

## SEPARATE OPINION OF JUDGE LACHS

I would like to stress at the outset that, despite the Court's dismissal of the Applicant's submissions, there can be no suggestion that Guinea-Bissau committed an abuse of procedure in challenging the 1989 Award before this Court. It is the inherent right of any party to proceedings, let alone a government with a nation's permanent interests to defend, to seek to have the result declared a nullity if it is convinced that the decision taken is basically flawed. This is so even in respect of decisions characterized as final, inasmuch as a decision so vitiated can be viewed as stillborn, a mere semblance of a decision or, to use the term employed by the present Applicant, as inexistent. In any case Guinea-Bissau stressed, and Senegal concurred, that the present proceedings had not been instituted by way of appeal.

The Court, in order to avoid any suggestion of acting like a court of appeal, has limited itself to establishing whether there was any basis for Guinea-Bissau's submissions, by taking the Applicant's specific criticisms quite separately, one by one.

Yet an application asserting that a judgment or award is "inexistent" or "absolutely null and void" implies a claim that all the efforts of the court or tribunal in question to administer justice and resolve a dispute have come to nothing. Such a claim can only be directed at some alleged flaw or flaws of a vital character, since it is no mere challenge to a decision, but amounts to a repudiation of the entire process traversed by the tribunal in its deliberations. As such, it calls for exceptional scrutiny.

In this regard, the Court's exercise of its competence to deal with the specific submissions did not, in my view, prevent it from proceeding to closer analysis, without in any way encroaching upon the substance of the issues which it had been for the Arbitration Tribunal alone to decide. A complaint of nullity does not in itself debar the court dealing with it from lifting the veil on matters of competence and substance, provided they are germane to the issue of validity, since the handling of such matters, as distinct from procedural issues of a purely formal nature, may in fact lie at the heart of the complaint. The Court was not precluded from making comments in keeping with its position as a guardian of the standards of judicial decision-making, and thus performing a signal service to the sister institution of arbitration.

Among the elements subjected to analysis is a document which the Court found could not be ignored, namely the declaration of the President

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LACHS

*[Traduction]*

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

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

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

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

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

of the Arbitration Tribunal. However correct it may be to conclude that this declaration did not undo the vote by which President Barberis enabled a majority to be created for the operative clause, it certainly expresses an approach to the competence of the Tribunal which is at variance with that enshrined in the Award itself. This approach is couched in cautious terms of what the Tribunal "could" rather than "should" have done, but the sole motive behind the negative corollary attached to the Award's operative provision in the President's reformulation was clearly to convey his opinion that the Tribunal's competence had been broader than the Award allowed. This is particularly clear from the second half of the declaration. One can only note that the Award does not disclose whether any vote was taken on the important issues covered in paragraph 87 of the Award.

Now the Court could enter into the scope of the Tribunal's competence to the extent required to determine whether the Tribunal's own interpretation of it, as disclosed by the Award, was not manifestly untenable. For that purpose it had to rely on the wording of the Special Agreement and of paragraph 87 of the Award, there lying the focus of the matter. But, analytically speaking, there is no doubt that, far from being manifestly untenable, what the Tribunal said contains nothing to sustain an assertion of invalidity, even supposing that failure to exhaust jurisdiction would be sufficient to justify a finding in that sense.

The declaration of President Barberis therefore casts doubt on whether paragraph 87 really is "the opinion of the Tribunal". Had that paragraph *in fact*, rather than just formally, belonged exclusively to the reasoning of the Award, this would not have been a crucial matter: as instanced by the very opinions appended to the present Judgment, there is no necessity for the member of a tribunal to agree with every part of the reasoning before he can vote in favour of the decision. But paragraph 87 undeniably contains not merely reasoning but two decisions, including one of major importance. Hence it is an understatement for the Court merely to have pointed out that the structure of the Award was "open to criticism".

By appending his declaration, Mr. Barberis ensured that he would appear to the reader in two distinct personalities: the arbitrator who voted for the decision as it stood, and the arbitrator who would have preferred, not an entirely different decision, but the inclusion of a further decision or decisions on matters concerning which the Award had remained silent. Mr. Barberis was consequently faced with a serious dilemma, and one can sincerely sympathize with him in that respect; but as a distinguished jurist he must have realized the difficulties in store for him, and the risk of his being, as a judge, in no position to justify himself if criticized. As was wisely said some eighty years ago:

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

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

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

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

“The mouth of the judge is sealed; he is not permitted to deny or refute the allegations made against him, whatever may be their falsity or whatever his reputation as a just and impartial judge . . . !” (*State of Delaware v. Glasgow*, US District Court, 1912.)

(How incomparably more serious was the situation of a judge once blamed — by some alleged authorities — not for what he had done, or even for what he could not have done, but simply for the policy of the then government of his country! Faced with such an attack, a judge may be helpless.)

Nevertheless, despite the unusual relationship between the Award and the presidential declaration, the fact remains that the latter is simply an appendix added after the Award had come into being with the casting of votes. It cannot be regarded as controlling or modifying the sense of the Award. It is reasonable to assume that judicial declarations or opinions may shed some light on aspects of the cases considered. They may sometimes help in the interpretation of the decisions to which they are attached. However, while the appended text may prompt a doubt and even a challenge, it cannot undo the decision itself.

The arguments of Guinea-Bissau disclose, however, a more general dissatisfaction with the treatment given by the Tribunal to the dispute between the Parties, and it is indeed difficult to avoid the impression that the result was not commensurate with the time spent in arriving at it. The expectations of Guinea-Bissau were clearly aroused by the presentation of the Tribunal as one concerned to deal with “the determination of the maritime boundary”, a comprehensive expression encompassing, it might be thought, the whole scope of the dispute which had been the object of negotiations between the two States for a considerable number of years. Those negotiations having failed, they proceeded to draw up the Arbitration Agreement. But it was in the drafting of this treaty that diplomacy appears to have nodded, by conferring upon the tribunal to be formed a competence which, in certain conditions, might not be found adequate to the object and purpose of settling the whole dispute. Hence I agree with the present Judgment in finding that the germ of the problem lay less in the Award itself than in the Arbitration Agreement under which it was given.

However, the way the reply was framed is open to serious objections. The Court finds that the reasoning of the Award was “brief, and could doubtless have been developed further”. I would add, that while brevity is a virtue, excessive brevity may suggest lack of adequate consideration, hence the imperative need to explain the decision: it is not a flood of words which is called for but convincing reasoning and adequate explanations. A clear exposition of the grounds of the decision constitutes an indispensable part of any judgment or award. As has been pointed out, once submitted to a court or to arbitration a dispute becomes a “persua-

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

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

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

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

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

sive conflict”, hence requires a “*persuasive decision*”. Not necessarily one which will persuade everybody, but one sufficiently plausible.

Moreover, there is one other point to which I wish to address myself, namely the Applicant’s claim that Article 9, paragraph 2, of the Arbitration Agreement imposed upon the Tribunal an obligation in any circumstances to “include the drawing of a boundary line on a map”.

The Tribunal was not, in my opinion, relieved of this obligation by its decision not to reply to the second question put to it. The language of the Agreement is clear and imperative: the implementation of Article 9, paragraph 1, is not conditioned nor is it irrational. If the possibility of limiting the reply to one question only was envisaged, it is difficult to conclude that this released the Tribunal from the obligation enshrined in the Article. Admittedly, from a common-sense point of view, it is arguable that, as “a loxodromic line”, the boundary was clear and required no graphic illustration. I can therefore agree with the Judgment that the absence of a chart did not constitute “such an irregularity as would render the Award invalid”. Yet it was not proper to belittle the obligation as the Tribunal did. Elementary courtesy required that the matter be dealt with in a different way.

Arbitration as a secure means of settling with finality difficult disputes has from time immemorial enjoyed great prestige in the setting of municipal law. Long before the existence of any permanent international judiciary, arbitration between States had likewise become one of the most highly respected, valued and effective means for the peaceful settlement of international disputes. A heavy responsibility rests upon arbitral tribunals to contribute towards the maintenance of this status and assist the institution to develop more effectively in a world where the changing relationship of States and the ever-increasing areas of contact between their interests are bound to create new problems. Thus one cannot but regret that the Tribunal did not succeed in producing a decision with the cogency to command respect.

(Signed) Manfred LACHS.

---

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

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

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

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