

## DISSENTING OPINION OF JUDGE ROBINSON

1. I do not agree with the decision of the majority in paragraph 134 of the Judgment rejecting the first basis advanced by Kenya for its first preliminary objection on the ground that the Memorandum of Understanding (MOU) does not fall within the scope of the reservation to Kenya's optional clause declaration.

2. I also do not agree with the decision of the majority in the same paragraph rejecting the second basis advanced by Kenya for its first preliminary objection on the ground that Part XV of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) does not fall within the scope of the reservation to Kenya's optional clause declaration.

3. However, in this opinion I focus on the rejection of the second basis advanced by Kenya for its first preliminary objection since, in my view, it is more problematic because of the very serious implications it has for the interpretation and application of the carefully elaborated provisions of Part XV of UNCLOS.

4. Just about the only finding that I agree with in this Judgment is the majority's rejection in paragraph 120 of Kenya's argument that its reservation "attaches special significance to an agreement to a method of dispute settlement that is *lex specialis* and *lex posterior* in relation to the Parties' optional clause declarations". However, this finding has no consequences for the outcome of this case.

I also make it plain that had paragraph 145, subparagraph 2, been worded differently I would have voted in favour of rejecting Kenya's unclean hands argument in its second preliminary objection.

5. Under Article 36, paragraph 2, of the Court's Statute, both Kenya and Somalia accepted the Court's jurisdiction subject to certain reservations. With regard to the reservation relevant to this case, Kenya accepted the Court's jurisdiction over all disputes other than: "Disputes 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."<sup>1</sup>

6. The essence of Kenya's argument for the second basis of its first preliminary objection is that its reservation excludes from the Court's jurisdiction disputes in relation to which the States parties agree to have recourse to some other method of settlement; as both Kenya and Somalia are States parties to UNCLOS, Part XV is applicable to them; under

---

<sup>1</sup> United Nations, *Treaty Series (UNTS)*, Vol. 531, p. 114.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE ROBINSON

[Traduction]

1. Je ne souscris pas à la décision, formulée au paragraphe 134 de l'arrêt, de rejeter le premier moyen avancé par le Kenya à l'appui de sa première exception préliminaire, la majorité ayant considéré que le mémorandum d'accord n'entraîne pas dans les prévisions de la réserve contenue dans la déclaration faite par cet Etat en vertu de la clause facultative.

2. Je ne souscris pas davantage à la décision, dans le même paragraphe, de rejeter le second moyen avancé par le Kenya à l'appui de sa première exception préliminaire, la majorité ayant là encore considéré que la partie XV de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après, la «CNUDM») n'entraîne pas dans les prévisions de ladite réserve.

3. Dans la présente opinion, toutefois, je m'intéresse surtout au rejet du second moyen que le Kenya a avancé à l'appui de sa première exception car je le juge plus problématique en raison de ses conséquences très fâcheuses pour l'interprétation et l'application des dispositions de la partie XV de la CNUDM, pourtant élaborées avec soin.

4. S'il est une conclusion du présent arrêt à laquelle je souscris, c'est la décision de la majorité, énoncée au paragraphe 120, de rejeter l'argument du Kenya selon lequel sa réserve «confère une importance particulière à un accord sur un mode de règlement qui constitue une *lex specialis* et une *lex posterior* par rapport aux déclarations faites par les Parties en vertu de la clause facultative». Cette conclusion n'a toutefois aucune conséquence sur l'issue de la présente affaire.

Je précise également que, si le point 2 du paragraphe 145 avait été formulé différemment, j'aurais voté en faveur du rejet de l'argument des «mains sales» avancé par le Kenya dans le cadre de sa seconde exception préliminaire.

5. Conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour, le Kenya et la Somalie ont tous deux reconnu la juridiction de celle-ci, à certaines réserves près. Le Kenya l'a ainsi reconnue à l'égard de tous les différends autres que — et il s'agit là de la réserve qu'il invoque en l'espèce — «[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»<sup>1</sup>.

6. En substance, le second moyen avancé par le Kenya à l'appui de sa première exception préliminaire consiste à soutenir que sa réserve soustrait à la compétence de la Cour les différends au sujet desquels les Etats en litige sont convenus d'avoir recours à quelque autre mode de règlement. Le Kenya fait valoir que, la Somalie et lui étant tous deux parties à

<sup>1</sup> *Recueil des traités des Nations Unies (RTNU)*, vol. 531, p. 115.

Article 287, paragraph 1, of UNCLOS — a provision within Part XV — States parties may make a written declaration selecting one of four means “for the settlement of disputes concerning the interpretation or application of this Convention”<sup>2</sup>; neither State has made such a declaration; therefore, by virtue of Article 287, paragraph 3, they are “deemed to have accepted arbitration in accordance with Annex VII” of UNCLOS. The logic of this argument is that since it is beyond question that all four means identified are methods of settlement for disputes, including the maritime delimitation dispute between the two States, they fall within the terms of the reservation as a method of settlement other than the Court, thereby depriving the Court of jurisdiction. I find this argument persuasive. The majority does not.

7. The majority offers a main and a subsidiary argument for rejecting Kenya’s submission on this point. The main argument turns on the interpretation of Article 282 of UNCLOS, which provides:

“If the States Parties which are parties to a dispute concerning the interpretation or application of this Convention have agreed, through a general, regional or bilateral agreement or otherwise, that such dispute shall, at the request of any party to the dispute, be submitted to a procedure that entails a binding decision, that procedure shall apply in lieu of the procedures provided for in this Part, unless the parties to the dispute otherwise agree.”

To exclude the application of Part XV of UNCLOS there must be, according to this article, an agreement, general, regional, bilateral or otherwise, between the States parties to submit the dispute to a procedure that entails a binding decision. There is no such general, regional or bilateral agreement between Kenya and Somalia. The question therefore is whether the phrase “or otherwise” becomes applicable as between those States. The relevant area of enquiry is whether there exists in the relationship between the two States some arrangement which could be said to reflect their agreement to a procedure entailing a binding settlement. Absent such an arrangement reflecting an agreement, Article 282 does not apply and the application of Part XV of UNCLOS is not excluded. It has to be stressed that since the word “agree” in Article 282 also governs the phrase “or otherwise”, the enquiry should result in something that, although not a general, regional or bilateral agreement, nonetheless has features that warrant it being considered an agreement.

---

<sup>2</sup> The four fora listed in Article 287 are the International Tribunal for the Law of the Sea; the International Court of Justice; “an arbitral tribunal constituted in accordance with Annex VII”; and “a special arbitral tribunal constituted in accordance with Annex VIII for one or more of the categories of disputes specified therein”.

la CNUDM, ils sont soumis à sa partie XV, dans laquelle figure une disposition — le paragraphe 1 de l'article 287 de la CNUDM — permettant de choisir, par voie de déclaration écrite, entre quatre moyens « pour le règlement des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention »<sup>2</sup>; aucun des deux Etats n'ayant formulé une telle déclaration, ils sont, en application du paragraphe 3 de l'article 287, « réputé[s] avoir accepté la procédure d'arbitrage prévue à l'annexe VII » de la CNUDM. La logique de cet argument est que, puisqu'il n'est pas douteux que les moyens énumérés constituent tous les quatre des modes de règlement des différends, y compris de celui relatif à la délimitation maritime entre les deux Etats, ils entrent dans les prévisions de la réserve en tant qu'ils offrent un mode de règlement autre que la saisine de la Cour, laquelle se trouve de ce fait privée de sa compétence. Je trouve cet argument convaincant. La majorité, elle, n'est pas de cet avis.

7. La majorité avance un argument principal et un argument subsidiaire pour rejeter le moyen invoqué par le Kenya à cet égard. Son argument principal porte sur l'interprétation de l'article 282 de la CNUDM, qui dispose ce qui suit :

« Lorsque les Etats Parties qui sont parties à un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention sont convenus, dans le cadre d'un accord général, régional ou bilatéral ou de toute autre manière, qu'un tel différend sera soumis, à la demande d'une des parties, à une procédure aboutissant à une décision obligatoire, cette procédure s'applique au lieu de celles prévues dans la présente partie, à moins que les parties en litige n'en conviennent autrement. »

Pour que la partie XV de la CNUDM ne trouve pas à s'appliquer, les Etats parties doivent, selon cet article, être convenus dans le cadre d'un accord général, régional ou bilatéral ou de toute autre manière de soumettre le différend à une procédure aboutissant à une décision obligatoire. Le Kenya et la Somalie n'ayant pas conclu d'accord général, régional ou bilatéral, la question est de savoir si le membre de phrase « ou de toute autre manière » leur est applicable. Il convient donc de rechercher s'il existe dans la relation entre les deux Etats quelque arrangement que l'on pourrait considérer comme reflétant leur accord de recourir à une procédure aboutissant à une décision obligatoire. En l'absence de pareil arrangement, l'article 282 ne s'applique pas au lieu des autres dispositions de la partie XV de la CNUDM. Il échet de souligner que, puisque le verbe « convenir » employé à l'article 282 régit également l'expression « ou de toute autre manière », il s'agit de rechercher s'il existe quelque chose qui, sans constituer un accord général, régional ou bilatéral, présente néanmoins certaines caractéristiques justifiant qu'on le considère comme un accord.

<sup>2</sup> Les quatre juridictions énumérées à l'article 287 sont le Tribunal international du droit de la mer; la Cour internationale de Justice; « un tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII »; et « un tribunal arbitral spécial, constitué conformément à l'annexe VIII, pour une ou plusieurs des catégories de différends qui y sont spécifiés ».

8. It is generally accepted from a reading of the *travaux préparatoires* that the phrase “or otherwise” in that article includes optional clause declarations under Article 36, paragraph 2, of the Court’s Statute. Thus, *The United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: A Commentary* (Virginia Commentary) states:

“Article 282 mentions that an agreement to submit a dispute to a specified procedure may be reached ‘otherwise’. The reference was meant to include, in particular, the acceptances of the jurisdiction of the International Court of Justice by declarations made under Article 36, paragraph 2, of the Statute of that Court.”<sup>3</sup>

Significantly, the phrase “in particular” in the Virginia Commentary clarifies that instruments other than acceptances of the Court’s jurisdiction may constitute an agreement that falls within the scope of Article 282 of UNCLOS.

9. Other scholarly works reflect the same conclusion:

- P. Gautier states in relation to the phrase “or otherwise” that “[t]his option is generally understood as covering the declarations made by States under Article 36, paragraph 2, of the Statute of the ICJ . . .”<sup>4</sup>
- Y. Tanaka: “There appears to be little doubt that the optional clause under Article 36 (2) of the Statute of the ICJ is ‘a procedure that entails a binding decision’ set out in Article 282. It would seem to follow that between two States which have accepted the optional clause, the jurisdiction of the ICJ prevails over procedures under Part XV of [UNCLOS] by virtue of Article 28[2].”<sup>5</sup>
- T. Treves, in commenting on Article 282 and optional clause declarations, states that “the consensual aspect — which seems to be the fundamental requirement of Article 36, paragraph 2 — undoubtedly exists, so that it is reasonable to conclude that the parties have agreed ‘otherwise’”<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Myron H. Nordquist (Editor-in-Chief), Shabtai Rosenne and Louis B. Sohn (Volume Editors), *United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: A Commentary*, Vol. V, Dordrecht, Boston, London, 1989, pp. 26-27, para. 282.3.

<sup>4</sup> Philippe Gautier, “The Settlement of Disputes”, *The IMLI Manual on International Maritime Law, Volume I: The Law of the Sea*, First Edition, 2014, p. 539.

<sup>5</sup> Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea* (Cambridge University Press, Second Edition, 2015), pp. 423-424. Cited in CR 2016/11, pp. 63-64, para. 33 (Sands).

<sup>6</sup> Tullio Treves, “Conflicts between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, Issue 4 (Summer 1999), p. 812. Cited in CR 2016/11, p. 64, para. 34 (Sands).

8. Il est généralement admis, à la lumière des travaux préparatoires, que l'expression «ou de toute autre manière» employée dans cet article couvre les déclarations faites en vertu de la clause facultative contenue au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour. Ainsi, selon l'ouvrage intitulé *The United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: A Commentary* (commentaire de la convention publié avec le concours de l'Université de Virginie):

«L'article 282 dispose qu'il peut être convenu «de toute autre manière» de soumettre un différend à une procédure donnée. Cette précision visait à couvrir, en particulier, les déclarations d'acceptation de la juridiction de la Cour internationale de Justice faites en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de celle-ci.»<sup>3</sup>

Point significatif, l'expression «en particulier» figurant dans le commentaire de l'Université de Virginie indique que des instruments autres que des déclarations d'acceptation de la juridiction de la Cour peuvent constituer un accord entrant dans les prévisions de l'article 282 de la CNUDM.

9. D'autres ouvrages de doctrine vont dans le même sens :

- P. Gautier déclare, s'agissant du membre de phrase «ou de toute autre manière», que «[c]ette possibilité est généralement considérée comme couvrant les déclarations faites par les Etats en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la CIJ...»<sup>4</sup>
- Y. Tanaka : «Il ne fait guère de doute que l'acceptation formulée au titre de la clause facultative figurant au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice établit «une procédure aboutissant à une décision obligatoire» au sens de l'article 282. Il semble en découler que, entre deux Etats qui ont souscrit à la clause facultative, la juridiction de la Cour prime les procédures prévues à la partie XV de la [CNUDM], par le jeu de l'article 28[2].»<sup>5</sup>
- T. Treves, dans son commentaire sur l'article 282 et les déclarations faites en vertu de la clause facultative, déclare que «l'élément consensuel — qui semble être l'exigence fondamentale du paragraphe 2 de l'article 36 — existe indéniablement, si bien que l'on peut raisonnablement conclure que les parties ont choisi une procédure dont elles sont convenues d'une «autre manière»»<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Myron H. Nordquist (rédacteur en chef), Shabtai Rosenne et Louis B. Sohn (directeurs de volume), *United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: A Commentary*, vol. V, Dordrecht, Boston, Londres, 1989, p. 26-27, par. 282.3.

<sup>4</sup> Philippe Gautier, «The Settlement of Disputes», *The IMLI Manual on International Maritime Law, Volume I: The Law of the Sea*, 1<sup>re</sup> éd., 2014, p. 539.

<sup>5</sup> Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea* (Cambridge University Press, 2<sup>e</sup> éd., 2015), p. 423-424. Cité dans CR 2016/11, p. 63-64, par. 33 (Sands).

<sup>6</sup> Tullio Treves, «Conflicts between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31, n° 4 (été 1999), p. 812. Cité dans CR 2016/11, p. 64, par. 34 (Sands).

- P. C. Rao: “The agreement referred to in Article 282 UN Convention on the Law of the Sea may be recorded ‘otherwise’, for example, through separate declarations, such as declarations made under Article 36 (2) ICJ Statute.”<sup>7</sup>
- A. E. Boyle: “Thus, two States which have made declarations in similar terms under Article 36 (2) of the ICJ Statute will remain subject to the compulsory jurisdiction of the ICJ even in the LOS Convention cases.”<sup>8</sup>

10. Particular care must be taken in examining the *travaux préparatoires* to ascertain exactly what they say about the term “or otherwise” since the Court’s understanding of that term is substantially reliant on the preparatory work to clarify its meaning. Quite obviously neither the Virginia Commentary nor any of the five scholarly citations above can reasonably be read as meaning that any and every set of acceptances of the Court’s jurisdiction by optional clause declarations with reservations constitutes an agreement that falls within the scope of Article 282. For such a reading would be tantamount to saying that reservations have no impact on optional clause declarations, a conclusion that is clearly contrary to the Court’s jurisprudence<sup>9</sup>.

11. What the relevant passages relating to the *travaux préparatoires* as well as the scholarly comments do tell us is that at a general level optional clause declarations are included in the reference to “or otherwise” in Article 282, that is, optional clause declarations may, like some other instruments, constitute an agreement that falls within the scope of Article 282. However, whether in light of a particular reservation to an optional clause declaration there is nonetheless an agreement that falls within the scope of Article 282 is a question that has to be answered on the basis of a case-by-case examination of the impact of the reservation on the optional clause declaration.

12. There is nothing in the Virginia Commentary or the scholarly comments to suggest that their references to optional clause declarations were meant to go beyond the substance of the text of Article 36, paragraph 2, of the Court’s Statute to include reservations. Article 36, paragraph 2, provides as follows:

“The States parties to the present Statute may at any time declare that they recognize as compulsory *ipso facto* and without special

<sup>7</sup> P. C. Rao, “Law of the Sea, Settlement of Disputes”, *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, para. 11. Cited in CR 2016/11, p. 64, para. 35 (Sands).

<sup>8</sup> A. E. Boyle, “Problems of Compulsory Jurisdiction and the Settlement of Disputes relating to Straddling Fish Stocks”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 14, Issue 1 (1999), p. 7. Cited in CR 2016/11, p. 64, para. 37 (Sands).

<sup>9</sup> See for example *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment*, I.C.J. Reports 1998, pp. 452-454, paras. 44 and 47 and *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)*, *Preliminary Objection, Judgment*, I.C.J. Reports 1952, p. 105. See also paragraphs 13, 14 and 16 of the present opinion.



- P. C. Rao: «L'accord visé à l'article 282 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer peut être contracté «de toute autre manière», par exemple par des déclarations distinctes, telles que celles faites au titre du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la CIJ.»<sup>7</sup>
- A. E. Boyle: «Ainsi, deux Etats ayant fait des déclarations dans des termes similaires en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour demeureront soumis à la juridiction obligatoire de celle-ci, même pour les différends relatifs à la CNUDM.»<sup>8</sup>

10. Il convient d'analyser avec une attention particulière les travaux préparatoires pour déterminer exactement ce qu'ils indiquent au sujet du membre de phrase «ou de toute autre manière», puisque c'est sur eux que repose largement l'interprétation de cette expression par la Cour. A l'évidence, ni le commentaire de l'Université de Virginie ni l'une quelconque des cinq citations de doctrine ci-dessus ne peuvent raisonnablement être lus comme signifiant que, dès lors que des parties ont accepté la juridiction de la Cour en faisant des déclarations en vertu de la clause facultative, fussent-elles assorties de réserves, il existe entre elles un accord entrant dans les prévisions de l'article 282. Une telle lecture reviendrait en effet à dire que les réserves n'ont pas d'incidence sur les déclarations en vertu de la clause facultative, conclusion qui va clairement à l'encontre de la jurisprudence de la Cour<sup>9</sup>.

11. Ce que les passages pertinents relatifs aux travaux préparatoires et les commentaires de doctrine font apparaître, c'est que, d'une manière générale, les déclarations en vertu de la clause facultative sont couvertes par l'expression «ou de toute autre manière» employée à l'article 282; autrement dit, ces déclarations peuvent, tout comme certains autres instruments, constituer un accord entrant dans les prévisions de cet article. Mais lorsqu'il s'agit de savoir s'il existe un tel accord alors qu'une déclaration comprend une réserve particulière, la situation doit être appréciée au cas par cas en examinant l'incidence de cette réserve sur la déclaration.

12. Rien dans le commentaire de l'Université de Virginie ou les textes de doctrine ne donne à penser que, en se référant aux déclarations en vertu de la clause facultative, leurs auteurs aient entendu aller au-delà de la teneur du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour, de manière à inclure les réserves. Cette disposition prévoit ce qui suit :

«Les Etats parties au présent Statut pourront, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et

<sup>7</sup> P. C. Rao, «Law of the Sea, Settlement of Disputes», *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, par. 11. Cité dans CR 2016/11, p. 64, par. 35 (Sands).

<sup>8</sup> A. E. Boyle, «Problems of Compulsory Jurisdiction and the Settlement of Disputes relating to Straddling Fish Stocks», *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 14, n° 1 (1999), p. 7. Cité dans CR 2016/11, p. 64, par. 37 (Sands).

<sup>9</sup> Voir, par exemple, *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 452-454, par. 44 et 47, et *Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 105. Voir également les paragraphes 13, 14 et 16 de la présente opinion.



agreement, in relation to any other State accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court in all legal disputes concerning:

- (a) the interpretation of a treaty;
- (b) any question of international law;
- (c) the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation;
- (d) the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation.”

The language used in Article 282 of UNCLOS, “[i]f the States Parties which are parties to a dispute . . . have agreed . . .” (emphasis added), evidences the conditional nature of the provision. Whether the optional clause declarations in this case are to be treated as constituting an agreement between Kenya and Somalia must be determined by an examination of the relevant optional clause declarations and reservation in light of the Court’s jurisprudence.

13. Optional clause declarations are neither contracts nor treaties. The Court has explained that once a State has deposited a unilateral declaration, a “consensual bond” is created with each State that has previously, or proceeds subsequently, to do the same<sup>10</sup>. The “compulsory” element of an optional clause declaration flows from this bond or mutuality of commitment. The Court has previously stated, “[i]n fact, the declarations, even though they are unilateral acts, establish a series of bilateral engagements with other States accepting the same obligation of compulsory jurisdiction . . .”.<sup>11</sup>

14. In *Certain Norwegian Loans* the Court held that in relation to optional clause declarations “jurisdiction is conferred upon the Court only to the extent to which the Declarations coincide in conferring it”<sup>12</sup>.

15. What must therefore be ascertained is whether the optional clause declarations of Kenya and Somalia, along with Kenya’s reservation, constitute a “consensual bond”, a mutuality of commitment sufficient to be considered an agreement between them that falls within the scope of Article 282 of UNCLOS.

16. The Court’s jurisprudence is replete with dicta on the interpretation of optional clause declarations and reservations. The Court held in a case between the United Kingdom and Iran that in construing a declaration, “[i]t must seek the interpretation which is in harmony with a natural

<sup>10</sup> *Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1957, p. 146.

<sup>11</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 418, para. 60.

<sup>12</sup> *Certain Norwegian Loans (France v. Norway)*, Judgment, I.C.J. Reports 1957, p. 23. Cited in present Judgment, para. 115. See also *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952, p. 103.

sans convention spéciale, à l'égard de tout autre Etat acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique ayant 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.»

Les termes de l'article 282 de la CNUDM — «*[l]orsque les Etats Parties qui sont parties à un différend ... sont convenus*» (les italiques sont de moi) — montrent que cette disposition pose une condition. Pour déterminer si les déclarations faites en vertu de la clause facultative dans la présente affaire doivent être traitées comme constituant un accord entre le Kenya et la Somalie, il convient d'examiner ces déclarations et la réserve en cause à la lumière de la jurisprudence de la Cour.

13. Les déclarations en vertu de la clause facultative ne sont ni des contrats ni des traités. La Cour a précisé que, une fois qu'un Etat avait déposé une déclaration unilatérale, un «lien consensuel» était créé avec chaque Etat qui en avait déjà fait de même ou qui le ferait à l'avenir<sup>10</sup>. L'élément «obligatoire» d'une telle déclaration découle de ce lien ou engagement réciproque. La Cour a précédemment déclaré qu'«[e]n fait les déclarations, bien qu'étant des actes unilatéraux, établissent une série de liens bilatéraux avec les autres Etats qui acceptent la même obligation par rapport à la juridiction obligatoire»<sup>11</sup>.

14. En l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, la Cour a jugé que, s'agissant de déclarations faites en vertu de la clause facultative, «compétence lui [était] conférée seulement dans la mesure où elles coïncid[aient] pour la lui conférer»<sup>12</sup>.

15. Il y a donc lieu de rechercher si les déclarations faites en vertu de la clause facultative par la Somalie et le Kenya, réserve kényane comprise, constituent un «lien consensuel» ou engagement réciproque suffisant pour être considéré comme un accord entre les deux Etats qui relève des prévisions de l'article 282 de la CNUDM.

16. La jurisprudence de la Cour abonde en *dicta* sur l'interprétation des déclarations faites en vertu de la clause facultative et des réserves à celles-ci. Ainsi, dans une affaire opposant le Royaume-Uni à l'Iran, la Cour a dit que, pour déterminer le sens d'une déclaration, elle devait

<sup>10</sup> *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1957, p. 146.*

<sup>11</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 418, par. 60.*

<sup>12</sup> *Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège), arrêt, C.I.J. Recueil 1957, p. 23. Cité dans l'arrêt Somalie c. Kenya, par. 115. Voir également Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 103.*

and reasonable way of reading the text, having due regard to the intention of the Government of Iran at the time when it accepted the compulsory jurisdiction of the Court”<sup>13</sup>. In *Fisheries Jurisdiction*, the Court held that reservations “should be interpreted in a manner compatible with the effect sought by the reserving State”<sup>14</sup>. In the same case, the Court rejected an interpretation that “[ran] contrary to a clear text”<sup>15</sup>. It also held that “there is no reason to interpret [reservations] restrictively”<sup>16</sup>.

17. Kenya’s reservation excludes the jurisdiction of the Court in “[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”<sup>17</sup>. Given this lucid and unambiguous text, it would be wholly unreasonable to conclude that the optional clause declarations between Kenya and Somalia constitute an agreement that falls within the scope of Article 282 when Part XV of UNCLOS sets out in Article 287 other methods of settlement. Such a conclusion is plainly not compatible “with the effect sought by the reserving State” — Kenya. It flies in the face of the “natural and reasonable way of reading the text”<sup>18</sup> of the reservation, which is an integral part of Kenya’s declaration. The consensual element necessary for an agreement on the basis of the optional clause declarations cannot take root in the environment disturbed by Kenya’s reservation.

18. The majority’s main argument has two subsets. The first relates to the question of circularity in reasoning. The majority appears to accept Somalia’s argument that Kenya’s approach to the interpretation of Article 282 leads to circularity in reasoning, because, according to Somalia, Kenya’s reservation to its optional clause declaration leads to Part XV of UNCLOS, “which, in turn (by virtue of Article 282) could lead back to the optional clause declaration, with the back and forth continuing indefinitely” (Judgment, para. 113).

19. In my view this argument is unmeritorious. Once Article 282 is reached in the circle, the reasoning ends with the conclusion that the Article does not apply, leaving undisturbed the application of Kenya’s reservation. There is no circularity.

<sup>13</sup> *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952*, p. 104.

<sup>14</sup> *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 455, para. 52. Cited in present Judgment, para. 118.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 464, para. 76.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 453, para. 44.

<sup>17</sup> See *supra* note 1.

<sup>18</sup> See *supra* note 13.

«rechercher l'interprétation qui [était] en harmonie avec la manière naturelle et raisonnable de lire le texte, eu égard à l'intention du Gouvernement de l'Iran à l'époque où celui-ci a[vait] accepté [s]a compétence obligatoire»<sup>13</sup>. En l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, la Cour a jugé que les réserves devaient être «interprétée[s] d'une manière compatible avec l'effet recherché par l'Etat qui en [était] l'auteur»<sup>14</sup>. Dans la même affaire, elle a rejeté une interprétation qui «[allait] à l'encontre d'un texte clair»<sup>15</sup>, estimant en outre qu'«il n'y a[vait] pas de raison d'interpréter [les] réserve[s] de façon restrictive»<sup>16</sup>.

17. La réserve du Kenya exclut la compétence de la Cour à l'égard des «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»<sup>17</sup>. Etant donné ce libellé clair et dénué d'ambiguïté, il est totalement déraisonnable de conclure que les déclarations faites en vertu de la clause facultative par le Kenya et la Somalie constituent un accord entrant dans les prévisions de l'article 282, alors que d'autres modes de règlement sont prévus à l'article 287 de la partie XV de la CNUDM. Une telle conclusion est manifestement incompatible «avec l'effet recherché par l'Etat ... auteur» de la réserve, à savoir le Kenya. Elle fait totalement fi de la «manière naturelle et raisonnable de lire le texte»<sup>18</sup> de la réserve, qui fait partie intégrante de la déclaration kényane. L'élément consensuel nécessaire pour qu'il y ait accord sur la base des déclarations en vertu de la clause facultative ne peut exister dans ce contexte, puisque la réserve kényane y fait obstacle.

18. L'argument principal de la majorité comporte deux volets. Le premier se rapporte à la question de la circularité du raisonnement. La majorité semble accepter l'argument de la Somalie selon lequel l'approche suivie par le Kenya pour interpréter l'article 282 serait à l'origine d'une certaine circularité, étant donné que la réserve formulée par celui-ci dans sa déclaration en vertu de la clause facultative renverrait à la partie XV de la CNUDM, «qui, à son tour (par l'effet de l'article 282), pourrait renvoyer à ladite déclaration, ce va-et-vient se répétant à l'infini» (arrêt, par. 113).

19. A mon sens, cet argument est dénué de fondement. Une fois l'article 282 atteint, la boucle est rompue puisque force est de conclure que cette disposition ne trouve pas à s'appliquer, de sorte que la réserve du Kenya entre en jeu. Il n'y a là aucune circularité.

<sup>13</sup> *Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 104.

<sup>14</sup> *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 455, par. 52. Cité dans l'arrêt *Somalie c. Kenya*, par. 118.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 464, par. 76.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 453, par. 44.

<sup>17</sup> Voir note 1 ci-dessus.

<sup>18</sup> Voir note 13 ci-dessus.

20. The second subset of the main argument of the majority is set out in paragraph 129 of the Judgment. It makes the point that up to the time the Third United Nations Conference on the Law of the Sea ended in 1982,

“more than half of the then-existing optional clause declarations contained a reservation with an effect similar to that of Kenya’s reservation . . . there is no indication in the *travaux préparatoires* of an intention to exclude from the scope of Article 282 the majority of optional clause declarations, i.e., those containing such reservations. It remains the case today that such reservations are found in more than half of the optional clause declarations in effect.” (Judgment, para. 129.)

21. This is a weak argument and it is the only substantial one advanced in the Judgment to support the conclusion that the phrase “or otherwise” was intended to cover optional clause declarations with the Kenyan-type reservation.

22. In 1973, at the start of the Law of the Sea negotiations, of the 46 optional clause declarations 26 (56.5 per cent) had reservations with an effect similar to that of Kenya’s (Kenyan-type reservations), a little more than half of the optional clause declarations; in 1982 at the end of the United Nations Conference on the Law of the Sea, of the 47 optional clause declarations 26 (55.3 per cent) had Kenyan-type reservations, a little more than half of the optional clause declarations. In the nine-year period Kenyan-type reservations amounted to somewhere between 54.3 per cent (25 October 1979 — 31 July 1980) and 56.5 per cent (26 November 1973 — 9 January 1974) of optional clause declarations<sup>19</sup>. It is on this slender and wholly unreliable basis that the majority mounts its argument that the phrase “or otherwise” was intended to cover declarations with Kenyan-type reservations.

23. Although the majority’s numerical focus is deeply flawed, one cannot help but engage with that approach if only to observe that the majority to which it clings is not a significant one; the majority is not one that reflects 70 per cent, 80 per cent, or 90 per cent of the optional clause declarations in existence at the relevant time; it does not even reflect 60 per cent. It is somewhere between 54.3 per cent and 56.5 per cent, barely a majority.

But let us examine the soundness of the conclusion in paragraph 129. What if the Kenyan-type reservations amounted to less than half of the optional clause declarations, say 49 per cent? The mechanical approach of the majority would seem to require that the *travaux préparatoires* be construed as intending to exclude those reservations from the scope of

---

<sup>19</sup> *I.C.J. Yearbook 1972-1973*, No. 27, pp. 52-82; *I.C.J. Yearbook 1973-1974*, No. 28, pp. 49-80; *I.C.J. Yearbook 1979-1980*, No. 34, pp. 51-84; and *I.C.J. Yearbook 1982-1983*, No. 37, pp. 56-89.

20. Le second volet de l'argument principal de la majorité est exposé au paragraphe 129 de l'arrêt. On y lit que, pendant la période qui s'est achevée avec la fin de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, en 1982,

« plus de la moitié des déclarations [faites en vertu de la clause facultative] en vigueur comportaient une réserve ayant un effet similaire à celui de la réserve du Kenya »; or, « rien dans les travaux préparatoires ne dénote une intention d'exclure des prévisions de l'article 282 la majorité de ces déclarations, c'est-à-dire celles ... comport[ant] de telles réserves. Aujourd'hui encore, plus de la moitié des déclarations en vigueur contiennent une réserve de ce type. » (Arrêt, par. 129.)

21. Cet argument — le seul argument substantiel avancé dans l'arrêt à l'appui de la conclusion selon laquelle le membre de phrase « ou de toute autre manière » aurait été destiné à couvrir les déclarations en vertu de la clause facultative comportant des réserves ayant un effet similaire à celui de la réserve du Kenya (ci-après, les « réserves du type Kenya ») — est faible.

22. En 1973, lorsque les débats sur le droit de la mer ont commencé, 46 déclarations en vertu de la clause facultative étaient en vigueur; 26 d'entre elles comportaient des réserves du type Kenya — soit 56,5%, ou un peu plus de la moitié; en 1982, à la fin de la conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, ces déclarations étaient au nombre de 47, et elles étaient 26 à comporter de telles réserves — soit 55,3%, ou un peu plus de la moitié. Au cours des neuf années qu'ont duré les négociations, la proportion de déclarations d'acceptation comportant des réserves du type Kenya a oscillé entre 54,3 (25 octobre 1979-31 juillet 1980) et 56,5% (26 novembre 1973-9 janvier 1974)<sup>19</sup>. C'est sur cette base ténue et pour le moins douteuse que la majorité fonde l'argument selon lequel le membre de phrase « ou de toute autre manière » aurait eu vocation à couvrir les déclarations contenant de telles réserves.

23. Bien que l'approche quantitative retenue dans l'arrêt soit fondamentalement erronée, on ne peut s'empêcher de suivre la logique à l'œuvre, ne serait-ce que pour mieux relever que la majorité à laquelle la Cour s'accroche ici est tout sauf significative: il ne s'agit pas de 70, 80 ou 90%, pas même de 60%, mais de 54,3 à 56,5%. C'est à peine plus de la moitié.

Mais penchons-nous sur la validité de la conclusion à laquelle la Cour aboutit au paragraphe 129. Qu'en serait-il si moins de la moitié des déclarations faites en vertu de la clause facultative — 49% d'entre elles, par exemple — avaient contenu des réserves du type Kenya? Si l'on s'en tient à l'approche mécanique adoptée ici, force serait semble-t-il d'interpréter

<sup>19</sup> C.I.J. *Annuaire 1972-1973*, n° 27, p. 53-83; C.I.J. *Annuaire 1973-1974*, n° 28, p. 50-81; C.I.J. *Annuaire 1979-1980*, n° 34, p. 51-81; et C.I.J. *Annuaire 1982-1983*, n° 37, p. 58-92.

Article 282, with the result that the Court would lack jurisdiction. However, there is no rational basis for this distinction. The *travaux préparatoires* cannot properly be construed as not intending to exclude the Court's jurisdiction in relation to Kenyan-type reservations constituting 54.3 per cent to 56.5 per cent of the optional clause declarations while intending to exclude the Court's jurisdiction when those reservations constitute 49 per cent of the optional clause declarations.

24. The approach of the majority is untenable. Whether the *travaux préparatoires* are to be understood as including or excluding reservations to optional clause declarations does not depend on the number of Kenyan-type reservations made between 1973 and 1982. It is an oversimplification and an error to reduce the issue to one of numbers. What is called for is not a quantitative assessment but a qualitative evaluation of the impact of the reservation on the optional clause declarations and thus, on whether there is an agreement that falls within the scope of Article 282 of UNCLOS.

The signal failure of this Judgment is its refusal to carry out such an evaluation.

25. The Kenyan-type reservation exists in a universe of reservations made between 1973 and 1982. It should not be considered in isolation. Since the majority has a majoritarian fixation it would seem that the reasoning in paragraph 129 would also lead to the conclusion that the *travaux préparatoires* should be construed as evidencing an intention to exclude from the scope of Article 282 optional clause declarations with reservations different from that of Kenya, but which, unlike Kenya's, do not constitute the majority of the universe of declarations in the relevant period. For example, of the many reservations to optional clause declarations that existed in 1973, 21 States had reservations regarding disputes relating to questions which fall exclusively within the domestic jurisdiction of a State and nine States had reservations regarding disputes relating to hostilities, armed conflict and belligerent activities<sup>20</sup>. These are weighty reservations and I note that the former set of reservations constituted 45.7 per cent of the then-existing optional clause declarations — a not insubstantial percentage. Again, the numerical criterion of the majority cannot provide a rational basis for distinguishing between Kenyan-type reservations and the last mentioned reservations.

26. It is not reasonable to conclude that the States parties intended the phrase "or otherwise" to include optional clause declarations with such weighty reservations, because they must be taken as knowing that reservations do have an impact on optional clause declarations. It is more reasonable to conclude that the intention was that the phrase "or otherwise" included optional clause declarations that reflect the substance of the text of Article 36, paragraph 2, without more, that is, without reserva-

---

<sup>20</sup> *I.C.J. Yearbook 1972-1973*, No. 27, pp. 52-82 and *I.C.J. Yearbook 1973-1974*, No. 28, pp. 49-80.



les travaux préparatoires comme dénotant une intention d'exclure ces déclarations des prévisions de l'article 282, de sorte que la Cour n'aurait pas compétence. Mais la distinction ainsi faite ne repose pas sur des bases rationnelles. L'on ne saurait considérer que l'intention dont témoignent les travaux préparatoires était de ne pas exclure la compétence de la Cour en présence de réserves du type Kenya pour peu que la proportion de déclarations d'acceptation comportant de telles réserves fût de 54,3 à 56,5%, mais de l'exclure pour peu qu'elle ne fût que de 49%.

24. Cette logique est indéfendable. Savoir s'il convient de considérer que les travaux préparatoires dénotent une intention de tenir compte ou non des réserves du type Kenya ne saurait dépendre du nombre de ces réserves formulées entre 1973 et 1982. Il est par trop simpliste, et erroné, de réduire le problème à une question de chiffres. Ce n'est pas à une évaluation quantitative qu'il convient de se livrer, mais à une appréciation qualitative de l'incidence de ces réserves sur les déclarations en vertu de la clause facultative, afin de déterminer s'il existe un accord au sens de l'article 282 de la CNUDM.

L'erreur fondamentale de la majorité réside dans son refus de procéder de la sorte.

25. La réserve du type Kenya est une réserve parmi bien d'autres formulées entre 1973 et 1982. Elle ne doit pas être considérée isolément. Le raisonnement que tient la Cour au paragraphe 129, reflet d'une fixation sur la notion de majorité, devrait aussi la conduire à voir dans les travaux préparatoires une intention d'exclure des prévisions de l'article 282 les déclarations en vertu de la clause facultative comportant des réserves distinctes de celles du type Kenya, mais qui, à la différence de ces dernières, ne concerneraient pas la majorité des déclarations formulées pendant la période pertinente. Ainsi, parmi les nombreuses réserves aux déclarations d'acceptation qui se trouvaient en vigueur en 1973, vingt et une visaient à exclure les différends concernant des questions relevant exclusivement de la compétence nationale de l'Etat et neuf autres, les différends en rapport avec des hostilités, des conflits armés ou des actes de belligérance<sup>20</sup>. Il s'agit là de réserves importantes; or les premières d'entre elles concernaient 45,7% des déclarations en vertu de la clause facultative alors en vigueur — un pourcentage non négligeable. Là encore, le critère quantitatif avancé par la Cour ne justifie pas, rationnellement, d'établir une distinction entre ces réserves et celles du type Kenya.

26. Il n'est pas raisonnable de conclure que les Etats parties entendaient également englober dans l'expression «ou de toute autre manière» les déclarations d'acceptation comportant des réserves de cette importance, car ils doivent être réputés ne pas ignorer l'incidence que les réserves ont sur de telles déclarations. Il est plus raisonnable de conclure que leur intention, en employant ce membre de phrase, était d'inclure les déclarations d'acceptation se limitant à reproduire en substance les termes du para-

---

<sup>20</sup> C.I.J. *Annuaire* 1972-1973, n° 27, p. 53-83, et C.I.J. *Annuaire* 1973-1974, n° 28, p. 50-81.

tions. I note that in 1982, there were 16 such optional clause declarations in existence<sup>21</sup>.

27. It is as though the majority takes the position that the intention of the States parties to UNCLOS should be ascertained on the basis that they treated reservations as having no legal significance. It is improbable that this could have been their approach.

28. In paragraph 128, the majority instances a situation in which a reservation to an optional clause declaration “excluded disputes concerning a particular subject” such as “disputes relating to maritime delimitation”. The majority is, of course, correct in concluding that in such a situation there would be no agreement to the Court’s jurisdiction and that the procedures under Part XV of Section 2 would apply. However, it is important to appreciate why that conclusion is correct. It is not correct merely because the language used is express and specific in identifying the subject-matter of the reservation. Rather, it is correct because the effect of the reservation is to prevent the emergence of the “consensual bond”<sup>22</sup>, “consensual aspect”<sup>23</sup> or mutuality of commitment, the vital element of optional clause declarations conferring jurisdiction on the Court. The point is that irrespective of how the reservation is worded, the Court must examine its impact on the optional clause declaration and in particular must determine whether, in light of that impact, it can be maintained that the States in question have consented to the jurisdiction of the Court. The Court must carry out this examination even when, as in the case of the example given, the language is specific and apparently crystal clear.

29. According to the Court’s jurisprudence, a reservation is an integral part of an optional clause declaration and, as previously noted<sup>24</sup>, the Court has pronounced on how reservations are to be interpreted. It is only after interpreting Kenya’s reservation that a conclusion could be arrived at as to whether its optional clause declaration, inclusive of its reservation, in conjunction with the optional clause declaration of Somalia, constitute an agreement within the scope of Article 282 of UNCLOS.

30. In my view, as stated earlier<sup>25</sup>, the scope of the phrase “or otherwise” is confined to optional clause declarations that reflect the substance of the text of Article 36, paragraph 2, of the Court’s Statute. Therefore, if two States have optional clause declarations that are, in substance, confined to the provisions of paragraph 2, those optional clause declarations constitute an agreement that falls within the scope of Article 282 and it is entirely reasonable to understand the *travaux préparatoires* to refer to such optional clause declarations. But it is wrong to understand the refer-

---

<sup>21</sup> *I.C.J. Yearbook 1982-1983*, No. 37, pp. 56-89.

<sup>22</sup> *Supra* note 10.

<sup>23</sup> *Supra* note 6.

<sup>24</sup> Paragraphs 13, 14 and 16 of the present opinion.

<sup>25</sup> Paragraph 12 of the present opinion.

graphe 2 de l'article 36, sans plus — c'est-à-dire, sans inclure de réserves. Je note que, en 1982, ces déclarations étaient au nombre de seize<sup>21</sup>.

27. La majorité paraît considérer qu'il convient d'établir l'intention des Etats parties à la CNUDM en partant du principe que ceux-ci ne reconnaissent aux réserves aucune portée juridique. Or, il est improbable que tel ait pu être le cas.

28. Au paragraphe 128, la majorité cite le cas d'une réserve à une déclaration en vertu de la clause facultative excluant «les différends ayant un objet particulier», tels que «ceux qui concernent la délimitation maritime». Elle a bien sûr raison de conclure que, en pareilles circonstances, le consentement à la juridiction de la Cour ferait défaut et que les procédures visées dans la section 2 de la partie XV trouveraient à s'appliquer. Il importe toutefois de bien comprendre pourquoi cette conclusion est légitime. Si elle s'impose, ce n'est pas simplement parce que l'objet d'une telle réserve se trouve défini expressément et spécifiquement; c'est parce que l'effet de cette réserve est d'empêcher l'apparition du «lien consensuel»<sup>22</sup>, de l'«élément consensuel»<sup>23</sup> ou de l'engagement réciproque — à défaut duquel les déclarations conférant compétence à la Cour en vertu de la clause facultative restent lettre morte. Indépendamment de la manière dont la réserve est libellée, l'enjeu, pour la Cour, est de déterminer quelle est l'incidence de telle réserve sur la déclaration d'acceptation à laquelle elle a été incluse et, partant, s'il y a lieu de penser que les Etats dont il s'agit ont consenti à sa juridiction. La Cour doit se livrer à cet effet à l'analyse requise même lorsque, comme dans l'exemple cité, la réserve est formulée en des termes exprès et, en apparence, parfaitement limpides.

29. Selon la jurisprudence de la Cour, les réserves font partie intégrante des déclarations en vertu de la clause facultative et, ainsi que je l'ai noté plus haut<sup>24</sup>, la Cour s'est déjà prononcée sur la manière dont il convient de les interpréter. Ce n'est qu'au terme d'un tel processus d'interprétation qu'il est possible de déterminer si la déclaration formulée par le Kenya en vertu de la clause facultative constitue, avec la réserve qu'elle contient, et conjointement avec la déclaration correspondante de la Somalie, un accord au sens de l'article 282 de la CNUDM.

30. Comme je l'ai déjà dit<sup>25</sup>, les déclarations en vertu de la clause facultative auxquelles renvoie le membre de phrase «ou de toute autre manière» se limitent à celles qui reproduisent les termes du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour. Dès lors, des déclarations dans lesquelles deux Etats se seront contentés de refléter ceux-ci constitueront un accord au sens de l'article 282, et il est parfaitement raisonnable de considérer que ces déclarations-là étaient visées. Il n'est pas légitime, en revanche, de considérer que les auteurs de la CNUDM entendaient aussi

<sup>21</sup> *C.I.J. Annuaire 1982-1983*, n° 37, p. 58-92.

<sup>22</sup> Voir note 10 ci-dessus.

<sup>23</sup> Voir note 6 ci-dessus.

<sup>24</sup> Paragraphes 13, 14 et 16 de la présente opinion.

<sup>25</sup> *Ibid.*, par. 12.

ences in the *travaux préparatoires* to cover optional clause declarations with reservations when there is not a scintilla of evidence to indicate that the drafters of UNCLOS had given any thought whatsoever to those reservations.

31. In this regard, I find inarguable the point made in the oral proceedings that optional clause declarations only prevail over Part XV of UNCLOS when they are made “in the same terms”<sup>26</sup>. Clearly this conclusion, which calls for substantive rather than literal similarity, excludes optional clause declarations to which one party has attached a Kenyan-type reservation. It is significant that in none of the passages of the five authors cited earlier<sup>27</sup> is there any mention of a reservation to an optional clause declaration. I find persuasive the explanation for that omission offered in oral argument: there was no need to elaborate because it was obvious to the authors that Article 282 would not apply to an optional clause declaration with the Kenyan-type reservation<sup>28</sup>.

32. The subsidiary argument advanced by the majority for rejecting Kenya’s position is set out in paragraph 132 of the Judgment, where it is held that

“A finding that the Court has jurisdiction gives effect to the intent reflected in Kenya’s declaration, by ensuring that this dispute is subject to a method of dispute settlement. By contrast, because an agreed procedure within the scope of Article 282 takes precedence over the procedures set out in Section 2 of Part XV, there is no certainty that this intention would be fulfilled were this Court to decline jurisdiction (see also Article 286 of UNCLOS).”

33. The Court has also cited the Permanent Court of International Justice’s (PCIJ) Judgment in *Factory at Chorzów* in which that Court held that

“the Court, when it has to define its jurisdiction in relation to that of another tribunal cannot allow its own competency to give way unless confronted with a clause which it considers sufficiently clear to prevent the possibility of a negative conflict of jurisdiction involving the danger of a denial of justice”<sup>29</sup>.

34. The Court has to be careful that it does not employ reasoning that defeats one of the main goals of the UNCLOS States parties in constructing the dispute settlement system in Part XV. The States parties did not wish to give any particular prominence to the International Court of Jus-

<sup>26</sup> CR 2016/10, Kenya (Boyle), p. 56, para. 8.

<sup>27</sup> Paragraph 9 of the present opinion.

<sup>28</sup> CR 2016/12, Kenya (Boyle), p. 28, para. 5.

<sup>29</sup> *Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9*, p. 30 (Claim for Indemnity).

couvrir celles qui comportaient des réserves, quand il n'y a pas l'ombre d'une preuve qu'ils aient jamais consacré à celles-ci la moindre attention.

31. A cet égard, l'argument avancé à l'audience selon lequel deux déclarations faites en vertu de la clause facultative l'emportent sur la partie XV de la CNUDM à condition d'être «rédigées dans les mêmes termes» me paraît incontestable<sup>26</sup>. A l'évidence, pareille conclusion, qui vise des déclarations rédigées en des termes non pas littéralement, mais fondamentalement, identiques, ne s'applique pas à deux déclarations dont l'une comprend une réserve du type Kenya. Il est significatif qu'il ne soit fait mention, dans aucune des cinq citations reproduites plus haut<sup>27</sup>, de réserves à des déclarations formulées en vertu de la clause facultative. A mon sens, la raison en a été expliquée de manière convaincante à l'audience: la question ne méritait pas qu'on s'y arrête, tant il était évident, aux yeux des auteurs, que l'article 282 ne s'appliquerait pas à une déclaration d'acceptation qui contiendrait une réserve du type Kenya<sup>28</sup>.

32. La majorité avance, au paragraphe 132 de l'arrêt, l'argument suivant à titre de raison subsidiaire d'écarter la position du Kenya:

«En concluant à sa compétence, la Cour donne effet à l'intention reflétée dans la déclaration du Kenya, puisqu'elle fait en sorte que le présent différend soit soumis à un mode de règlement. A l'inverse, étant donné qu'une procédure convenue au sens de l'article 282 l'emporte sur les procédures énoncées dans la section 2 de la partie XV, il n'est pas certain qu'il serait satisfait à cette intention si elle se déclarait incompétente (voir également l'article 286 de la CNUDM).»

33. Elle cite également l'arrêt rendu en l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, dans laquelle la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) a jugé que

«la Cour, amenée à délimiter sa propre compétence par rapport à celle d'une autre juridiction, ne p[ouvait] faire fléchir la sienne que vis-à-vis d'un texte qui, de son propre avis, s[erait] suffisamment précis pour exclure la possibilité d'un conflit négatif de compétences entraînant le danger d'un déni de justice»<sup>29</sup>.

34. Il convient d'avoir soin de ne pas tenir un raisonnement qui aurait pour effet de faire échec à l'un des grands buts que poursuivaient les Etats parties à la CNUDM en établissant le mécanisme de règlement des différends dans la partie XV. Ces Etats ne voulaient accorder à cet égard

<sup>26</sup> CR 2016/10, Kenya (Boyle), p. 56, par. 8.

<sup>27</sup> Paragraphe 9 de la présente opinion.

<sup>28</sup> CR 2016/12, Kenya (Boyle), p. 28, par. 5.

<sup>29</sup> *Usine de Chorzów (compétence)*, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 30 (demande d'indemnité).

tice in the dispute settlement system. In fact, a proposal by Switzerland and the Netherlands to place the ICJ at the head of the list of fora in Article 287 “did not find sufficient support . . . and was withdrawn”<sup>30</sup>. The UNCLOS States parties did not wish the ICJ to be the only dispute settlement mechanism nor did they wish it to be the default mechanism. Hence, Article 287 of UNCLOS sets out a menu of options, including the ICJ, and the default mechanism is arbitration under an Annex VII Tribunal set up pursuant to Part XV of UNCLOS.

35. It is of course correct as a statement of law that an agreed procedure within the scope of Article 282 prevails over the procedures of Part XV of UNCLOS. But that does not necessarily mean that, should the Court decline jurisdiction, an Annex VII Tribunal would not find that it has jurisdiction. The Tribunal’s decision will depend on whether it finds that in the circumstances of this case there is an agreed procedure that falls within the scope of Article 282. It will only decline jurisdiction if it finds that there is such a procedure. In my submission, it is most probable that, by reason of the unambiguous wording of Kenya’s reservation and the existence of alternative fora in Article 287 of UNCLOS, an Annex VII Tribunal would find that it has jurisdiction. In any event, the Court should not indulge in speculation. The Court’s function is to determine whether on the basis of the law and facts the Annex VII Tribunal or the Court itself has jurisdiction. Speculation that the Tribunal will not accept jurisdiction is not a sufficient reason for the Court to conclude that it has jurisdiction; neither is it a sufficient reason for the Court to determine that the Annex VII Tribunal does not have jurisdiction. It is simply not a proper consideration.

36. Paragraph 132 of the Judgment may be viewed by some as merely a self-serving finding favouring the jurisdiction of the Court. The Court’s Judgment has, in effect, turned Article 287, paragraph 3, of UNCLOS on its head by treating the ICJ as the default mechanism, when that provision assigns that role to the Annex VII Tribunal.

37. In the circumstances of this case the dictum of the PCIJ set out in paragraph 33 of this opinion is inapplicable since the provisions of Part XV, in particular Article 287, are sufficiently clear “to prevent the possibility of a negative conflict of jurisdiction involving the danger of a denial of justice”. As we have seen, Kenya and Somalia will, by virtue of Article 287, paragraph 3, have access to arbitration under Annex VII. Thus, there is no possibility of a “denial of justice” on the basis that, should the Court find that it has no jurisdiction, the two States would be left without a dispute settlement mechanism.

38. In conclusion, the analysis in this opinion shows that, by reason of Kenya’s reservation, the optional clause declarations of the Parties do not

---

<sup>30</sup> Doc. SD/1 (1978, mimeo.) (Netherlands and Switzerland). Reproduced in Vol. XII, Platzöder, p. 234. Cited in Virginia Commentary, *supra* note 3, p. 44, para. 287.6.

aucune prééminence à la Cour internationale de Justice. De fait, une proposition de la Suisse et des Pays-Bas tendant à placer celle-ci en tête des juridictions énumérées à l'article 287 « n'a pas obtenu le soutien nécessaire ... et a été retirée »<sup>30</sup>. Les Etats parties à la CNUDM ne souhaitent pas voir la Cour constituer le seul mode de règlement des différends, et ne souhaitent pas davantage en faire le mécanisme par défaut. L'article 287 propose donc diverses options, dont la Cour, et prescrit comme mécanisme par défaut la procédure d'arbitrage prévue à l'annexe VII.

35. Il est bien sûr juste, en droit, de dire qu'une procédure convenue au sens de l'article 282 l'emporte sur les autres procédures énoncées dans la partie XV de la CNUDM. Mais ce n'est pas parce que la Cour déclinera sa compétence qu'un tribunal constitué conformément à l'annexe VII se déclarera nécessairement incompétent. La décision d'un tel tribunal à cet égard dépendra de la conclusion à laquelle il parviendra sur le point de savoir s'il existe, dans les circonstances de l'espèce, une procédure convenue au sens de l'article 282. Le tribunal ne déclinera sa compétence que s'il conclut à l'existence d'une telle procédure. Selon moi, le plus probable, compte tenu du libellé sans équivoque de la réserve du Kenya et de l'existence d'autres modes de règlement, tels que prévus à l'article 287 de la CNUDM, est qu'il se déclarerait compétent. En tout état de cause, la Cour ne doit pas se fonder sur des conjectures. Sa fonction est de déterminer qui, du tribunal ou d'elle-même, a compétence au regard du droit et des faits. Supputer qu'un tribunal constitué conformément à l'annexe VII pourrait refuser d'exercer sa compétence ne saurait en soi fonder la Cour à se déclarer compétente, non plus qu'à conclure à l'incompétence du tribunal. Cette considération n'est tout simplement pas légitime.

36. D'aucuns pourraient ne voir dans le paragraphe 132 de l'arrêt qu'une conclusion tendancieuse, revenant à favoriser la compétence de la Cour. De fait, la majorité interprète totalement à rebours le paragraphe 3 de l'article 287 de la CNUDM, en traitant la Cour comme le mécanisme par défaut, alors que la disposition en question assigne ce rôle au tribunal constitué conformément à l'annexe VII.

37. Dans les circonstances de la présente affaire, le *dictum* de la CPJI reproduit ci-dessus au paragraphe 33 est inapplicable, puisque les dispositions de la partie XV, en particulier l'article 287, sont suffisamment précises « pour exclure la possibilité d'un conflit négatif de compétences entraînant le danger d'un déni de justice ». Comme nous l'avons vu, le Kenya et la Somalie pourront, en vertu du paragraphe 3 de l'article 287, recourir à la procédure d'arbitrage prévue à l'annexe VII. Tout risque d'un « déni de justice » découlant de ce que les deux Etats se trouveraient privés de mécanisme de règlement dès lors que la Cour se déclarerait incompétente est donc exclu.

38. En conclusion, il ressort de l'analyse développée ci-dessus que les déclarations des Parties formulées en vertu de la clause facultative ne

<sup>30</sup> Doc. SD/1 (ronéotypé, 1978) (Pays-Bas et Suisse). Reproduit dans Platzöder, vol. XII, p. 234. Cité dans le commentaire de l'Université de Virginie, voir note 3 ci-dessus, p. 44, par. 287.6.



constitute an agreed procedure under Article 282 of UNCLOS; Kenya's purposeful reservation becomes applicable with the result that, within the meaning of *Certain Norwegian Loans*<sup>31</sup>, there is no coincidence between the optional clause declarations of Kenya and Somalia in conferring jurisdiction on the Court; Article 282 does not provide a basis for the Court's jurisdiction; in terms of Kenya's reservation, the procedures set out in Article 287 constitute methods of settlement other than the Court; since neither Kenya nor Somalia has selected a procedure under Article 287, paragraph 1, by virtue of Article 287, paragraph 3, they are deemed to accept Annex VII arbitration as a method of settlement.

39. In light of the foregoing, I would have ruled in favour of Kenya's submission that the reservation it made to its optional clause declaration under Article 36, paragraph 2, of the Court's Statute excludes the Court's jurisdiction in this case.

(Signed) Patrick ROBINSON.

---

<sup>31</sup> See *supra* note 12.

constituent pas, par l'effet de la réserve du Kenya, un accord entrant dans les prévisions de l'article 282 de la CNUDM; cette réserve, que le Kenya a formulée dans un but bien précis, entre en effet en jeu, de sorte que les déclarations en vertu de la clause facultative faites par les deux pays ne coïncident pas, au sens du *dictum* énoncé dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*<sup>31</sup>, pour conférer compétence à la Cour; l'article 282 ne permet dès lors pas de fonder la compétence de la Cour; les procédures énoncées à l'article 287 constituent d'autres modes de règlement que la Cour, au sens de la réserve du Kenya; enfin, ni le Kenya ni la Somalie n'ayant choisi l'une des procédures énumérées au paragraphe 1 de l'article 287, ils sont réputés, en vertu du paragraphe 3 de ce même article, avoir accepté comme mode de règlement le recours à la procédure d'arbitrage prévue à l'annexe VII.

39. Compte tenu de ce qui précède, j'aurais fait droit à la conclusion du Kenya selon laquelle la réserve à sa déclaration formulée en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut excluait la compétence de la Cour en la présente affaire.

(Signé) Patrick ROBINSON.

---

<sup>31</sup> Voir note 12 ci-dessus.