

## DECLARATION OF VICE-PRESIDENT YUSUF

*Agree with the Court's decision and reasons — Somalia and Kenya neither negotiated nor drafted the Memorandum of Understanding in dispute — Such direct negotiation would have facilitated interpretation — States must actively participate in the creation of the obligations they take on.*

1. I agree with the Judgment of the Court on the preliminary objections raised by Kenya and the reasoning that led to the final decisions. Nevertheless, the circumstances in which the present dispute on the jurisdiction of the Court have arisen require me to make some observations regarding the signature by Kenya and Somalia of the Memorandum of Understanding (“MOU”), which is mainly at the origin of the preliminary objections by Kenya and which has been the focus of submissions from both Parties.

2. The MOU at issue in this case was, as a matter of fact, drafted by Ambassador Hans Wilhelm Longva of Norway in the context of technical assistance provided by Norway to African coastal States, which enabled them to make submissions or submit preliminary information to the Commission on the Limits of the Continental Shelf (“CLCS”) within the time-limits prescribed by the States parties to the United Nations Convention on the Law of the Sea (“UNCLOS”). As Norway noted, such assistance was provided in response to calls made by the United Nations General Assembly at its Sixty-Third and Sixty-Fourth Sessions (A/RES/63/111 and A/RES/64/71), and by States parties to UNCLOS at their eighteenth meeting (SPLOS/183). Norway’s assistance not only extended to Somalia and Kenya, but also to a number of other States in West Africa.

3. Such technical assistance was both timely and beneficial to African coastal States in view of the impending deadline for States to make submissions or at least to submit preliminary information to the CLCS regarding the outer limits of their continental shelf. Full submissions or even the provision of preliminary information to the CLCS are technically complex undertakings which require the involvement of individuals with the appropriate expertise in geology, geophysics, or hydrography. Many African States lack the requisite technical expertise and thus Norway’s assistance was of the utmost importance given the time-limit for the submission of preliminary information to the CLCS.

## DÉCLARATION DE M. LE JUGE YUSUF, VICE-PRÉSIDENT

[Traduction]

*Accord avec la décision et le raisonnement de la Cour — Somalie et Kenya n'ayant ni négocié ni rédigé le mémorandum d'accord en cause — Interprétation plus aisée si de telles négociations directes avaient eu lieu — Nécessité que les Etats participent activement à l'élaboration des obligations qu'ils contractent.*

1. Je souscris à l'arrêt rendu par la Cour sur les exceptions préliminaires soulevées par le Kenya, ainsi qu'au raisonnement sous-tendant ses conclusions finales. Toutefois, les circonstances dans lesquelles le présent différend relatif à la compétence de la Cour a vu le jour m'obligent à formuler quelques observations concernant la signature, par le Kenya et la Somalie, du mémorandum d'accord qui motive au premier chef les exceptions préliminaires du Kenya et s'est trouvé au cœur des exposés des deux Parties.

2. Le mémorandum d'accord en cause dans la présente affaire a, de fait, été rédigé par un ambassadeur norvégien, M. Hans Wilhelm Longva, alors que la Norvège prêtait une assistance technique à certains Etats côtiers d'Afrique pour leur permettre de soumettre leur dossier ou des informations préliminaires à la Commission des limites du plateau continental (ci-après, la « Commission des limites » ou la « Commission ») dans le délai fixé par les Etats parties à la convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après, la « convention » ou la « CNUDM »). Ainsi qu'observé par la Norvège, l'octroi de cette assistance répondait aux appels formulés par l'Assemblée générale des Nations Unies lors de ses soixante-troisième et soixante-quatrième sessions (doc. A/RES/63/111 et A/RES/64/71), et par les Etats parties à la CNUDM lors de leur dix-huitième réunion (doc. SPLOS/183). L'assistance de la Norvège ne s'est pas limitée à la Somalie et au Kenya, mais a également bénéficié à plusieurs Etats d'Afrique de l'Ouest.

3. Cette assistance technique était particulièrement précieuse pour les Etats côtiers d'Afrique, d'autant plus qu'approchait l'expiration du délai fixé pour la présentation à la Commission des limites d'un dossier ou, à tout le moins, d'informations préliminaires sur la limite extérieure du plateau continental. La soumission à la Commission d'une demande complète, ou même de simples informations préliminaires, est une opération techniquement complexe exigeant le concours de personnes dotées des compétences requises dans les domaines de la géologie, de la géophysique ou de l'hydrographie. Or de telles compétences techniques faisaient défaut à nombre d'Etats africains et l'assistance de la Norvège revêtait donc la plus haute importance pour que ces Etats puissent communiquer à temps les informations voulues à la Commission.

4. A distinction must, however, be made between the technical work required in connection with the submission or the provision of preliminary information to the CLCS regarding the outer limits of the continental shelf, for which Norway offered its assistance following the United Nations General Assembly resolution, and the negotiation and drafting of a bilateral MOU between Kenya and Somalia to signify their no-objection to each other's submissions in view of the unresolved issues of maritime delimitation between the two neighbouring States.

5. The latter was a purely legal and policy matter which should have been handled directly between the two neighbouring African States, negotiated between them to their mutual satisfaction, and drafted by their legal experts in accordance with clear understandings on the granting of no-objection to each other with regard to their respective submissions as well as the manner in which the separate issues of delimitation would be dealt with by their respective Governments. This does not seem, however, to have been the case.

6. As noted in the Judgment of the Court:

“On 10 March 2009, the Transitional Federal Government [of Somalia] was informed of the initiative of the Special Representative and the assistance of Norway, and was given a draft of the preliminary information that had been prepared for it. On that occasion, it was also presented with a draft of the MOU that had been prepared by Ambassador Longva. Somalia made a change to the title by adding the words ‘to each other’. It appears that Kenya suggested some changes to the text, but these changes do not appear to have affected the substance of the MOU, in particular its sixth paragraph.” (Para. 101.)

7. In light of the above described circumstances regarding the conclusion and signature by Kenya and Somalia of a bilateral agreement, which they had neither drafted nor negotiated between themselves, but which was proposed to them by a third party, it is surprising that they are in a dispute relating to the interpretation of the specific provisions of that agreement based on their alleged objectives and intentions at the time of signing. Each of them attributes now certain legal implications to the provisions of that agreement when there are hardly any *travaux préparatoires* showing their actual contribution to its conception (Judgment, para. 99).

8. Following their independence in the 1960s, African States objected to succession to bilateral agreements to which they had not contributed, and in the negotiation of which they had not participated, and called for the application of the clean-slate doctrine, particularly as reformulated in what is commonly known as the Nyerere doctrine of State succession. Of

4. Une distinction s'impose toutefois entre, d'une part, les travaux techniques nécessaires en vue de la communication d'informations complètes ou préliminaires à la Commission concernant la limite extérieure du plateau continental, une tâche pour laquelle la Norvège a offert son assistance à la suite de la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, et, d'autre part, la négociation et la rédaction d'un mémorandum d'accord bilatéral destiné à signifier l'absence d'objection du Kenya et de la Somalie à l'égard de leurs communications respectives, compte tenu des divergences subsistant entre les deux Etats voisins en matière de délimitation maritime.

5. Cette dernière question, de par sa nature strictement juridique et politique, aurait dû être traitée directement par ces deux Etats voisins d'Afrique, qui auraient dû négocier ensemble à la satisfaction de l'un et de l'autre, et faire rédiger le mémorandum par leurs propres juristes sur la base d'une conception claire de leur engagement à ne pas élever d'objection à l'égard de leurs communications respectives, ainsi que de la manière dont leurs gouvernements régleraient les questions de délimitation, qui étaient étrangères à ce processus. Mais il a été procédé autrement, semble-t-il.

6. Ainsi qu'exposé dans l'arrêt de la Cour :

«Le 10 mars 2009, [le Gouvernement fédéral de transition de la Somalie] a été informé de l'initiative du représentant spécial et de l'assistance de la Norvège, et s'est vu remettre un projet d'informations préliminaires qui avait été préparé à son intention. A cette occasion lui a également été présenté un projet de mémorandum d'accord établi par l'ambassadeur Longva. La Somalie a fait modifier le titre du mémorandum en y insérant les mots «to each other». Le Kenya a apparemment proposé quelques amendements au texte, mais qui ne semblent pas avoir eu d'incidence sur la teneur du mémorandum d'accord, en particulier s'agissant du sixième paragraphe.» (Par. 101.)

7. Etant donné les circonstances rappelées ci-dessus, dans lesquelles le Kenya et la Somalie ont conclu et signé un accord bilatéral qu'ils n'avaient ni rédigé ni négocié mais dont le texte leur avait été proposé par une tierce partie, il est étonnant que les deux Etats se querellent désormais au sujet de l'interprétation des dispositions particulières de cet instrument en invoquant leurs objectifs et intentions allégués à l'époque de la signature. L'un et l'autre attribuent aujourd'hui certaines implications juridiques aux dispositions de cet accord alors qu'il n'existe guère de travaux préparatoires démontrant qu'ils aient concrètement contribué à leur élaboration (arrêt, par. 99).

8. A la suite de leur accession à l'indépendance dans les années 1960, les Etats d'Afrique ont refusé de succéder aux accords bilatéraux qui avaient été élaborés et négociés sans leur participation, et ont demandé l'application du principe dit de la table rase, tel qu'exprimé en particulier dans ce qu'il est généralement convenu d'appeler, en matière de succes-

course, the MOU between Kenya and Somalia cannot be assimilated to the bilateral treaties concluded between the colonial powers and third States, the succession to which African States objected upon their independence; nor should the noble intentions of Norway, which came forward to assist them, be the subject of misunderstanding by virtue of a dispute which is neither of its own making nor could it have been predicted.

9. Yet, it is perplexing, to say the least, that more than 50 years after independence, Kenya and Somalia are in dispute regarding the interpretation of a bilateral agreement, which they signed, but which was neither negotiated between them nor drafted by them. Indeed, the present dispute revolves around the legal implications of a bilateral agreement drafted by a third party and concluded by the two neighbouring States with hardly any input from their respective Governments.

10. International law today is not the same as that of the early twentieth century nor even that which prevailed at the time of independence of African States in the 1960s. Its effects pervade the daily lives of peoples throughout the world: their economic transactions, their development, their social interactions, and their cultural exchanges are all impacted by international law. As the scope of international law has increased, so too has the importance of ensuring that each State actively participates in the creation of international legal instruments and rules which affect its peoples and resources, and understands the obligations that it takes on.

11. No Government can afford today to put its signature to a bilateral legal instrument which it has neither carefully negotiated nor to which it has hardly contributed. This applies especially to African Governments, which, due to their painful historical experience with international legal agreements concluded with foreign powers (e.g., protectorate, unequal and capitulation treaties), should pay particular attention to the contents of such agreements. To this end, they need to develop and use their own expertise to negotiate, draft, and advise on the rules and obligations of international law to which they wish to subscribe.

*(Signed)* Abdulqawi A. YUSUF.

---

sion d'Etats, la doctrine Nyerere. Bien entendu, le mémorandum d'accord conclu entre le Kenya et la Somalie ne peut être assimilé aux traités bilatéraux conclus entre les puissances coloniales et des Etats tiers, auxquels les Etats africains ont refusé de succéder à leur accession à l'indépendance; les nobles intentions de la Norvège ne sauraient pas davantage être mises en doute en raison d'un différend dans lequel celle-ci n'est pour rien et qu'elle ne pouvait pas prévoir, étant seulement intervenue pour offrir son aide.

9. Cependant, il est pour le moins étonnant que, plus de cinquante années après leur accession à l'indépendance, le Kenya et la Somalie s'opposent au sujet de l'interprétation d'un accord bilatéral qu'ils ont signé mais n'ont ni négocié, ni rédigé ensemble. De fait, le présent différend porte sur les implications juridiques d'un accord bilatéral qui a été rédigé par une tierce partie et que les deux Etats voisins ont conclu alors que leurs gouvernements respectifs n'avaient quasiment pas contribué à son élaboration.

10. Le droit international a beaucoup évolué depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, et même depuis la décolonisation des Etats africains dans les années 1960. Ses effets imprègnent la vie quotidienne des peuples du monde entier: que ce soit dans leurs transactions économiques, leur développement, leurs interactions sociales ou leurs échanges culturels, le droit international est omniprésent. Alors que celui-ci gagnait en influence, il est apparu de plus en plus important de faire en sorte que chaque Etat soit en mesure de participer activement à l'élaboration des instruments et règles juridiques internationaux ayant une incidence sur son peuple ou ses ressources, et de contracter des obligations en pleine connaissance de cause.

11. Nul gouvernement ne peut aujourd'hui se permettre d'apposer sa signature sur un instrument juridique bilatéral qu'il n'a pas négocié avec soin, ni guère contribué à élaborer. Cela vaut *a fortiori* pour les Gouvernements africains qui, du fait de leur douloureuse expérience passée des accords juridiques internationaux conclus avec des puissances étrangères (comme les traités de protectorat, les traités inégaux ou les traités de capitulation), doivent prêter une attention particulière au contenu de tels instruments. A cette fin, ils doivent se doter et faire usage des compétences voulues pour eux-mêmes négocier et formuler, en pleine connaissance de cause, les règles et obligations de droit international auxquelles ils entendent souscrire.

(Signé) Abdulqawi A. YUSUF.

---