité certaines zones, il fallait procéder à la délimitation des autres espaces marins.

Cette limite-là « aurait pu »... Des hypothèses non comprises dans la « sentence » sont ainsi annoncées :

« aurait pu *ou non* coïncider avec la ligne établie par l'accord de 1960. »

Les possibilités ouvertes comportent au moins une certitude. Au moment où il écrit ces lignes, le président Barberis accepte l'hypothèse selon laquelle la zone économique exclusive ne suivrait pas l'azimut utilisé dans l'échange de lettres franco-portugais.

Rien de plus n'est précisé. Cela suffit toutefois amplement pour que l'absence de majorité soit une certitude.

Les conséquences de la déclaration du président

186. Deux choses frappent l'esprit à la lecture et à l'analyse de la déclaration du président. Elle comporte à la fois des critiques contre la décision et d'autres contre les limitations abusivement apportées à la compétence du Tribunal.

La recherche d'une réponse *plus précise*, d'une description *exacte* de la situation entre les Parties, et d'un règlement du différend d'une manière *complète*, laissent entendre que précision, exactitude et caractère complet ont manqué à la « décision » rendue, ce qui correspond à des attaques d'une extrême gravité en particulier pour ce qui est de l'inexactitude et du caractère incomplet.

187. Quant à la compétence du Tribunal, il a été dit plus haut comment, en quelques lignes (douze exactement), le président avait martelé son idée. Par quatre expressions successivement employées, il a dit l'exigence selon lui d'une habilitation plus large pour une compétence complète et en conformité avec les questions posées.

Le point de vue développé à travers ces deux sortes de critiques ne laisse pas de place pour une compatibilité entre le point de vue du président Barberis et celui de l'arbitre André Gros.

188. La déclaration du président est selon une analyse substantielle une opinion dissidente, en dépit de l'absence d'une motivation complète et du fait que la solution (à coup sûr différente de celle de la « sentence ») qu'il esquisse n'est pas construite. Il a seulement assuré les bases d'une compétence complète du Tribunal, celles-là même dont le manque invalide absolument la « décision ».

Il n'a pas voulu prendre la peine ni le temps de dire l'usage qu'il fallait faire, de son point de vue, de la compétence ainsi approfondie et élargie. Réduite à deux courtes pages, cette opinion a été intitulée *déclaration*. Il s'agit à n'en pas douter d'une *déclaration de dissentiment*.

Les effets en sont d'autant plus percutants qu'elle est plus brève.

Après le choix fait par M. Bedjaoui d'une opinion dissidente, celui par le président Barberis d'une déclaration de cette nature, laisse M. André Gros

parfaitement isolé.

Le désaccord ainsi patent entre lui-même et M. Barberis explique le défaut de motivation, l'incohérence, l'absence de carte.

189. Par quels mobiles difficiles à imaginer le président a-t-il cependant apposé sa signature au bas de la « sentence » ?

Par quelle lassitude, dans quel contexte psychologique, sous l'effet de quelle usure du temps (le délibéré s'était éternisé pendant de longs mois) a-t-il finalement associé son nom à un texte, en même temps qu'il s'en dissociait par un autre ? a-t-il approuvé l'un d'abord et avec regrets ? s'est-il ensuite ravisé et a-t-il cru corriger les effets du premier par le second ? Quel est le sens étrange du conditionnel employé par le président « j'aurais répondu... » ? Quelles conditions devaient donc être réalisées pour qu'il puisse répondre comme il l'entendait ?

Sans doute ces questions que l'humain en chaque juriste presse de poser sont-elles désormais hors du débat.

Il n'y a maintenant devant la Cour, dans un contexte dépouillé de passion, que les froides données d'une situation juridique.

190. Ces données examinées dans le présent chapitre permettent d'affirmer qu'il y a pas eu formation d'une majorité au sein du Tribunal. Il faut tenir en compte le fait que M. Bedjaoui s'est dissocié complètement des deux autres arbitres et a produit une longue opinion dissidente dont la première partie permet de conclure à l'inopposabilité à la Guinée-Bissau de l'échange de lettres franco-portugais de 1960 et dont la seconde partie en application des principes contemporains du droit de la mer, mène au choix d'une ligne unique orientée à 252° comme ligne de délimitation de l'ensemble des territoires maritimes respectifs des deux Etats.

Ce fait, associé aux discordances ci-dessus soulignées entre la « sentence » et la déclaration du président Barberis, met en lumière l'impossibilité dans laquelle celui-ci s'est trouvé au sein du Tribunal de rallier une majorité sur des questions essentielles de compétence et de fond.

191. La « sentence », si l'on s'en tient au texte présenté sous ce titre, manque donc du fondement nécessaire puisé dans l'existence d'une majorité qui aurait accepté sur tous les points essentiels de le soutenir. L'arbitre du Sénégal s'est trouvé seul sur des questions d'extrême importance. Il a été isolé dans son refus de considérer la réponse à la première question du compromis comme partiellement négative et dans le refus correspondant de répondre à la seconde question.

Ainsi de bout en bout le Sénégal a persisté dans une attitude négative. La rétrospective des actes et des faits éclaire l'homogénéité de cette attitude. Le contre projet de compromis du Sénégal en a été le point de départ, l'attitude de l'arbitre du Sénégal au sein du Tribunal le point d'aboutissement. Au départ les agents du Sénégal ne voulaient poser, au Tribunal qu'ils acceptaient de constituer, que la première question et uniquement celle-là. La seconde n'a été introduite dans le compromis que dans des circonstances qui ont été relatées.

Mais par la suite, l'arbitre du Sénégal s'est attaché à ignorer cette seconde question.

Le président, malgré son ralliement formel au texte qui a constitué une apparence de sentence, a prouvé dans sa déclaration sa ferme volonté de répondre à l'ensemble des deux questions soumises au Tribunal.

L'interrogation posée par le juge M. Bedjaoui aux termes de son opinion dissidente, sur « l'existence d'une majorité et la réalité de la sentence », se trouve ainsi fondamentalement justifiée.

192. Après analyse, le fait est donc avéré que la « sentence » est inexistante pour défaut de majorité substantielle. La déclaration du président constitue en elle-même la preuve de cette déficience, qu'elle révèle aux Parties. Le gouvernement de la Guinée-Bissau est, de ce fait même, dispensé de toute exécution et autorisé à refuser tout acte qui se couvrirait des nécessités d'exécuter la sentence.

Le défaut qui frappe ainsi l'acte prétendu est si grave que le droit international ne peut pas même lui attribuer un effet provisoire, ni une apparence de légalité.

Il est demandé respectueusement à la Cour de le confirmer.

CHAPITRE V

L'EXCES DE POUVOIR ET LE DEFAUT DE MOTIVATION ENTRAINENT LA NULLITE ABSOLUE DE LA PRETENDUE « SENTENCE »

193. Les travaux du Tribunal arbitral constitué entre la République de Guinée-Bissau et la République du Sénégal en vue de trancher le différend de délimitation maritime survenu entre ces deux Etats n'ont conduit nulle part, faute qu'il y eût une majorité entre les arbitres sur une solution juridiquement correcte. Les conditions préliminaires à une décision collégiale n'ont pas été réunies.

Le gouvernement de la Guinée-Bissau pourrait s'en tenir aux arguments avancés jusque-là.

Il est convaincu que ceux-ci doivent mener la Cour à constater l'inexistence de la sentence.

Ces arguments conduisent aussi à l'inapplicabilité de la prétendue décision. Cette inapplicabilité n'est que la conséquence logique et inéluctable de l'inexistence constatée.

194. Si toutefois, par un exercice purement intellectuel et abstrait, l'on prêtait fictivement à cette « sentence » quelque existence, c'est-à-dire si l'on consentait à la lire comme une sentence réelle, elle et elle seule, il apparaîtrait alors qu'elle est frappée de nullité absolue.

En effet, ce texte est, par la nature de ce qu'il énonce, un texte nul. Cette nullité sera exposée dans les pages qui vont suivre en relation chaque fois que cela est nécessaire avec l'inexistence.

Il semble important de rappeler ici que c'est à titre subsidiaire qu'il est demandé à la Cour de se prononcer sur ce point.

Le présent chapitre sera divisé en trois sections : *les fondements théoriques de la nullité d'une « sentence »*, *les éléments constitutifs de la nullité de la « sentence » du 31 juillet 1989* et enfin, *les prolongements de cette nullité*.

1. Les fondements théoriques de la nullité d'une sentence arbitrale

195. Il y a un large accord aujourd'hui dans la *doctrine* pour admettre la notion de nullité d'une sentence arbitrale.

Il est reconnu qu'une sentence arbitrale peut avoir été irrégulièrement rendue et qu'en conséquence elle est dépourvue d'effets juridiques. Il s'agit alors d'un acte nul, sans validité. Des auteurs anciens comme Vattel ou Pufendorf en posèrent le principe dès le XVIII^e siècle :

« au reste, lorsqu'on dit qu'il faut en passer par le jugement de l'arbitre, soit que la sentence se trouve juste, ou injuste, cela doit s'entendre avec quelque restriction. J'avoue que, quelque bonne opinion qu'une partie eût conçue de la justice de sa cause, cela ne suffit pas pour l'autoriser à se dédire du compromis. Mais s'il paraît manifestement qu'il y a eu de la collusion entre l'arbitre et l'autre par-

tie, ou qu'elle l'avait gagné par des présents ou qu'ils avaient fait ensemble une convention à notre préjudice, on n'est point alors obligé de se soumettre à la sentence d'un tel juge qui aiant témoigné une partialité si visible, ne saurait plus soutenir le personnage d'arbitre.¹»

196. A la base d'une sentence il y a le compromis, rien que le compromis. Aussi la clause suivant laquelle la sentence est définitive et sans appel ne peut produire effet que si la sentence est rendue conformément aux dispositions du compromis. Toute violation d'une disposition essentielle du compromis entraîne la nullité. La doctrine dans son ensemble est ralliée à ce point de vue.

Cela ne doit pas surprendre car il y a « impossibilité logique d'échapper au problème de la nullité² ».

Il n'est pas possible, sans incohérence dommageable pour la justice internationale, d'avancer à la fois que la source des pouvoirs de l'arbitre est toute entière dans l'engagement arbitral entre les Etats et ne se trouve que là, et qu'il n'existerait pas d'invalidité de la sentence arbitrale.

Ce serait laisser en-dehors du droit les cas possibles dans lesquels l'arbitre a agi en méconnaissance ou violation des prescriptions édictées par le compromis :

« Hors de leur compromis, les arbitres sont sans mission et sans caractère³. »

197. Le fait pour un tribunal compétent d'agir contrairement au compromis doit donc être considéré comme un excès de pouvoir ouvrant la voie à la nullité.

Celle-ci découle de ces violations qui peuvent survenir *au cours de la procédure* ou à l'occasion de la sentence.

« Ce n'est pas l'injustice de la sentence qui décide sur ces vices ; ce sont ces vices qui entraînent sinon l'injustice, du moins l'incorrection de la sentence non pas en elle-même, mais en raison de sa genèse suspecte. Il ne s'agit pas du résultat comme tel, mais de la défectuosité du chemin qui y conduit⁴. »

Les cas de nullité proviennent de différentes sources (toutes relatives à une violation du compromis). Mais les plus importantes sont incontestablement : l'incompétence de l'arbitre, l'excès de pouvoir et le défaut de motivation. Les deux premières entraînent aux yeux de l'écrasante majorité des auteurs une nullité absolue apparentée à l'inexistence (Rundstein, Castberg, Basdevant, Guggenheim par exemple).

¹ D. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*. Traduction Barbeyrac Amsterdam, 1706, tome III, Livre V, chapitre XIII, page 720.

² Hertz, *Essai sur le problème de la nullité*. Revue de droit International et de Législation comparée, 1939, p. 453.

³ M. A. Pierantoni, *La nullité d'un arbitrage international*. Revue de Droit International et de Législation comparée, 1898, p. 455.

⁴ Hertz, *Les fondements de la nullité dans la justice international de la théorie du droit*, 1938, p. 335.

198. La *pratique* a consacré ce point de vue.

« La pratique internationale considère aussi comme absolument nulle la décision d'un Tribunal arbitral ou judiciaire qui transgresse les pouvoirs qui lui ont été attribués par les parties. La nullité découle alors soit de l'incompétence, soit de l'excès de pouvoir du juge¹. »

Ce dernier point doit retenir toute l'attention.

La justice internationale étant consensuelle l'Etat, les Etats, aménagent à leur discrétion les conditions et les modalités de la procédure qu'ils instaurent. Ils fixent ainsi à leur guise (commune) la détermination des pouvoirs du juge.

L'excès de pouvoir est alors ce vice de la décision juridictionnelle lié à une violation des normes donnant sa juridiction au juge.

199. Admis très tôt dans l'histoire de l'arbitrage international il a été par exemple introduit par le commissaire américain Gore dans l'affaire du *Betsey*². Pour lui, les arbitres n'ont le droit de statuer sur leur propre compétence, donc d'interpréter sur ce point le compromis que parce que les pouvoirs qu'ils ont reçus de la sorte connaissent leur juste limite dans l'éventualité d'un excès de pouvoir sanctionné par la nullité de la sentence. (Dans la présente espèce le Tribunal, comme on l'a vu, n'a d'ailleurs pas décidé sur sa propre compétence.)

« La règle 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'autre³. »

Ainsi, la pratique chaque fois qu'une affaire s'est présentée a-t-elle accepté la notion d'excès de pouvoir comme cause de nullité d'une sentence arbitrale.

Il va de soi que ce vice ne s'entend pas de n'importe quelle erreur dans l'interprétation du compromis et qu'il y faut une méconnaissance d'une clause essentielle de celui-ci : si ces conditions sont réunies le cas de nullité est admis par tous, auteurs et Etats, même ceux qui parmi ces derniers qui y ont le moins d'intérêt.

200. Le Honduras dans ses écritures devant la Cour lors de la procédure relative à l'arrêt du 3 août 1959 reconnaissait : il faut admettre qu'
« une sentence arbitrale n'est susceptible d'être annulée que pour deux causes seulement : l'irrégularité du compromis et l'excès de pouvoir de l'arbitre⁴ ».

Et s'appuyant sur l'affaire de l'*Orinoco Steamship Company* (Cour Permanente d'Arbitrage - 25 octobre 1910) les représentants de cet Etat rappelaient comment la Cour avait alors admis la nullité fondée sur une méconnaissance du compromis.

La Cour, considérant que l'excès de pouvoir peut consister non seulement à décider une question non soumise aux arbitres, mais aussi à

¹ P. Guggenheim, *op. cit.*, p. 216.

² De Lapradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Tome I, p. 53.

³ G. Berlia, *Jurisprudence des Tribunaux arbitraux en ce qui concerne leur compétence*, R.C.A.D.I., 1995, II, p. 129.

⁴ C.I.J., *Affaire de la sentence du Roi d'Espagne - Mémoire et plaidoiries*, 1960, République du Honduras, p. 497.

méconnaître les dispositions impératives du compromis quant à la voie dans laquelle ils doivent arrêter leurs décisions, notamment en ce qui concerne la loi ou les principes du droit à appliquer

« a estimé que le surarbitre avait méconnu sur ce point le compromis et, en conséquence, elle a déclaré nulle une partie de la sentence ¹ ».

201. La notion d'excès de pouvoir étant par son histoire concrète une notion dotée d'effet pratique, il importait encore de la définir avec soin. De nombreux auteurs se sont appliqués à en proposer des définitions. Celle de Paul Guggenheim peut être retenue parmi d'autres, comme une des plus concises.

L'excès de pouvoir, selon lui,

« résulte du fait que le compromis en principe valable a été appliqué par le Tribunal à un domaine pour lequel il n'y a pas eu d'accord entre les Parties, ou du fait que le Tribunal a appliqué une règle non conforme aux dispositions du compromis² ». (Souligné par l'exposant.)

202. Le premier domaine, celui pour lequel il n'y a pas eu d'accord entre les Parties peut s'étendre au-delà des termes du compromis, si le Tribunal non seulement traite ce qui était demandé par les Etats, mais encore va plus loin (*ultra petita*) dans sa décision.

Il peut aussi être *en dehors* ou à côté, si le Tribunal ne répond pas précisément aux questions posées, mais décide sur d'autres au sujet desquelles il ne lui était pas demandé de statuer.

Il y a alors excès de pouvoir *quant à l'objet du litige*. Exemple : ne pas répondre à l'une des questions posées par un compromis arbitral alors qu'il y a manifestement lieu d'y répondre, (surtout alors qu'il y a indivisibilité de l'objet soit par nature, soit par la volonté des Parties).

203. Le second domaine de l'excès de pouvoir tient à l'application de règles non conformes aux dispositions du compromis, en méconnaissance de celles qui y sont prescrites.

Il y a alors *excès de pouvoir quant aux règles à appliquer*. Exemple : ne pas tracer une délimitation sur une carte alors que la sentence doit en comporter une puisque le compromis en dispose ainsi.

204. Le cadre logique qui commande l'arbitrage *et* les causes de nullité éventuelle des sentences est d'une parfaite rigueur.

La souveraineté commande que les Etats et leurs gouvernements disposent à leur gré de leur liberté quant aux moyens de régler les différends juridiques qui peuvent les opposer entre eux.

Toutefois, cette liberté se trouve (volontairement) circonscrite par l'acte initiateur de la procédure choisie.

Engagés alors *l'un envers l'autre* les Etats concernés ne peuvent plus séparément modifier ce cadre. Mais le Tribunal qu'ils ont alors créé en est captif avec eux. Il exerce sa fonction dans un champ de compétences et de moyens précisément et plus ou moins étroitement circonscrit par la décision *commune* des Parties.

¹ Réplique du Honduras, *Ibidem*, p. 429.

² Paul Guggenheim, *op. cit.*, p. 218.

Large ou étroit le champ doit être couvert dans l'étendue précisément imposée.

Tout écart en plus, en moins ou autrement par rapport au champ, tout dérapage, est constitutif d'excès de pouvoir et par là même de nullité. Plus l'accord d'arbitrage a été difficile à se former, plus les termes choisis dans son texte auront d'importance. Le Tribunal doit en tenir compte.

205. A tout ce qui vient d'être dit, la doctrine et la pratique conviennent d'ajouter une cause de nullité différente : celle tenant à la non-motivation d'une sentence.

La nullité découle alors de la violation d'une obligation générale du droit international, puisque le caractère obligatoire de la motivation est reconnu.

Contestée de manière très isolée par M. de Martens pendant les travaux de la Conférence de La Haye de 1899, cette obligation est cependant considérée comme une garantie essentielle de bonne justice.

Elle permet en effet que s'exerce sur le travail du juge et sur son impartialité le contrôle des parties et de l'opinion. Aussi est-elle devenue dès le début du XIX^e siècle une règle générale du droit arbitral international commun¹.

Le plus souvent expressément imposée par les compromis ou les textes instituant les tribunaux permanents, elle apparaît néanmoins comme indépendante de textes précis.

« Que la sentence juridictionnelle, disposant du fond du litige (on its merits) doive être écrite, soigneusement rédigée, lue en séance publique, *et motivée* ce sont là choses acquises et passées en « forme de droit », depuis un temps indéfini. Il paraît sans intérêt d'insister sur des points hors de contestation et suffisant de souligner la clause de la motivation. *Une sentence non motivée n'est pas une sentence, c'est une simple opinion*² », (souligné par l'exposant).

Formulée d'abord dans les travaux de l'Institut de Droit International (1873), l'obligation de motiver apparaît aussi bien dans le Droit International codifié de Fiore en 1890 que dans la Convention de La Haye de 1899 (article 52) ou dans la 2^e Convention de La Haye de 1907 à l'article 79. Elle apparaît enfin à l'article 29 du modèle de règles sur la procédure arbitrale :

« la sentence arbitrale doit être motivée sur tous les points. »

207. La raison de cette obligation est dans la nécessité de fournir les justifications des décisions dans tous leurs éléments.

La justice doit être dite en toute clarté et reposer sur des arguments connus de tous et susceptibles d'être appréciés ou affirmés de tous.

« La justice est la lumière et la vérité. Il faut qu'elle se montre sous une forme sensible ; ... Les motifs en fait et en droit, s'ils sont une garantie exigée par la loi de procédure sont un besoin de la société internationale³. »

De manière plus pragmatique, l'objectif poursuivi en obligeant l'arbitre à motiver entièrement sa décision est d'ordre judiciaire. Il est

¹ A ce sujet J.C. Witenberg, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationale*. Pedone, 1937, p. 292 et s.

² Georges Scelle, *I^{er} rapport sur la procédure arbitrale devant la Cour Internationale de Justice*, A/CN.4/18, ACIDI, 1950, II, p. 139 et s.

³ A. Pierantoni, *op. cit.*, p. 455.

d'éviter un conflit ultérieur sur la base de la sentence prononcée¹. Une motivation correcte peut contribuer à atteindre ce but en indiquant le chemin suivi par le Tribunal pour parvenir à la solution qu'il a adoptée et dont il fait sa décision. Il peut par là convaincre les parties, y compris la perdante qu'il n'y avait pas d'autre solution fondée en droit.

« En ce qui concerne le droit des gens, le fait que l'obligation de motiver le corps de la sentence constitue un principe général au sens technique de l'article 38, par. 2 du statut de la Cour, montre qu'il s'agit d'une de ces règles du droit international qui échappe entièrement à la volonté des États et qui n'existe que parce qu'elle présente pour la communauté internationale « un caractère de nécessité². »

Obligatoires, les motifs peuvent être contrôlés. Le contrôle même diffus consiste à vérifier que le Tribunal a fondé sa sentence sur des considérations parfaitement valables eu égard à son pouvoir d'arbitre. Ce contrôle permet de s'assurer que les considérations de fait et de droit constituant la base de la décision arbitrale ne révèlent pas un excès de pouvoir.

A la lecture des motifs, il est possible d'apprécier si la raison donnée est une *bonne* raison.

Si comme cela peut se produire le Tribunal, face à une question complexe posée dans le compromis de manière insuffisamment claire, est amené à en faire une interprétation précisant les limites exactes de ses pouvoirs, cette démarche, qui n'est pas interdite, doit elle-même être motivée.

Les motifs indiqueront alors les difficultés rencontrées par les arbitres, les modes d'interprétation du compromis utilisés et leurs justifications (effet utile par exemple) et les résultats obtenus.

Le contrôle des motifs permet encore de vérifier s'il y a concordance logique entre les motifs et la décision, car cela aussi est une condition de validité de la sentence.

La « sentence » du 31 juillet 1989 ne répond ni à l'obligation de respecter strictement les termes du compromis, ni à l'obligation de motivation.

2. Les éléments constitutifs de la nullité de la « sentence » du 31 juillet 1989

209. Les violations du compromis se recoupent et s'entrecroisent dans le texte complet (motifs et dispositif) de la prétendue « décision ». Elle se renforcent mutuellement. Elles sont mêlées de défaut de motivation et parfois de véritables contre-motivations.

Il se dégage de la lecture de l'ensemble un puissant sentiment de confusion et d'incohérence.

Les ambiguïtés et contradictions sont aussi en soi une cause de nullité. Avant de tenter de démêler cet écheveau et d'identifier chacun des éléments constitutifs de la nullité, on tentera une mise en relation des motifs et du dispositif qui dégagera la béance dans le raisonnement.

¹ M. Gounelle, *La motivation des actes juridiques en droit international public*, Pedone, 1979, p. 99.

² M. Gounelle, *op. cit.*, p. 173.

**Tentative de mise en relation des motifs
et du dispositif de la « sentence »**

210. Dans le dispositif l'échange de lettres de 1960 est déclaré opposable à la Guinée-Bissau, mais il est constaté que son champ matériel ne couvre pas tous les espaces maritimes. Le lecteur de la « sentence » doit poursuivre seul sur le chemin ouvert par le Tribunal puisque celui-ci s'arrête là. La route est alors celle empruntée par le Président dans sa déclaration : l'accord ne s'étend pas à la zone de pêche et à la zone économique exclusive. Cette version est bien semble-t-il celle vers laquelle le Tribunal a penché. Il n'a pas dans son dispositif exclu explicitement ces catégories de l'application de l'accord, mais il les a exclues implicitement par la restriction contenue dans l'adjectif *seules*.

211. Ces termes de caractère restrictif : « les seules zones » ont été employés mais dans la formulation la moins restrictive possible. Le Tribunal a énoncé que l'accord faisait droit pour les seules zones. Il n'a pas été jusqu'à dire

« l'accord ne fait droit que pour les zones... ».

Il s'est ainsi engagé dans la voie de la restriction mais il l'a fait au minimum.

Aucune des conséquences de la restriction amorcée (si faiblement que cela eût l'éte) n'est tirée, car :

– le Tribunal ne délimite pas juridiquement les espaces dont il reconnaît cependant implicitement qu'ils sont non traités par l'acte juridique confirmé (l'échange de lettres) ;

– il ne délimite matériellement par un tracé sur une carte ni ceux-là, ni ceux dont la délimitation est confirmée. Il devait pourtant le faire en tout état de cause et c'est à cette occasion qu'il devait témoigner matériellement par *une* ligne qu'il avait trouvé les voies juridiques permettant une délimitation faisant la synthèse de celle du plateau continental et de celle de la zone économique exclusive.

Ainsi il est suggéré (mais non dit) que le texte franco-portugais ne fait pas droit dans les relations entre les deux parties en ce qui concerne les eaux de la zone de pêche et de la zone économique exclusive. Mais le Tribunal dans ce cas ne pouvait pas, en application du compromis, se soustraire à l'examen de la seconde question. Où est donc la réponse à cette seconde question ?

212. L'examen des motifs est-il de quelque secours pour comprendre ce qui s'est passé ?

Au paragraphe 87 des motifs, le Tribunal énonce que de son avis *comptenu des conclusions auxquelles il est arrivé jusque-là et du libellé de l'article 2 du compromis arbitral*, la deuxième question n'appelle pas une réponse de sa part.

Mais les conclusions précédentes présentées dans les motifs indiquaient d'abord longuement par quels arguments (qui restent juridiquement non fondés aux yeux de la Guinée-Bissau) l'échange de lettres pouvait être considéré comme valable et opposable à la Guinée-Bissau et délimitait la mer territoriale, la zone contiguë et le plateau continental (paragraphe 80). Elles indiquaient ensuite (paragraphe 85 des motifs)

« à la lumière de son texte et des principes de droit intertemporel applicables, le Tribunal estime que l'accord de 1960 *ne délimite*

pas les espaces maritimes qui n'existaient pas à cette date, qu'on les appelle zone économique exclusive, zone de pêche ou autrement».
(Souligné par l'exposant.)

Le Tribunal ici ne laisse subsister *aucune* ambiguïté, car il se refuse aussi à suivre le Sénégal dans quelque argumentation que ce soit qui permettrait l'alignement de la délimitation de la zone économique sur l'azimut 240° (paragraphe 81, 82 et 83 et 84 de la « sentence »).

Ces éléments puisés dans les motifs complètent la restriction amorcée dans le dispositif.

L'accord de 1960 ne fait donc *pas* droit pour ces zones.

213. Le paragraphe 87 de la « sentence » vise avec les conclusions que l'on vient de rappeler, le libellé de l'article 2 du compromis arbitral. Ce libellé ouvre la nécessité de délimitation en cas de réponse négative à la première question.

La mise en relation des paragraphes 81 à 85 des motifs et des termes du dispositif montre que le Tribunal a reconnu devoir apporter une réponse partiellement négative à la première question.

La mer territoriale, la zone contiguë et le plateau continental ont été délimités selon une ligne d'azimut 240° définie dans l'échange de lettres franco-portugais que le Tribunal considère comme valable et opposable. Tout autre espace marin sous juridiction nationale dont la catégorie n'existait pas en 1960, n'est pas délimité par une ligne d'azimut 240°.

Cette certitude négative provient de la non-extension de l'accord de 1960 à ces zones.

214. Or, entre les paragraphes des motifs sur lesquels on vient de s'appuyer pour tenter d'éclairer le dispositif et le dispositif lui-même, se trouve un paragraphe 87 des motifs qui (lui-même non motivé) annonce une chute du raisonnement radicalement contradictoire avec celle attendue. Invoquant une mise en relation entre les conclusions précédentes (ses propres motifs) et les prescriptions du compromis, le Tribunal conclut que

« la deuxième question n'appelle pas une réponse de sa part. »

Précisément la deuxième question appelait une réponse.

Un refus abrupt est introduit ici qui n'est pas motivé.

Les causes d'invalidité de la « sentence »

215. Ces incohérences, ambiguïtés, contradictions de la « sentence » débouchent sur la radicale nullité qui la frappe (à supposer qu'on lui prêtât une existence qu'elle ne saurait avoir puisqu'il n'est resté qu'un seul arbitre pour soutenir la « sentence » proprement dite);

Cette nullité absolue procède de deux chefs: l'excès de pouvoir et le défaut de motivation, l'excès de pouvoir lui-même reposant sur deux causes.

216. *La première cause d'excès de pouvoir réside dans la réponse refusée à la 2^e question posée à l'article 2 du compromis.*

La première question : l'accord de 1960 fait-il droit ? n'était pas autonome. Elle était liée logiquement à la seconde : en cas de réponse négative à la première, quel est le tracé de la ligne délimitant les territoires maritimes ? La restriction introduite par les mots *les seules zones* dans la réponse donnée par le dispositif à la première question, jointe aux explications du paragraphe 85 des motifs

« le Tribunal estime que l'accord de 1960 ne délimite pas les espaces maritimes qui n'existaient pas à cette date », ne pouvaient déboucher que sur la constatation d'une réponse partiellement négative à la première question, donc sur la nécessité de répondre à la seconde.

C'est là exactement ce que soutient le président dans sa déclaration. Il voyait ainsi le moyen de « trancher le différend de manière complète ».

217. Le Tribunal (donc le seul arbitre André Gros) a refusé toute réponse à la seconde question.

Aucune motivation acceptable n'a été donnée de ce refus.

L'analyse des incohérences et contradictions a montré comment le paragraphe 87 était en vérité une *contre-motivation* : les prémisses énoncées du raisonnement (conclusions ci-dessus + article 2 du compromis) conduisaient à une conclusion (il est nécessaire de répondre à la 2^e question) notoirement en contradiction avec celle avancée (la 2^e question n'appelle pas de réponse de la part du Tribunal).

218. Le Tribunal (réduit à l'unité) a ainsi délibérément violé le compromis. Là où sa compétence était précisément indiquée, il en a fixé les bornes à sa guise et autrement. Il est en réalité revenu (sans mandat pour le faire) à l'unique question posée dans le contre-projet sénégalais de compromis.

La décision produite fixe les délimitations partielles de la mer territoriale, de la zone contiguë et du plateau continental et non « la ligne délimitant les territoires maritimes » (article 2 - paragraphe 2 du compromis).

Or la question de la délimitation de la mer territoriale, de la zone contiguë et du plateau continental n'était pas comme telle une question soumise au Tribunal. Elle forme une question différente de celles auxquelles il était tenu de répondre.

Elle n'a en soi aucune base dans le compromis. Le Tribunal n'était pas habilité à la traiter.

Il n'avait de pouvoir que pour en traiter une autre : celle de la délimitation complète pour laquelle il devait en question préalable se prononcer sur les effets de l'échange de lettres franco-portugais de 1960. Ainsi en avaient voulu les deux Etats. La Guinée-Bissau n'avait accepté l'engagement arbitral qu'à ces conditions.

Aussi le dispositif qui ne traite que d'une seule question celle de certaines zones, se trouve-t-il *dans son entier extra compromissum* et frappé de nullité absolue.

219. La nécessité de la ligne unique avait été imposée sans ambiguïté dans le compromis, comme on l'a démontré au chapitre III du présent Mémoire et cela correspond d'ailleurs à l'évolution actuelle du droit de la mer qui fait du plateau continental et de la zone économique exclusive, deux institutions distinctes, mais qui dans ses tendances récentes

fait coïncider le plus souvent les délimitations de ces deux catégories d'espaces.

Le Tribunal ne s'aventure nulle part à dire expressément qu'il y aurait plusieurs lignes.

Au paragraphe 87 lorsqu'il annonce ne pas joindre de carte à sa décision (ce qui n'est nullement motivé) il parle même de *la* ligne frontière, reprenant ainsi le singulier sans que l'on sache vraiment s'il fait sienne cette expression, ou ne fait que reprendre les termes de l'article 9 du compromis.

« Au surplus, le Tribunal n'a pas jugé utile, étant donné sa décision, de joindre une carte comprenant le tracé de la ligne frontière. »

Le Tribunal a cependant failli à la délimitation complète qui par une démarche achevée pouvait et devait produire *une* ligne.

Il y a là une autre cause d'excès de pouvoir pour une autre violation des dispositions du compromis : celles impératives relatives à une ligne unique.

220. De surcroît la non-réponse à la seconde question et la non-délimitation complète pourtant demandée, outre qu'elles sont en rupture avec les termes du compromis, constituent un *non liquet* contraire aux principes du judiciaire. Le Tribunal a développé un *attitude négative* (totale ou partielle).

Tout tribunal doit avoir une attitude positive. Cela consiste à répondre par l'affirmative ou la négative à toutes les questions que lui posent les parties et qui constituent le différend. Refuser de répondre, c'est pour un Tribunal manquer à sa fonction.

221. *La seconde cause d'excès de pouvoir* tient à l'absence de carte. Il y a eu ici rupture avec les commandements du compromis (article 9 paragraphe 2) : « Cette décision *doit* comprendre le tracé de la ligne frontière sur une carte. »

Le tracé sur une carte *devait* faire partie de la décision. Le ton du compromis est ici l'impératif.

L'excès de pouvoir est si manifeste dans ce cas qu'il suffirait à lui seul à entraîner la nullité absolue de la « sentence », une nullité confinant à l'inexistence.

La « décision » (spéciale) selon laquelle la décision (générale) ne comprendrait pas de carte n'est pas motivée (paragraphe 87).

222. Elle est étrangement commentée :

« au surplus, le Tribunal *n'a pas jugé utile*, étant donné sa décision, de joindre une carte comprenant le tracé de la ligne frontière. »

A la nécessité de motiver, le Tribunal a substitué son « jugement ». Il n'a pas jugé *utile*.

Une exigence juridique posée en termes de droit ne doit pas et ne peut pas dépendre d'une question d'utilité.

Quelles que soient les réponses apportées aux questions posées, elles doivent produire une ligne que le Tribunal doit tracer sur une carte avec l'aide si besoin en est, d'experts techniques.

Les Parties ont attribué au Tribunal compétence pour le faire. Elles n'ont pas subordonné cette compétence à une condition d'utilité. Le compromis ne disposait pas :

« si le Tribunal le juge utile, il peut tracer la ligne sur une carte. »
En introduisant la condition d'utilité dont il est juge, le Tribunal a confondu l'obligation de tracer la ligne sur une carte avec l'utilité (à ses yeux) de tracer la ligne sur une carte. Il y a là une erreur grossière sur la notion d'obligation.

Il a agi comme s'il disposait d'une compétence discrétionnaire, alors qu'il se trouvait investi d'une compétence liée.

223. *Le défaut de motivation*

Ce défaut générateur de nullité en soi est apparu tout au long des analyses qui précèdent.

La « sentence » ressemble plutôt à une non-décision qu'à une véritable décision tant elle est incomplète (le président l'a souligné) et en rupture avec diverses prescriptions essentielles du compromis.

Ne sont motivées dans les éléments confus qu'elle comporte que la confirmation de l'échange de lettres franco-portugais (sur des arguments éminemment discutables mais dont il n'y a pas lieu ici de faire l'analyse), la restriction dans l'application de ce texte aux seules zones y mentionnées et l'exclusion de son champ d'application des zones maritimes qui n'existaient pas à cette époque.

224. *Aucune motivation n'est donnée à la décision de ne pas passer à la seconde question.*

Y-a-t-il eu un vote sur ce point lors du délibéré ? Compte tenu de l'opinion dissidente de M. Bedjaoui et de la déclaration du président Barberis la certitude s'impose qu'il n'y a pas eu de majorité pour soutenir cette non-réponse.

D'où vient alors la contre-motivation relevée contenue au paragraphe 87 de la « sentence » ? Les deux éléments visés (conclusions précédentes et article 2 du compromis) détruisent tout fondement à la proposition énoncée :

« la deuxième question de l'avis du Tribunal, n'appelle pas une réponse de sa part. »

225. *Aucune motivation n'est donnée nulle part à la non-production d'une ligne unique telle qu'elle a été décrite précédemment.*

226. *Aucune motivation n'est donnée au refus de produire un tracé de la ligne sur une carte, aucune motivation juridique car l'utilité n'est pas un argument juridique.*

3. Prolongements et conclusions

227. L'arbitrage international est une procédure de règlement des différends dont le succès et l'efficacité tiennent au fait qu'elle est dans une étroite dépendance de la volonté des Parties tout en étant soumise à l'encadrement de quelques principes généraux universellement reconnus. L'échec de l'arbitrage entre la République de Guinée-Bissau et la République du Sénégal pour le règlement du différend concernant leur délimitation maritime tient non seulement au fait que la « sentence » contenait

de multiples et grossières violations de l'engagement d'arbitrage, expression de la volonté commune des Parties, mais encore que le Tribunal a agi en manquement avec les principes généraux de l'arbitrage international.

228. Ces principes commandent au Tribunal d'éviter autant qu'il lui est possible le *non-liquet* en recherchant *dans le compromis* les fondements d'une compétence applicable eu égard aux faits de la cause.

Si le compromis paraît obscur quant à la compétence exacte qu'il confère au Tribunal, celui-ci a le devoir d'en tenter l'interprétation selon les règles bien fixées de l'interprétation de tout accord, à savoir en fonction de l'objet et du but du traité.

Le présent Mémoire a été l'occasion d'exposer (chapitre III) comment, ainsi éclairé par son but (obtenir une délimitation totale par une ligne unique) sur lequel il n'y eut jamais aucune incertitude, le compromis contenait des prescriptions qui n'entravaient pas l'action du Tribunal, mais lui indiquaient les bornes à l'intérieur desquelles devaient se déployer sa capacité de décision.

229. A supposer (ce qui n'est pas) que le Tribunal eût rencontré sur ce point une difficulté particulière, deux voies s'ouvriraient à lui qu'il n'a empruntées ni l'une ni l'autre :

— demander aux Parties de changer et de préciser éventuellement les questions posées par elles. Cela n'a pas été envisagée ;

— prononcer un *non-liquet*, mais en le *motivant*, c'est-à-dire en décrivant l'éventuelle impossibilité de statuer rencontrée. Il n'y a rien de tel dans les motifs de la « sentence ».

230. Les Parties se trouvent maintenant confrontées *ensemble* (malgré le refus du gouvernement du Sénégal d'en convenir) à une « sentence » radicalement *inapplicable* par l'accumulation de lacunes et de contradictions qu'elle comporte.

Cela aussi est en contradiction avec les principes généraux de l'arbitrage et de la juridiction internationales.

Ils imposent que l'arbitre ou le juge auquel les Parties ont confié l'issue de leur différend en agissent avec clarté. La « sentence » doit être limpide et son exécution praticable.

Le texte du 31 juillet 1989 est totalement dépourvu de ces caractères.

231. La « sentence » ne peut même pas être considérée simplement comme une sentence partielle, inachevée, qu'il ne resterait plus qu'à compléter.

Cela est impossible et par la nature des questions posées et par le contenu des motifs exposés et des éléments de décision fournis.

Le Tribunal a confirmé la délimitation d'une partie des espaces (la mer territoriale, la zone contiguë, le plateau continental).

Cette délimitation ne s'étend pas aux autres espaces sous juridiction nationale. Il est ainsi reconnu qu'il faut procéder à leur délimitation *ex novo*. Il est admis aussi qu'aucun argument ne permet d'en aligner la délimitation sur celle de 1960. Le caractère manifestement inéquitable de celle-ci au regard des exigences contemporaines du droit de la mer n'a pas manqué sans doute de frapper le Tribunal. Tout s'arrête ici. Mais l'inachèvement est destructeur du peu qui avait été établi, car les questions formaient un tout indivisible.

Le délibéré garde son secret. Compte tenu de ce que deux des arbitres ont exprimé par leur opinion dissidente et leur déclaration, il est possible en logique de reconstruire une explication.

C'est parce qu'il n'y a pas eu d'accord suffisant entre les arbitres pour constituer une majorité sur une décision complète (élément fondant l'inexistence de la « sentence »), qu'il n'y a eu dans le prononcé que des éléments fragmentaires, invalides et non motivés (fondant la nullité).

Ceci explique alors cela.

CONCLUSIONS

Le gouvernement de la Guinée-Bissau par les motifs ci-dessus exposés, et par tous les autres les complétant ou amendant qu'elle se réserve de produire et développer durant la suite de la procédure écrite et orale, prie respectueusement la Cour de dire et juger :

— que la prétendue « sentence » du 31 juillet 1989 est frappée d'inexistence par le fait que, des deux arbitres ayant constitué en apparence une majorité en faveur du texte de la « sentence », l'un a, par une déclaration annexe, exprimé une opinion en contradiction avec celle apparemment votée ;

— subsidiairement, que cette prétendue décision est frappée de nullité absolue, le Tribunal ayant négligé de répondre à la seconde question posée par le compromis d'arbitrage, alors que sa réponse à la première question ouvrait la nécessité d'une réponse à la seconde, ne s'étant pas conformé aux dispositions du compromis arbitral par lesquelles il était demandé au Tribunal de décider sur la délimitation de l'ensemble des espaces maritimes, de le faire par une ligne unique et d'en porter le tracé sur une carte et n'ayant pas motivé les restrictions ainsi abusivement apportées à sa compétence ;

— que c'est donc à tort que le gouvernement du Sénégal prétend imposer à celui de la Guinée-Bissau l'application de la prétendue sentence du 31 juillet 1989.

Le 2 Mai 1990.

L'agent du gouvernement
de la Guinée-Bissau
F. Cabral de Almada,
Ministre d'Etat.