

DISSENTING OPINION OF JUDGE BENNOUNA

[Original English Text]

Optional clause declaration — Reservation for disputes subject to another method of settlement — Interpretation of paragraph 6 of the MOU — Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties — Reversal of order of the general rule of interpretation — Ordinary meaning of the terms as starting point — Erroneous analogy with Article 83 of UNCLOS — Existence of a procedure for the settlement of the maritime dispute in paragraph 6.

To my regret, I had to vote against the decision of the Court finding that it has jurisdiction over Somalia's request.

In its Application of 28 August 2014, Somalia founded the Court's jurisdiction on the optional clause declarations made by the Parties, on 11 April 1963 (Somalia) and 19 April 1965 (Kenya), pursuant to Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court. In its first preliminary objection, raised on 7 October 2015, Kenya contended that one of the reservations to its declaration recognizing the Court's jurisdiction should apply in the present case; that reservation excludes from the Court's jurisdiction "[d]isputes in regard to which the parties to the dispute have agreed or shall agree to have recourse to some other method or methods of settlement". In Kenya's view, the Memorandum of Understanding (MOU) that it concluded with Somalia on 7 April 2009 provides for a method of settlement which falls squarely within the scope of that reservation. Somalia's Application thus relates to a dispute in respect of which Kenya has not accepted the Court's jurisdiction. There is nothing unusual about the reservation made by Kenya, since it appears in over 40 optional clause declarations recognizing the jurisdiction of the Court.

The Parties disagree on the meaning of the MOU and, in particular, as to whether or not, in stipulating another method of settlement for maritime delimitation, it falls within the scope of Kenya's reservation to its declaration recognizing the Court's jurisdiction. In this regard, it must be borne in mind that in the Application instituting proceedings, dated 28 August 2014, Somalia asked the Court "to determine, on the basis of international law, the complete course of the single maritime boundary dividing all the maritime areas appertaining to Somalia and to Kenya in the Indian Ocean, including in the continental shelf beyond 200 nautical miles". This is how Somalia defines its dispute with Kenya which it has submitted to the Court, but, as we know, it is for the Court to determine objectively the content and scope of such a dispute, in accordance with the established jurisprudence.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE BENNOUNA

[Texte original en français]

Déclaration facultative — Réserve pour les différends soumis à un autre mode de règlement — Interprétation du paragraphe 6 du mémorandum — Article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités — Inversion de l'ordre prévu par la règle générale d'interprétation — Sens ordinaire des termes comme point de départ — Analogie erronée avec l'article 83 de la CNUDM — Existence d'une procédure de règlement du différend maritime au paragraphe 6.

A mon regret, j'ai dû voter contre la décision de la Cour d'avoir compétence pour connaître de la requête de la Somalie.

La Somalie, dans sa requête du 28 août 2014, avait fondé la compétence de la Cour sur les déclarations facultatives, faites par les deux Parties, le 11 avril 1963 (pour la Somalie) et le 19 avril 1965 (pour le Kenya), en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour. Dans la première exception préliminaire qu'il a soulevée le 7 octobre 2015, le Kenya a considéré que l'une des réserves dont il a assorti sa déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour devrait s'appliquer dans le cas d'espèce; cette réserve exclut la compétence de la Cour en ce qui concerne «[l]es différends au sujet desquels les Parties en cause auraient convenu ou conviendraient d'avoir recours à un autre mode ou à d'autres modes de règlement». Pour le Kenya, le mémorandum d'accord du 7 avril 2009, qu'il a conclu avec la Somalie, prévoit un mode de règlement qui entre manifestement dans les prévisions de la réserve. Dès lors, la requête de la Somalie se rapporte à un différend à l'égard duquel le Kenya n'a pas accepté la compétence de la Cour. La réserve du Kenya n'a rien d'original puisqu'elle figure dans plus d'une quarantaine de déclarations facultatives d'acceptation de la juridiction de la Cour.

Les deux Parties se sont opposées sur la signification du mémorandum et, notamment, sur le point de savoir s'il entre ou non dans les prévisions de la réserve du Kenya à sa déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour, en édictant un autre mode de règlement en matière de délimitation maritime. Il faut avoir à l'esprit, à ce propos, que dans la requête introductive d'instance, en date du 28 août 2014, la Somalie a demandé à la Cour de «déterminer, sur la base du droit international, l'intégralité du tracé de la frontière maritime unique départageant l'ensemble des espaces maritimes relevant de la Somalie et du Kenya dans l'océan Indien, y compris sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins». C'est ainsi que la Somalie définit son différend avec le Kenya dont elle a saisi la Cour, mais nous savons qu'il appartient à celle-ci, suivant une jurisprudence constante, de définir objectivement le contenu et la portée d'un tel différend.

Having determined the legal status of the MOU as a “treaty that entered into force upon signature and is binding on the Parties”, the Court proceeds to interpret it in order to make a finding on its own jurisdiction in this case. Kenya considers that the MOU defines the dispute as one concerning delimitation, since it states (in the second paragraph) that “[t]his unresolved delimitation issue between the two coastal States is to be considered as a ‘maritime dispute’. The claims of the two coastal States cover an overlapping area of the continental shelf which constitutes the ‘area under dispute’.” Kenya adds that paragraph 6 of the MOU provides for a dispute settlement procedure which excludes the Court’s jurisdiction.

Somalia denies that paragraph 6 provides for another method of settlement for a delimitation dispute between the Parties and claims that this paragraph merely recalls the Parties’ obligation to negotiate to reach an agreement in accordance with Articles 74 and 83 of UNCLOS.

Faced with this dispute over the interpretation of the MOU as an international treaty, the Court should have had recourse to the general rule of interpretation in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which has customary status: “[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”.

Thereafter, it should have focused on the interpretation of paragraphs 2 (definition of the dispute) and 6 (method of settlement for a delimitation dispute), which have given rise to the difference of views between the Parties. The Court takes a different approach, however, without really explaining why. While recognizing that the sixth paragraph of the MOU is at the heart of the first preliminary objection currently under consideration, it immediately adds:

“It is, however, difficult to understand that paragraph without a prior analysis of the text of the MOU as a whole, which provides the context in which any particular paragraph should be interpreted and gives insight into the object and purpose of the MOU. The Court will therefore proceed first of all to such an analysis. It will then turn to an examination of the sixth paragraph.” (Judgment, para. 65.)

This approach, which is highly unusual, ultimately amounts to inverting the order set out in Article 31 of the Vienna Convention and even the scope of the general rule of interpretation enshrined therein. For it is a question of ascertaining “the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context”, and thus beginning with the terms whose meaning poses difficulties and then, where necessary, placing those terms in their context. The Court decided from the outset that the sixth paragraph was, in itself, difficult to understand, without even taking the trouble to explain the reasons why this text was supposedly unclear, ambiguous, unreasonable or incompatible with other rules of international law (*ibid.*). While it is true that the general rule of interpretation

La Cour, ayant tranché la nature juridique du mémorandum, en tant que « traité qui est entré en vigueur à sa signature et lie les Parties », s'est attachée à l'interpréter afin de se prononcer sur sa propre compétence en l'espèce. Le Kenya estime que le mémorandum définit le différend en matière de délimitation lorsqu'il dispose (deuxième paragraphe) que « [c]ette question non encore résolue de la délimitation entre les deux Etats côtiers doit être considérée comme un « différend maritime ». Les revendications des deux Etats côtiers couvrent une zone de chevauchement du plateau continental qui constitue « la zone en litige ». Le Kenya ajoute que le paragraphe 6 du mémorandum prévoit une procédure de règlement du différend qui écarte la compétence de la Cour.

La Somalie nie que le paragraphe 6 prévoit un autre mode de règlement du différend entre les Parties en matière de délimitation et qu'il ne fait que rappeler l'obligation des Parties de négocier pour parvenir à un accord conformément aux articles 74 et 83 de la CNUDM.

En présence de ce différend en matière d'interprétation du mémorandum, en tant que traité international, la Cour se devait de recourir à la règle générale en matière d'interprétation, contenue à l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui a valeur coutumière : « [u]n 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 ».

A partir de là, il aurait fallu se concentrer sur l'interprétation des paragraphes 2 (définition du différend) et 6 (mode de règlement du différend en matière de délimitation) qui ont donné lieu à des divergences de vues entre les Parties. Or, la Cour va procéder autrement sans s'en expliquer vraiment. Tout en reconnaissant que le sixième paragraphe du mémorandum d'accord est au cœur de la première exception préliminaire actuellement à l'examen, elle ajoute aussitôt :

« Il est, toutefois, difficile de comprendre ce paragraphe sans une analyse préalable du texte du mémorandum pris dans son ensemble, qui constitue le contexte dans lequel les différents paragraphes de cet instrument doivent être interprétés, et renseigne sur l'objet et le but de celui-ci. Aussi la Cour commencera-t-elle par cette analyse. Elle examinera ensuite le sixième paragraphe. » (Arrêt, par. 65.)

Cette façon de procéder, tout à fait inhabituelle, revient finalement à inverser l'ordre prévu par l'article 31 de la convention de Vienne et même la portée de la règle générale d'interprétation qu'il prévoit. Car il s'agit de rechercher « le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte » et, par conséquent, commencer par les termes dont le sens soulève des difficultés et les placer, s'il y a lieu, ensuite, dans leur contexte. La Cour a décidé d'emblée que le sixième paragraphe était, en lui-même, difficile à comprendre, sans même prendre la peine d'expliquer les raisons pour lesquelles ce texte serait obscur, ambigu, déraisonnable ou incompatible avec d'autres règles du droit international (*ibid.*). S'il est vrai que la règle générale d'interprétation comporte des éléments reliés entre eux, la

contains interrelated elements, the Court has consistently held that the ordinary meaning of the text should be the starting point (see, for example, *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1994*, pp. 21-22, para. 41: “Interpretation must be based above all upon the text of the treaty.”).

This inverted reasoning leads the Court to find that the purpose of the MOU as a whole is to enable the CLCS to consider the submissions made by Somalia and Kenya regarding the outer limit of their continental shelf (Judgment, para. 75). And it is based on this assessment of the MOU alone that the Court examines the sixth paragraph, which was a source of disagreement between the Parties throughout the proceedings on jurisdiction:

“The delimitation of maritime boundaries in the areas under dispute, including the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles, shall be agreed between the two coastal States on the basis of international law after the Commission has concluded its examination of the separate submissions made by each of the two coastal States and made its recommendations to two coastal States concerning the establishment of the outer limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles.”

According to the ordinary meaning of this paragraph, the Parties have resolved to delimit their continental shelf definitively by means of an agreement, once the CLCS had made its recommendations, on the outer limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles.

Thus, paragraph 6 of the MOU provides for a procedure for the settlement of the dispute between the Parties by negotiation and by agreement once the CLCS has made its recommendations.

However, in order to conclude that paragraph 6 does not contain such a procedure, which is capable of triggering Kenya’s reservation, the Court will consider that there is no such dispute settlement procedure, on the one hand, and that it does not involve any time constraints, on the other hand.

Applying a reasoning by analogy, the Court finds a “similarity” between paragraph 6 of the MOU and Article 83, paragraph 1, of UNCLOS, according to which “[t]he delimitation of the continental shelf between States with opposite or adjacent coasts shall be effected by agreement on the basis of international law, as referred to in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, in order to achieve an equitable solution”.

For the Court, “it is a provision on the establishment of a maritime boundary between States . . . in respect of the continental shelf, which does not prescribe the method for the settlement of any dispute relating to the delimitation of the continental shelf” (Judgment, para. 90). In my view, it is a matter of disregarding the fact that negotiation is the first dispute settlement procedure provided for in Article 33 of the Charter of the United Nations. On the other hand, the commencement of negotia-

Cour, dans sa jurisprudence constante, a toujours considéré que le sens ordinaire du texte devait être le point de départ (voir, par exemple, *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 21-22, par. 41 : «L'interprétation doit être fondée avant tout sur le texte du traité lui-même.»).

L'inversion dans le raisonnement amène la Cour à considérer que le mémorandum dans son ensemble est destiné à permettre à la Commission des limites d'examiner les demandes de la Somalie et du Kenya concernant la limite extérieure de leur plateau continental (arrêt, par. 75). Et ce n'est qu'à partir de cette appréciation du mémorandum que la Cour va se pencher sur le sixième paragraphe au sujet duquel les Parties se sont opposées tout au long de la procédure relative à la compétence :

«La délimitation des frontières maritimes dans les zones en litige, y compris la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins, fera l'objet d'un accord entre les deux Etats côtiers sur la base du droit international après que la Commission aura achevé l'examen des communications séparées effectuées par chacun des deux Etats côtiers et formulé ses recommandations aux deux Etats côtiers concernant l'établissement des limites extérieures du plateau continental au-delà de 200 milles marins.»

Selon le sens ordinaire de ce paragraphe, les deux Parties se sont engagées à délimiter définitivement par accord leur plateau continental, une fois connues les recommandations de la Commission sur les limites extérieures de celui-ci au-delà de 200 milles marins.

Le paragraphe 6 du mémorandum comporte ainsi une procédure de règlement du différend entre les deux Parties par voie de négociation et par accord, une fois que la Commission aura rendu ses recommandations.

Cependant, afin de conclure que ce paragraphe 6 ne contient pas une telle procédure, susceptible d'entrer dans les prévisions de la réserve du Kenya, la Cour va considérer, d'une part, qu'il ne s'agit pas d'une procédure de règlement des différends et, d'autre part, qu'elle ne comporte pas de contraintes temporelles.

Appliquant un raisonnement par analogie, la Cour trouve une «similarité» entre le paragraphe 6 du mémorandum et le paragraphe 1 de l'article 83 de la CNUDM, selon lequel «[l]a délimitation du plateau continental entre Etats dont les côtes se font face est effectuée par voie d'accord conformément au droit international tel qu'il est visé à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, afin d'aboutir à une solution équitable».

Pour la Cour, «[c]'est une disposition qui concerne l'établissement sur le plateau continental de la frontière maritime entre des Etats... Elle ne prescrit pas de mode de règlement applicable aux différends relatifs à la délimitation dudit plateau.» (Arrêt, par. 90.) A mon avis, c'est faire peu de cas du fait que la négociation est la première procédure de règlement des différends prévue à l'article 33 de la Charte des Nations Unies. D'autre part, l'entrée en négociations au titre du paragraphe 1 de l'article 83 de la

tions under Article 83, paragraph 1, of UNCLOS concerns not only the establishment of the maritime boundary, as the Court indicates, but also the settlement of the dispute relating to the latter and which would arise from the opposing views of the parties. Finally, the Court disregards Article 83, paragraph 2, of UNCLOS, which states that “[i]f no agreement can be reached within a reasonable period of time, the States concerned shall resort to the procedures provided in Part XV”. We are indeed in the realm of negotiation as a dispute settlement procedure that must be conducted in good faith and within a reasonable time before resorting to more complex procedures and which involve third parties.

Moreover, the reasoning by analogy may lead to erroneous conclusions if it is applied in respect of provisions which are not comparable, as is the case with paragraph 6 of the MOU and Article 83, paragraph 1, of UNCLOS. In fact, paragraph 6 provides for a time constraint which gives priority to the delineation of the continental shelf by the CLCS over its delimitation by the Parties.

It is not sufficient to assert, as the Court does, that “Kenya did not consider itself bound to wait for those [CLCS’s] recommendations before engaging in negotiations on maritime delimitation, or even reaching agreements thereon” (Judgment, para. 92). Indeed, if the two rounds of negotiations between the Parties held in 2014, at a time when Somalia was denying the validity of the MOU, had succeeded, the question of the submission to the Court would no longer have arisen, nor would it have required the Court’s assessment of the scope of Kenya’s reservation.

Therefore, the Court cannot avoid interpreting paragraph 6 of the MOU in relation to Kenya’s reservation. And that paragraph clearly and unambiguously states that the Parties have agreed to find common ground once the CLCS has made its recommendations. This reading of what is a clear text is neither absurd nor unreasonable given the purpose of the MOU, which gives priority to the work of the CLCS, the Parties setting aside any objections they may have. Other countries, in international practice, have agreed to do the same¹. In the present case, the Court should give effect to the commitments made by the Parties, as confirmed by its jurisprudence:

“When the Court can give effect to a provision of a treaty by giving to the words used in it their natural and ordinary meaning, it may not interpret the words by seeking to give them some other meaning.”
(*Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 8.)

¹ See, for example, in 2006, the Agreed Minutes between the Faroe Islands, Iceland and Norway; in 2010, the Agreement between Norway and Russia, and, in 2013, the Agreed Minutes between Denmark (Greenland) and Iceland.

CNUDM ne concerne pas que l'établissement de la frontière maritime, comme le prétend la Cour, mais elle porte également sur le règlement du différend relatif à celle-ci et qui découlerait des positions opposées des parties. Enfin, la Cour passe sous silence le paragraphe 2 de l'article 83 de la CNUDM selon lequel, «[s]'ils ne parviennent pas à un accord dans un délai raisonnable, les Etats concernés ont recours aux procédures prévues à la partie XV». Nous sommes bien là dans l'esprit de la négociation, en tant que procédure de règlement d'un différend, qui doit être conduite de bonne foi et dans un délai raisonnable, avant de recourir à des procédures plus complexes et qui font intervenir des tiers.

Par ailleurs, le raisonnement par analogie peut conduire à des conclusions erronées s'il est appliqué à des dispositions qui ne sont pas comparables, ce qui est le cas en ce qui concerne le paragraphe 6 du mémorandum et le paragraphe 1 de l'article 83 de la CNUDM. En effet, le paragraphe 6 prévoit une contrainte temporelle qui donne la priorité à la délimitation du plateau continental par la Commission sur sa délimitation par les deux Parties.

Il ne suffit pas d'affirmer, comme le fait la Cour, que «le Kenya ne s'estimait pas tenu d'attendre ces recommandations [de la Commission] pour pouvoir entamer des négociations au sujet de la délimitation maritime, ou même de conclure des accords à cet égard» (arrêt, par. 92). En effet, si les deux tours de négociations qui se sont tenus en 2014 entre les deux Parties, à un moment où la Somalie niait la validité du mémorandum, avaient abouti, la question de la saisine de la Cour ne se serait plus posée de même que l'appréciation par celle-ci de la portée de la réserve du Kenya.

Par conséquent, la Cour ne peut faire l'économie de l'interprétation du paragraphe 6 du mémorandum, en relation avec la réserve du Kenya. Et ce paragraphe dispose clairement et sans ambiguïté que les deux Parties se sont engagées à trouver un terrain d'entente, après que la Commission aura rendu ses recommandations. Cette lecture d'un texte clair n'est ni absurde ni déraisonnable compte tenu de la finalité du mémorandum qui donne la priorité au travail de la Commission, les Parties laissant de côté leurs objections éventuelles. D'autres pays, dans la pratique internationale, en ont convenu ainsi¹. En l'espèce, la Cour devrait donner effet aux engagements pris par les Parties, ainsi que cela découle de sa jurisprudence :

«Quand la Cour peut donner effet à la disposition d'un traité en donnant aux mots dont on s'est servi leur sens naturel et ordinaire, elle ne peut interpréter ces mots en cherchant à leur donner une autre signification.» (*Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 8.*)

¹ On peut citer les minutes, en 2006, entre les îles Féroé, l'Islande et la Norvège; en 2010, l'accord entre la Norvège et la Russie; et, en 2013, les minutes entre le Danemark (Groenland) et l'Islande.

It is only during a second phase, once the ordinary meaning of the treaty provision in question has been established, that the Court can set it against other elements, such as the context, object and purpose of that instrument. Moving away from the ordinary meaning is possible only if it can be established that it is incompatible with those elements (*South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 336). The Court, however, has failed to demonstrate such an incompatibility. Instead it makes a series of assumptions about what the Parties might have agreed in the MOU (Judgment, para. 95); whereas, in matters of interpretation, one should rely on the content of the text, its intrinsic aspects, and not on what it could or should have provided. Thus, according to the Court, the “sixth paragraph of the MOU can [not] be interpreted as precluding the Parties from reaching an agreement on their maritime boundary, or either of them from resorting to dispute settlement procedures regarding their maritime boundary dispute, before receipt of the CLCS’s recommendations” (*ibid.*).

However, would this prevent Kenya from invoking its reservation to the declaration recognizing the jurisdiction of the Court? That reservation refers to “some other method or methods of settlement”. Therefore, it is sufficient that the MOU establish a single method of settlement, with a time constraint in this instance, in order for the reservation to apply. In other words, the meaning of the reservation cannot be changed in the light of the MOU’s purported shortcomings as a treaty.

By means of the obligation set out in paragraph 6, the Parties have undertaken to conclude an agreement on the delimitation of the continental shelf only once the CLCS has made its recommendations in that respect. This is a temporal clause, which clearly distinguishes this method of settlement from that provided for in Article 83, paragraph 1, of UNCLOS. Paragraph 6 thus falls within the scope of Kenya’s reservation, which precludes the Court from settling the dispute submitted to it by Somalia.

At the end of its reasoning on this first preliminary objection, the Court ultimately gives a different meaning to the terms of the sixth paragraph, one which is at odds with their ordinary meaning. The Court considers that “the text of the sixth paragraph of the MOU reflects that of Article 83, paragraph 1, of UNCLOS” (*ibid.*, para. 97). And thus, as if by magic, the obligation, agreed on in this paragraph, to negotiate and conclude a maritime delimitation agreement in the area in dispute once the CLCS has made its recommendations, vanishes.

Is the Court required to refer to the *travaux préparatoires* of the MOU (*ibid.*, paras. 99-105)? I do not think so. At the outset, recourse to the *travaux* is a supplementary means of interpretation used either to confirm the meaning resulting from the application of Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties or to determine the meaning when it

Ce n'est que dans un deuxième stade, une fois établi le sens ordinaire de la disposition en question du traité, que la Cour pourra la confronter à d'autres éléments comme le contexte, l'objet et le but de cet instrument. On ne pourra écarter le sens ordinaire que si on parvient à prouver son incompatibilité avec lesdits éléments (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 336). Or, nulle part, la Cour n'a démontré une telle incompatibilité. Elle imagine, en revanche, toute une série d'hypothèses relatives à ce que les Parties auraient pu convenir dans le mémorandum (arrêt, par. 95), mais, en matière d'interprétation, il s'agit de se fonder sur le contenu du texte, ses aspects intrinsèques, et non sur ce qu'il aurait pu ou dû prévoir. C'est ainsi que, selon la Cour, «[l]e sixième paragraphe du mémorandum ne peut être interprété comme interdisant aux Parties de parvenir à un accord sur leur frontière maritime avant d'avoir reçu les recommandations de la Commission des limites, ou comme interdisant à l'une ou l'autre d'avoir recours, avant d'avoir reçu ces recommandations, à des procédures de règlement s'agissant de leur différend en matière de délimitation maritime» (*ibid.*).

Mais, est-ce que cela empêcherait le Kenya de se réclamer de sa réserve à la déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour? Celle-ci se réfère «à un autre mode ou à d'autres modes de règlement». Il suffit, par conséquent, que le mémorandum prévoit un seul mode de règlement, avec en l'occurrence une limitation temporelle, pour que la réserve s'applique. Autrement dit, on ne peut modifier le sens de la réserve, en fonction des prétendues lacunes du mémorandum en tant que traité.

Du fait de l'obligation prévue au paragraphe 6, les Parties se sont engagées à conclure un accord, en ce qui concerne la délimitation du plateau continental, après que la Commission aura rendu ses recommandations sur la délimitation de celui-ci. Il y a là une clause temporelle qui distingue clairement ce mode de règlement de celui prévu au paragraphe 1 de l'article 83 de la CNUDM. Le paragraphe 6 entre donc dans les prévisions de la réserve du Kenya, ce qui ne permet pas à la Cour de trancher le différend qui lui a été soumis par la Somalie.

La Cour en vient finalement, en conclusion de son raisonnement sur cette première exception préliminaire, à donner une autre signification aux termes du sixième paragraphe contrairement à leur sens ordinaire. Elle considère, en effet, que «le libellé du sixième paragraphe reflète celui du paragraphe 1 de l'article 83 de la CNUDM» (*ibid.*, par. 97). C'est ainsi que se volatilise, comme par un exercice de magie, l'obligation, convenue dans ce paragraphe, de négocier et de conclure un accord de délimitation des frontières maritimes dans la zone en litige, après la formulation de ses recommandations par la Commission.

La Cour est-elle tenue de se référer aux travaux préparatoires du mémorandum d'accord (*ibid.*, par. 99-105)? Je ne le pense pas. Tout d'abord le recours aux travaux est un moyen complémentaire, soit pour confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités, soit pour déterminer le sens lorsqu'il

remains ambiguous or obscure, or where the result is manifestly absurd or unreasonable. Further, in this case, there are simply no such *travaux* in the relations between the two States parties to the MOU. At most, there are elements concerning the assistance extended by the Norwegian Ambassador Longva to the Parties to conclude this agreement. It is surprising that the Court has relied on a note by Ambassador Longva, referring to the MOU, to the extent that this note makes no mention of the sixth paragraph. The Court draws a conclusion therefrom that “[i]f it [MOU] had the significance given to it by Kenya, it is to be expected that this would have been highlighted by the State whose representative had been instrumental in drafting the MOU” (Judgment, para. 104). How can one interpret the silence of a text in such a way?

In the end, one must not forget that when international courts, whose jurisdiction depends on the consent of the States concerned, do not respect that condition, they run the risk of the very issues they have failed to address at this level resurfacing when the judgment is implemented.

(Signed) Mohamed BENNOUNA.

reste ambigu ou obscur, ou dans les cas où le résultat est manifestement absurde ou déraisonnable. Ensuite, ces travaux n'existent tout simplement pas, en l'espèce, dans les relations entre les deux Etats parties au mémorandum d'accord. Il y a tout au plus des éléments concernant l'assistance que l'ambassadeur norvégien Longva a prêtée aux Parties pour conclure cet accord. Il est surprenant que la Cour se soit appuyée sur une note de l'ambassadeur Longva, évoquant le mémorandum, dans la mesure où elle ne fait nulle mention du sixième paragraphe. Elle en tire comme conséquence : «[s]i celui-ci [le mémorandum] revêtait l'importance que lui prête le Kenya, l'Etat dont le représentant avait contribué à la rédaction du mémorandum l'aurait vraisemblablement souligné» (arrêt, par. 104). Comment peut-on interpréter ainsi le silence d'un texte ?

En fin de compte, il ne faut pas oublier que, lorsque les tribunaux internationaux, dont la compétence est fondée sur le consentement des Etats concernés, ne respectent pas cette condition, ils prennent le risque que les mêmes questions, qu'ils n'ont pas confrontées à ce niveau, réapparaissent lors de la mise en œuvre du jugement.

(Signé) Mohamed BENNOUNA.
