

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»¹.

6. En substance, le second moyen avancé par le Kenya à l'appui de sa première exception préliminaire consiste à soutenir que sa réserve sous-trait 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

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

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»²; 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.

² 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. 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.»³

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...»⁴
- 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].»⁵
- 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»»⁶.

³ 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.

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

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

⁶ 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: «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.»⁷
- 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.»⁸

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 Cour⁹.

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

⁷ 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).

⁸ 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).

⁹ 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.

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'avenir¹⁰. 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»¹¹.

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»¹².

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

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

¹¹ *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.*

¹² *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.*

«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»¹³. 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»¹⁴. Dans la même affaire, elle a rejeté une interprétation qui «[allait] à l'encontre d'un texte clair»¹⁵, estimant en outre qu'«il n'y a[vait] pas de raison d'interpréter [les] réserve[s] de façon restrictive»¹⁶.

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»¹⁷. 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»¹⁸ 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.

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

¹⁴ *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.

¹⁵ *Ibid.*, p. 464, par. 76.

¹⁶ *Ibid.*, p. 453, par. 44.

¹⁷ Voir note 1 ci-dessus.

¹⁸ Voir note 13 ci-dessus.

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)¹⁹. 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

¹⁹ *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.

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 belligérance²⁰. 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-

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

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 seize²¹.

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»²², de l'«élément consensuel»²³ 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 haut²⁴, 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 dit²⁵, 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

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

²² Voir note 10 ci-dessus.

²³ Voir note 6 ci-dessus.

²⁴ Paragraphes 13, 14 et 16 de la présente opinion.

²⁵ *Ibid.*, par. 12.

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 incontestable²⁶. 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 haut²⁷, 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 Kenya²⁸.

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»²⁹.

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

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

²⁷ Paragraphe 9 de la présente opinion.

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

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

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»³⁰. 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

³⁰ 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.

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*³¹, 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.

³¹ Voir note 12 ci-dessus.