

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE *AD HOC* GUILLAUME

1. La Cour a estimé que, contrairement à ce que plaidait le Kenya, la frontière maritime entre le Kenya et la Somalie ne longe pas un parallèle de latitude. Elle a fixé le point de départ de cette frontière conformément aux accords conclus entre l'Italie et le Royaume-Uni en 1927 et 1933. Puis elle a délimité la mer territoriale en retenant en fait la perpendiculaire à l'orientation générale des côtes adoptée dans ces mêmes accords. En ce qui concerne la zone économique exclusive (ci-après la «ZEE») et le plateau continental au-delà de 200 milles marins, la Cour n'a pas retenu la ligne d'équidistance avancée par la Somalie. En vue de parvenir à un résultat équitable, elle a ajusté cette ligne de manière significative au profit du Kenya. Elle a enfin rejeté les conclusions de la Somalie visant à la condamnation du Kenya pour activités illicites dans la zone en litige. Je souscris à ces décisions, mais suis en désaccord sur certains points avec le raisonnement adopté par la Cour et j'estime nécessaire de faire part ici de mes divergences.

2. La Somalie demandait à la Cour de procéder à la délimitation de ses espaces maritimes avec le Kenya. Les deux États sont parties à la convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après la «CNUDM»). La délimitation doit par suite être opérée conformément aux articles 15, 74 et 83 de cette convention. A défaut d'accord entre les Parties, s'appliquent les règles posées par ces articles tels qu'interprétés par la jurisprudence. La Cour se devait donc dans un premier temps de rechercher s'il existait des accords entre le Kenya et la Somalie concernant tout ou partie de leur frontière maritime.

I. EXISTE-T-IL UN ACCORD TACITE ENTRE LES PARTIES  
SUR UNE DÉLIMITATION SELON UN PARALLÈLE DE LATITUDE ?

3. Le Kenya le prétend. Il expose qu'il a fixé la limite septentrionale de ses espaces maritimes au parallèle 1° 39' 43,2" de latitude sud. Il soutient que la Somalie a accepté cette limite par voie d'acquiescement. Telle serait donc la frontière. La Somalie le nie sur trois terrains. Elle expose :

- a) qu'une frontière maritime ne saurait être fixée par acquiescement<sup>1</sup> ;
- b) qu'en tout état de cause la Somalie n'a pas acquiescé aux prétentions unilatérales du Kenya<sup>2</sup> ;
- c) qu'enfin le Kenya a lui-même reconnu que sa frontière n'avait jamais été fixée<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Réplique de la Somalie, vol. I, par. 1.11.

<sup>2</sup> *Ibid.*, par. 2.12.

<sup>3</sup> *Ibid.*, par. 2.29.

SEPARATE OPINION OF JUDGE *AD HOC* GUILLAUME

[*Translation*]

1. The Court found that, contrary to Kenya's claims, the maritime boundary between Kenya and Somalia does not follow a parallel of latitude. It fixed the starting-point of the boundary in accordance with the agreements concluded between Italy and the United Kingdom in 1927 and 1933. It then delimited the territorial sea, in effect along the line at right angles to the general direction of the coast set out in those same agreements. As regards the exclusive economic zone (hereinafter the "EEZ") and the continental shelf beyond 200 nautical miles, the Court did not adopt the equidistance line put forward by Somalia. With a view to achieving an equitable solution, it made a significant adjustment to this line in favour of Kenya. Finally, it rejected Somalia's submission seeking a finding against Kenya on account of its unlawful activities in the disputed area. I support these decisions, but I disagree with some points of the reasoning adopted by the Court, and I consider it necessary to express my differences of opinion here.

2. Somalia requested the Court to delimit the maritime areas appertaining to it and to Kenya. Both States are parties to the United Nations Convention on the Law of the Sea (hereinafter "UNCLOS"). The delimitation must therefore be effected in accordance with Articles 15, 74 and 83 of that Convention. Failing agreement between the Parties, the rules set out in those articles, as interpreted in the jurisprudence, must be applied. Consequently, the Court had first to determine whether there were any agreements in existence between Kenya and Somalia concerning all or part of their maritime boundary.

I. IS THERE A TACIT AGREEMENT BETWEEN THE PARTIES ABOUT  
DELIMITATION ALONG A PARALLEL OF LATITUDE?

3. Kenya claims there is. It asserts that it has fixed the northern limit of its maritime areas at the parallel 1° 39' 43.2" S. It contends that Somalia agreed to this limit by way of acquiescence. The limit is therefore the boundary. Somalia disputes this on three grounds. It claims:

- (a) that a maritime boundary cannot be established by acquiescence<sup>1</sup>;
- (b) that in any event Somalia has not acquiesced to Kenya's unilateral claims<sup>2</sup>; and
- (c) lastly, that Kenya itself has acknowledged that its boundary has never been fixed<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Reply of Somalia, Vol. I, para. 1.11.

<sup>2</sup> *Ibid.*, para. 2.12.

<sup>3</sup> *Ibid.*, para. 2.29.

4. C'est à juste titre que la Cour a écarté le premier argument. Le droit international n'est pas formaliste. Il reconnaît la possibilité de transfert de souveraineté territoriale ou de fixation de frontières par accord tacite ou par acquiescement, comme la Cour l'a rappelé dans l'affaire *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh* ayant opposé la Malaisie à Singapour<sup>4</sup>. Selon cet arrêt, l'accord tacite découle du comportement convergent des parties. Quant à l'acquiescement, il résulte de l'absence de réaction d'un Etat face aux positions prises par un autre Etat. La distinction n'est pas toujours aisée à opérer et la Cour elle-même a évité dans cet arrêt de prendre parti sur le terrain à retenir. Aussi bien acquiescement et accord tacite traduisent-ils tous deux le consentement des Etats intéressés. Dans les deux cas, à travers des processus différents, ceux-ci manifestent leur accord.

La Somalie expose cependant que les articles 15, 74 et 83 de la CNUDM prévoient la délimitation des espaces maritimes par voie d'accord. Elle reconnaît que ces accords peuvent être exprès ou tacites, mais soutient que la CNUDM exclut la délimitation par voie d'acquiescement. Mais on voit mal pourquoi les auteurs de la CNUDM auraient recommandé aux Etats de fixer leurs frontières maritimes par voie d'accord, tout en excluant que la solution agréée puisse être le fruit de l'acquiescement de l'une des parties aux positions de l'autre. A l'évidence ils souhaitaient que les Etats consentent à des solutions mutuellement acceptables quelles qu'en soient les modalités. Le terme «accord» dans la convention doit être compris comme couvrant toute solution résultant du consentement des parties.

La solution retenue par la jurisprudence pour les espaces terrestres<sup>5</sup> vaut donc pour les espaces maritimes, comme la Cour l'a d'ailleurs jugé dans l'affaire du *Golfe du Maine*<sup>6</sup>. Les limites de ces espaces peuvent résulter du silence gardé par un Etat face aux positions d'un autre Etat.

5. Encore faut-il en l'espèce que les faits permettent d'aboutir à la conclusion que par un long silence la Somalie a acquiescé au parallèle de latitude retenu par le Kenya. Les faits doivent à cet égard être clairs et «dépourvu[s] d'ambiguïté»<sup>7</sup>.

Qu'en est-il? Le Kenya expose qu'à plusieurs reprises il a proclamé que sa frontière maritime avec la Somalie était constituée par un parallèle de latitude. Ces proclamations auraient été notifiées à la Somalie qui aurait

<sup>4</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 50, par. 120-121; voir aussi l'opinion dissidente commune de MM. les juges Simma et Abraham, *ibid.*, p. 117, par. 3.

<sup>5</sup> Dans le même sens, voir *Ile de Palmas (Pays-Bas/Etats-Unis d'Amérique)*, sentence du 4 avril 1928, *Revue générale de droit international public*, t. XLII, 1935, p. 164. Voir aussi *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 24-30. Voir enfin, en ce qui concerne l'île de Meanguera, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 577, par. 364.

<sup>6</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 305, par. 130.

<sup>7</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 51, par. 122; voir aussi p. 50-51, par. 120 et suiv.

4. The Court rightly rejected the first argument. International law is not formalistic. It recognizes that territorial sovereignty may be transferred and that boundaries may be fixed by tacit agreement or by acquiescence, as recalled by the Court in the *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh* case between Malaysia and Singapore<sup>4</sup>. According to that Judgment, tacit agreement arises from the convergent conduct of the parties. Acquiescence, for its part, results from the absence of reaction by one State to the positions taken by another. It is not always easy to distinguish between the two and, in the aforementioned Judgment, the Court itself avoided taking a stance on the approach to be followed. Acquiescence and tacit agreement both convey the consent of the States in question. In both cases, through different processes, the States manifest their agreement.

Somalia contends, however, that Articles 15, 74 and 83 of UNCLOS provide for the delimitation of maritime spaces by way of agreement. It acknowledges that these agreements may be express or tacit, but maintains that UNCLOS precludes delimitation by acquiescence. Yet it is difficult to see why the drafters of UNCLOS would have recommended that States fix their maritime boundaries by agreement, but excluded the possibility of the agreed solution resulting from the acquiescence of one party to the positions taken by the other. It is clear that the drafters wanted States to reach mutually acceptable solutions, regardless of how this was achieved. The term “agreement” in the Convention must be understood to include any solution arising from the parties’ consent.

The solution adopted in the jurisprudence for stretches of land<sup>5</sup> is therefore valid for maritime areas, as the Court ruled in the *Gulf of Maine* case, moreover<sup>6</sup>. The limits of those areas may result from one State’s silence in the face of another State’s positions.

5. The facts of the case must also lead to the conclusion that, through its long silence, Somalia acquiesced to the parallel of latitude adopted by Kenya. The facts in this respect must be clear and “without any doubt”<sup>7</sup>.

What is the situation? Kenya claims to have repeatedly asserted that its maritime boundary with Somalia was constituted by a parallel of latitude. These assertions are said to have been notified to Somalia, which should

<sup>4</sup> *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 50, paras. 120-121; see also the joint dissenting opinion of Judges Simma and Abraham, *ibid.*, p. 117, para. 3.

<sup>5</sup> In this regard, see *Island of Palmas Case (Netherlands/United States of America)*, Award of 4 April 1928, Reports of International Arbitral Awards (RIAA), Vol. II, p. 839. See also *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1962, pp. 24-30. Lastly, in respect of the island of Meanguera, see *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 1992, p. 577, para. 364.

<sup>6</sup> *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 305, para. 130.

<sup>7</sup> *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 51, para. 122; see also pp. 50-51, paras. 120 *et seq.*

dû réagir et ne l'aurait pas fait pendant 35 ans. Elle aurait ainsi accepté cette ligne comme frontière. Cet acquiescement serait confirmé par la conduite des Parties. La Somalie le nie.

6. Les faits, côté kényan, sont les suivants :

- a) Le Kenya a porté sa mer territoriale à 12 milles marins par proclamation présidentielle du 13 juin 1969<sup>8</sup>. La loi du 16 mai 1972 a précisé en son article 2, paragraphe 4, que : «[s]ur la côte adjacente aux Etats voisins, la mer territoriale s'étend jusqu'à une ligne médiane»<sup>9</sup>.
- b) Par proclamation présidentielle du 28 février 1979, le Kenya s'est doté d'une ZEE de 200 milles marins. La proclamation précise que «la zone économique exclusive du Kenya est délimitée comme suit : ... au nord, la frontière maritime avec la République de Somalie longe vers l'est le parallèle passant au sud de l'île de Diua Damasciaca, à savoir le parallèle 1° 38' de latitude sud»<sup>10</sup>.
- c) La loi sur les espaces maritimes du 25 août 1989 dispose en son article 3, paragraphe 4, que : «[s]ur la côte adjacente aux Etats voisins, les eaux territoriales s'étendront jusqu'à» la ligne d'équidistance<sup>11</sup>. Elle ajoute en son article 4, paragraphe 4, que : «[a]u nord, la frontière de la zone économique exclusive avec la Somalie sera délimitée par avis ministériel publié dans le Journal officiel conformément à un accord entre le Kenya et la Somalie fondé sur le droit international»<sup>12</sup>.
- d) Par proclamation présidentielle du 9 juin 2005, le Kenya a précisé que «la zone économique exclusive du Kenya est délimitée ... [à] la frontière nord des eaux territoriales avec la République de Somalie, vers l'est, par le parallèle de latitude sud 1° 39' 34" passant au sud de l'île Diua Damasciaca». Deux tableaux joints précisent vers le large les coordonnées de la mer territoriale et de la ZEE<sup>13</sup>.
- e) Le 6 mai 2009, le Kenya a présenté à la commission chargée de fixer les limites extérieures du plateau continental au-delà de 200 milles marins une demande en vue de la fixation de ces limites. Selon les coordonnées fournies et la carte jointe, la frontière maritime avec la Somalie se poursuivait au-delà de 200 milles marins sur le parallèle de latitude retenu pour la ZEE<sup>14</sup>.

Au total, le Kenya a jusqu'en 2005 retenu la ligne médiane comme ligne de délimitation de ses eaux territoriales avec la Somalie. Il a proclamé en 1979 que la limite septentrionale de sa ZEE suivait le parallèle de latitude. Toutefois sa loi de 1989 renvoyait cette délimitation à un accord à intervenir avec la Somalie. A partir de 2009, le Kenya a enfin

<sup>8</sup> Contre-mémoire du Kenya (ci-après «CMK»), vol. II, annexe 1.

<sup>9</sup> Mémoire de la Somalie (ci-après «MS»), vol. III, annexe 16.

<sup>10</sup> *Ibid.*, annexe 19, art. 1 b).

<sup>11</sup> *Ibid.*, annexe 20.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*, annexe 21.

<sup>14</sup> *Ibid.*, annexe 59.

have reacted, but failed to do so for 35 years. Kenya claims that Somalia thus consented to this line as the boundary. That acquiescence is said to be confirmed by the Parties' conduct. Somalia denies this.

6. For Kenya, the facts are as follows:

- (a) Kenya extended its territorial sea to 12 nautical miles by Presidential Proclamation of 13 June 1969<sup>8</sup>. Section 2, subsection 4, of the Act of 16 May 1972 states: "On the coastline adjacent to neighbouring States the breadth of the territorial sea shall extend to [the] Median Line"<sup>9</sup>.
- (b) By Presidential Proclamation of 28 February 1979, Kenya endowed itself with an EEZ of 200 nautical miles. The Proclamation states that "the Exclusive Economic Zone of Kenya shall . . . in respect of its northern territorial waters boundary with [the] Somali Republic be on eastern latitude South of Diua Damasciaca Island being latitude 1° 38' South"<sup>10</sup>.
- (c) Section 3, subsection 4, of the Maritime Zones Act of 25 August 1989 provides: "On the coastline adjacent to neighbouring states, the breadth of the territorial waters" shall be determined by the equidistance line<sup>11</sup>. Section 4, subsection 4, adds that "[t]he northern boundary of the exclusive economic zone with Somalia shall be delimited by notice in the *Gazette* by the Minister pursuant to an agreement between Kenya and Somalia on the basis of international law"<sup>12</sup>.
- (d) By Presidential Proclamation of 9 June 2005, Kenya declared that "the Exclusive Economic Zone of Kenya shall . . . [i]n respect of its northern territorial waters boundary with [the] Somali Republic be on eastern latitude South of Diua Damascia[ca] Island being latitude 1° 39' 34" degrees south". Two appended tables specify the seaward co-ordinates of the territorial sea and the EEZ<sup>13</sup>.
- (e) On 6 May 2009, Kenya made a submission to the Commission responsible for fixing the outer limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles (CLCS), with a view to establishing those limits. According to the co-ordinates provided and the map appended, its maritime boundary with Somalia continues beyond 200 nautical miles along the parallel of latitude used for the EEZ<sup>14</sup>.

In sum, until 2005, Kenya used the median line to delimit its boundary with Somalia in the territorial sea. In 1979, it declared that the northern limit of its EEZ followed the parallel of latitude. However, its 1989 Act stated that this boundary would be delimited pursuant to an agreement to be reached with Somalia. Lastly, since 2009, Kenya has adopted

<sup>8</sup> Counter-Memorial of Kenya (hereinafter "CMK"), Vol. II, Ann. 1.

<sup>9</sup> Memorial of Somalia (hereinafter "MS"), Vol. III, Ann. 16.

<sup>10</sup> *Ibid.*, Ann. 19, Art. 1 (b).

<sup>11</sup> *Ibid.*, Ann. 20.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*, Ann. 21.

<sup>14</sup> *Ibid.*, Ann. 59.

retenu le parallèle de latitude pour ce qui est du plateau continental au-delà de 200 milles marins.

7. Il n'est pas contesté que les deux proclamations de 1979 et 2005 ont été transmises par le Kenya au Secrétariat général des Nations Unies et communiquées par ce dernier à tous les Etats Membres de l'Organisation. Elles ont en outre été publiées par le Secrétariat et placées sur le site Internet de l'Organisation<sup>15</sup>.

8. La Somalie a-t-elle réagi face aux décisions kényanes? Elle le prétend en invoquant notamment sa propre législation. Celle-ci se présente comme suit :

- a) Par loi du 10 septembre 1972, la Somalie a fixé la largeur de sa mer territoriale à 200 milles marins<sup>16</sup>.
- b) Par loi de 1988-1989<sup>17</sup>, la Somalie a ramené sa mer territoriale à 12 milles marins, a proclamé une ZEE de 200 milles marins et s'est reconnu un plateau continental pouvant éventuellement se prolonger au-delà. L'article 4 de cette loi dispose :

« En l'absence de traité international, la République démocratique de Somalie considérera que ses frontières maritimes avec la République de Djibouti d'une part et la République du Kenya d'autre part suivent chacune une ligne droite s'étendant vers le large, tel qu'indiqué sur les croquis joints. »<sup>18</sup>

Ces croquis n'ont pas été communiqués à la Cour par la Somalie.

Les Parties divergent sur l'interprétation à donner à ce texte. La Somalie prétend que la ligne droite qu'il mentionne est la ligne d'équidistance. Le Kenya avance qu'il s'agit du parallèle de latitude. Il est regrettable que les croquis annexés à la loi n'aient pas été produits par la Somalie. En l'absence de ce document essentiel, on en est réduit à des conjectures. Il me paraît très probable que la ligne droite tracée sur la carte n'était pas la ligne d'équidistance. En effet on comprendrait mal dans ce cas pourquoi cette ligne est mentionnée expressément pour la délimitation avec le Yémen et ne l'est pas pour la délimitation avec la Somalie. Mais en l'absence de carte, nous n'avons aucune certitude.

- c) Par une proclamation présidentielle du 30 juin 2014, la Somalie a réaffirmé ses droits sur sa ZEE. Cette proclamation précise en son article 4 que, dans tous les cas où la ZEE de la Somalie est contiguë ou opposée à la ZEE d'un autre Etat côtier, la Somalie « est prête à entrer en négociation avec l'Etat côtier concerné en vue de délimiter leur ZEE »<sup>19</sup>.
- d) A partir d'août 2009, la Somalie a évoqué à plusieurs reprises la ligne

<sup>15</sup> CMK, vol. II, annexes 20 et 65; MS, vol. III, annexe 56.

<sup>16</sup> MS, vol. III, annexe 9, art. 1.

<sup>17</sup> La loi de 1988 a fait l'objet d'une décision de promulgation du président du 26 janvier 1989. *Ibid.*, annexe 11.

<sup>18</sup> *Ibid.*, annexe 10.

<sup>19</sup> *Ibid.*, annexe 14, art. 4.

the parallel of latitude for the continental shelf beyond 200 nautical miles.

7. It is not in dispute that the 1979 and 2005 proclamations were transmitted by Kenya to the United Nations Secretariat and communicated by the latter to all United Nations Member States. They were also published by the Secretariat and placed on the United Nations website<sup>15</sup>.

8. Did Somalia react to Kenya's declarations? It claims that it did, relying in particular on its own legislation. This is detailed below:

- (a) By Law of 10 September 1972, Somalia fixed the breadth of its territorial sea at 200 nautical miles<sup>16</sup>.
- (b) By Law of 1988-1989<sup>17</sup>, Somalia reduced its territorial sea to 12 nautical miles, declared an EEZ of 200 nautical miles and recognized that its continental shelf might ultimately extend beyond that distance. Article 4 of this Law provides:

“If there is no multilateral treaty, the Somali Democratic Republic shall consider that the border between the Somali Democratic Republic and the Republic of Djibouti and the Republic of Kenya is a straight line toward the sea from the land as indicated on the enclosed charts.”<sup>18</sup>

Those charts were not communicated to the Court by Somalia. The Parties disagree on the interpretation to be given to this text. Somalia claims that the straight line mentioned is the equidistance line. Kenya contends that it is the parallel of latitude. It is regrettable that the charts appended to the Law were not produced by Somalia. Without these crucial documents, we are reduced to conjecture. It seems to me highly likely that the straight line shown on the chart was not the equidistance line. Indeed, if that were the case, it would be hard to understand why that line should be expressly mentioned in the Yemen delimitation but not in the delimitation with Somalia. Without the chart, however, we cannot be certain of this.

- (c) By a Presidential Proclamation of 30 June 2014, Somalia reaffirmed its rights over the EEZ. Article 4 of that Proclamation states that in any case where Somalia's EEZ is adjacent or opposite to the EEZ of another coastal State, Somalia “is prepared to enter into negotiations with the coastal State concerned with a view to delimiting their respective Exclusive Economic Zones”<sup>19</sup>.
- (d) From August 2009 onwards, Somalia repeatedly stated that the equi-

<sup>15</sup> CMK, Vol. II, Anns. 20 and 65; MS, Vol. III, Ann. 56.

<sup>16</sup> MS, Vol. III, Ann. 9, Art. 1.

<sup>17</sup> The 1988 Law was promulgated by a presidential decision of 26 January 1989. *Ibid.*, Ann. 11.

<sup>18</sup> *Ibid.*, Ann. 10.

<sup>19</sup> *Ibid.*, Ann. 14, Art. 4.



d'équidistance comme devant gouverner la délimitation de ses espaces maritimes avec le Kenya et notamment de son plateau continental au-delà de 200 milles marins<sup>20</sup>.

9. Au total, il apparaît que :

- a) Le Kenya n'a revendiqué le parallèle de latitude pour la mer territoriale qu'en 2005. Il l'a fait de manière implicite dans le tableau des coordonnées annexé à la proclamation. La Somalie a fait objection à cette position en 2009. Le silence de la Somalie pendant quatre ans sur la proclamation ainsi formulée ne saurait valoir acquiescement.
- b) Le Kenya a revendiqué en 2009 ce même parallèle pour le plateau continental au-delà de 200 milles marins. La Somalie a immédiatement objecté. Elle n'a donc jamais acquiescé.
- c) Pour ce qui est de la ZEE, l'hésitation est permise. En effet le Kenya a revendiqué le parallèle en 1979 et 2005 par proclamations présidentielles diffusées à tous les Etats Membres des Nations Unies et la Somalie n'a objecté qu'en 2009. Mais on peut se demander si, dans une matière d'une telle importance, une diffusion de ce type suffit pour conduire à un accord tacite par voie d'acquiescement ou si une notification directe des prétentions nationales à l'Etat voisin n'est pas nécessaire. On doit également noter qu'avant 2018, le Kenya, tant dans ses négociations avec la Somalie que devant la Cour, ne s'est jamais prévalu de l'acquiescement de la Somalie et s'est comporté comme si la frontière de la ZEE restait à fixer.

C'est pour ces motifs que je me suis en définitive rallié à la solution adoptée sur ce point par la Cour.

## II. LES ACCORDS ENTRE L'ITALIE ET LE ROYAUME-UNI DE 1927 ET 1933 DÉLIMITENT-ILS LA MER TERRITORIALE ?

10. Les anciennes puissances coloniales, l'Italie et le Royaume-Uni, avaient conclu en 1924, 1927 et 1933 trois accords fixant leur frontière. Le Kenya et la Somalie sont liés par ces accords en tant qu'Etats successeurs. La Cour en a jugé ainsi (arrêt, par. 98). Aucun doute n'était d'ailleurs permis à cet égard, compte tenu des articles 11 et 12 de la convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités<sup>21</sup>, de l'application en Afrique de la règle de l'*uti possidetis juris* consacrée par

<sup>20</sup> MS, vol. III, annexe 37, lettre datée du 19 août 2009 ; *ibid.*, annexes 31 et 32, comptes rendus de la négociation de 2014.

<sup>21</sup> La Cour, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, a reconnu un caractère coutumier à l'article 12 de la convention (*Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 72, par. 123). La même conclusion s'impose *a fortiori* en ce qui concerne l'article 11 selon lequel « [u]ne succession d'Etats ne porte pas atteinte en tant que telle ... [à] une frontière établie par un traité ».

distance line should govern the delimitation of the maritime spaces appertaining to it and to Kenya and in particular its continental shelf beyond 200 nautical miles<sup>20</sup>.

9. All things considered, it appears that:

- (a) Kenya did not claim the parallel of latitude for the territorial sea until 2005. It did so implicitly, in the table of co-ordinates annexed to the Proclamation. Somalia objected to this position in 2009. Somalia's four-year silence on a proclamation formulated in this way cannot constitute acquiescence.
- (b) Kenya claimed the same parallel of latitude for the continental shelf beyond 200 nautical miles in 2009. Somalia immediately objected to this. It therefore never acquiesced.
- (c) The situation is not so clear cut as regards the EEZ. Indeed, Kenya claimed the parallel of latitude in 1979 and 2005 by presidential proclamations circulated to all United Nations Member States, and Somalia raised no objection until 2009. However, it may be asked whether, in matters of such importance, circulation of this kind is sufficient to give rise to a tacit agreement by acquiescence, or whether a State is required to notify its neighbour of its claims directly. It should also be noted that, prior to 2018, both in its negotiations with Somalia and before the Court, Kenya never claimed that Somalia had acquiesced, and it behaved as if the EEZ boundary had yet to be established.

It is for these reasons that I ultimately supported the Court's solution on this point.

## II. DOES THE 1927/1933 TREATY ARRANGEMENT BETWEEN ITALY AND THE UNITED KINGDOM DELIMIT THE TERRITORIAL SEA?

10. In 1924, 1927 and 1933, the former colonial Powers, Italy and the United Kingdom, concluded three agreements establishing their boundary. As successor States, Kenya and Somalia are bound by these agreements. The Court deemed this to be so (Judgment, para. 98). Nor could there be any doubt in this regard, in view of Articles 11 and 12 of the 1978 Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties<sup>21</sup>, the application in Africa of the rule of *uti possidetis juris* enshrined by

<sup>20</sup> MS, Vol. III, Ann. 37, Letter of 19 August 2009. *Ibid.*, Anns. 31 and 32, Records of the 2014 negotiations.

<sup>21</sup> In the case concerning the *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, the Court acknowledged the customary nature of Article 12 of the Convention (*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1997*, p. 72, para. 123). The same conclusion must be drawn *a fortiori* with regard to Article 11, according to which "[a] succession of States does not as such affect . . . a boundary established by a treaty".

diverses décisions de l'Organisation de l'unité africaine<sup>22</sup> et de la jurisprudence de la Cour<sup>23</sup> et des tribunaux arbitraux<sup>24</sup>.

11. Il appartenait donc à la Cour de rechercher si l'accord de 1927/1933 fixait le point de départ de la frontière maritime et le tracé de cette frontière dans tout ou partie de la mer territoriale.

12. L'accord de 1933 donne force obligatoire aux conclusions auxquelles les fonctionnaires des Parties étaient parvenus en 1927. Il fixe avec une extrême précision le tracé de la frontière terrestre de borne en borne et le reproduit à cet effet sur une carte. Il dispose en outre que, à partir de la dernière borne, BP 29, au point dénommé Dar Es Salam, la frontière va, «dans une direction sud-est, jusqu'à la limite des eaux territoriales, le long d'une ligne droite à angle droit de l'orientation générale de la côte à Dar Es Salam, laissant les îlots de Diua Damasciaca en territoire italien»<sup>25</sup>.

13. Cette disposition permet de fixer le point de départ de la frontière maritime. Celui-ci, contrairement à ce que soutient le Kenya, ne saurait être la borne BP 29 à l'intérieur des terres. Aussi bien la frontière terrestre se poursuit-elle à partir de cette borne sur le court segment de 41 mètres environ qui la sépare de la mer. Elle le fait selon une ligne droite perpendiculaire à la direction générale des côtes. Le point de départ de la frontière maritime se situe donc à l'intersection de cette ligne et de la côte, comme l'a jugé à bon droit la Cour.

14. Dans les eaux territoriales, la frontière doit suivre la même direction. En effet, il résulte de l'accord de 1927/1933 que, depuis la borne BP 29, la frontière se poursuit dans cette direction jusqu'à la limite des eaux territoriales. L'accord ajoute que du fait de cette délimitation les îlots de Diua Damasciaca seront en territoire italien, confirmant que la frontière ainsi fixée va bien jusqu'à la limite extérieure des eaux territoriales.

15. En réponse à une question posée par un juge lors des audiences, la Somalie a cependant fait valoir qu'aucune des Parties «n'accepte ou n'a

<sup>22</sup> L'Union africaine s'est à plusieurs reprises exprimée en faveur du respect des frontières existant au moment de l'accession à l'indépendance (résolution AHG/Res. 16 (I) du 21 juillet 1964 et art. 4, par. b) de l'acte constitutif de l'Union africaine du 11 juin 2000). La Cour, dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, a précisé que l'*uti possidetis est* «un principe d'ordre général nécessairement lié à la décolonisation où qu'elle se produise». Par suite, les déclarations de l'Union africaine ont sur ce point une «valeur déclaratoire et non pas constitutive» (*Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 566, par. 23-24).

<sup>23</sup> *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, arrêt, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 46, p. 145; voir aussi *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, ordonnance du 6 décembre 1930, C.P.J.I. série A n° 24, p. 17; *Temple de Préh Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 6-38; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 72, par. 123.

<sup>24</sup> *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, sentence du 31 juillet 1989, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, p. 143, par. 62 et suiv.

<sup>25</sup> MS, vol. III, annexe 4, Exchange of Notes between His Majesty's Government in the United Kingdom and the Italian Government regarding the Boundary between Kenya and Italian Somaliland (22 November 1933), Appendix I, First Part.

various decisions of the Organization of African Unity<sup>22</sup>, and the jurisprudence of the Court<sup>23</sup> and arbitral tribunals<sup>24</sup>.

11. It was thus for the Court to determine whether the 1927/1933 treaty arrangement fixed the starting-point and course of the maritime boundary in all or part of the territorial sea.

12. The 1933 agreement gives binding effect to the conclusions reached by the Parties' officials in 1927. It fixes with extreme precision the course of the land boundary from beacon to beacon, and reproduces it to the same effect on a map. Moreover, it provides that from the final beacon, PB 29, to the point known as Dar Es Salam, the boundary runs "in a south-easterly direction, to the limit of territorial waters in a straight line at right angles to the general trend of the coastline at Dar Es Salam, leaving the islets of Diua Damasciaca in Italian territory"<sup>25</sup>.

13. This provision makes it possible to fix the starting-point of the maritime boundary. Contrary to what is claimed by Kenya, this cannot be the inland beacon PB 29. The land boundary thus continues from this beacon along the short stretch of around 41 metres which separates it from the sea. It does so in a straight line at right angles to the general trend of the coastline. The starting-point of the maritime boundary is therefore at the intersection of that line and the coast, as rightly determined by the Court.

14. In the territorial sea, the boundary must follow the same direction. Indeed, the 1927/1933 treaty arrangement indicates that, from beacon PB 29, the boundary continues in that direction up to the limit of the territorial sea. The arrangement further indicates that, as a result of this delimitation, the islets of Diua Damasciaca will be in Italian territory, confirming that the boundary thus fixed does indeed extend as far as the outer limit of the territorial sea.

15. In response to a question put by one of the judges at the hearings, Somalia nonetheless claimed that neither Party "accepts, or has ever

<sup>22</sup> The African Union has on several occasions expressed its support for respecting the borders existing at the time independence is achieved (resolution AHG/Res.16 (I) of 21 July 1964 and Article 4, paragraph (b) of the Constitutive Act of the African Union of 11 June 2000). In the case concerning the *Frontier Dispute between Burkina Faso and Mali*, the Court stated that *uti possidetis* is "a principle of a general kind which is logically connected with this form of decolonization wherever it occurs". Hence, in this respect, the African Union's statements are "declaratory rather than constitutive" (*Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 566, paras. 23-24).

<sup>23</sup> *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judgment, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 46, p. 145; see also *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of 6 December 1930, P.C.I.J., Series A, No. 24, p. 17; *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1962, pp. 6-38; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 72, para. 123.

<sup>24</sup> *Delimitation of the maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal*, Decision of 31 July 1989, United Nations, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XX, p. 143, paras. 62 *et seq.*

<sup>25</sup> MS, Vol. III, Ann. 4, Exchange of Notes between His Majesty's Government in the United Kingdom and the Italian Government regarding the Boundary between Kenya and Italian Somaliland (22 November 1933), Appendix I, First Part.

jamais accepté que la frontière dans la mer territoriale suive» la ligne de l'accord de 1927/1933. Elle en déduisait que cette ligne ne saurait être retenue. Le Kenya a, quant à lui, fait état dans son contre-mémoire de l'accord de 1927/1933 pour la délimitation de la mer territoriale<sup>26</sup>. Il n'a pas commenté la réponse donnée par la Somalie à la question posée à l'audience.

16. La Cour a constaté «qu'aucune des Parties ne lui demande de confirmer l'existence de quelque segment d'une frontière maritime ou de délimiter la frontière dans la mer territoriale sur la base de l'arrangement conventionnel de 1927/1933» (arrêt, par. 109). Elle a ajouté qu'aucune des Parties ne s'est référée à cet accord dans sa législation ou lors des négociations de 2014. Elle en a conclu «qu'il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la question de savoir si l'arrangement conventionnel de 1927/1933 avait pour objet de délimiter la frontière dans la mer territoriale» (*ibid.*).

17. Je ne saurais souscrire à ce raisonnement. Un traité demeure en vigueur tant qu'il n'a pas été abrogé. Tant qu'il est en vigueur, le juge est tenu de l'appliquer et de l'interpréter. Les conclusions de la Somalie posaient en réalité la question de savoir si, par accord tacite, les deux Parties avaient abrogé la disposition litigieuse en tant qu'elle vise la mer territoriale, tout en conservant cette même disposition pour la fixation du dernier segment de la frontière terrestre et du point de départ de la frontière maritime. Mais un accord tacite ne saurait être aisément établi, ainsi que la Cour l'a d'ailleurs rappelé en ce qui concerne le parallèle de latitude revendiqué par le Kenya (*ibid.*, par. 52). Or en l'espèce rien n'établit qu'un tel accord soit intervenu et il n'est même pas soutenu qu'il en ait été ainsi.

Dans ces conditions, la Cour se devait, me semble-t-il, d'appliquer l'accord de 1927/1933 non seulement pour la fixation du point de départ de la frontière maritime, mais encore pour le tracé de cette frontière dans la mer territoriale. Elle ne pouvait s'en dispenser.

18. Reste un problème délicat : les eaux territoriales à l'époque de l'accord étaient généralement larges de 3 milles marins. Elles sont aujourd'hui de 12 milles. La ligne fixée par l'accord doit-elle s'arrêter à 3 milles ou aller jusqu'à 12 milles ?

Tout dépend de la commune intention des parties lors de la conclusion de l'accord<sup>27</sup>. Mais en l'espèce les travaux préparatoires sont muets. En pareil cas, la Cour procède à une distinction selon que les termes employés ont ou non un caractère générique.

L'accord de 1927/1933 vise les eaux territoriales sans en mentionner la largeur. Or, à l'époque, si la Grande-Bretagne était fermement attachée à

<sup>26</sup> CMK, vol. I, par. 34.

<sup>27</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 242-244, par. 63-71. Dans certains cas, la Cour a retenu le sens originel des termes (voir *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France c. Etats-Unis d'Amérique)* et *Ile de Kasikilil/Sedudu (Botswana/Namibie)*). Dans d'autres cas, la Cour a retenu le sens évolutif (voir *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)* et *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*).

accepted, that the boundary in the territorial sea” follows the line provided for under the 1927/1933 treaty arrangement. Somalia thus concluded that this line could not be adopted. Kenya, for its part, mentioned the 1927/1933 treaty arrangement in its Counter-Memorial in respect of the delimitation of the territorial sea<sup>26</sup>. It did not comment on Somalia’s response to the question put at the hearing.

16. The Court noted that “neither Party asks it to confirm the existence of any segment of a maritime boundary or to delimit the boundary in the territorial sea on the basis of the 1927/1933 treaty arrangement” (Judgment, para. 109). It also recalled that neither Party referred to this arrangement in its legislation or during the 2014 negotiations. The Court therefore concluded that it was “unnecessary to decide whether the 1927/1933 treaty arrangement had as an objective the delimitation of the boundary in the territorial sea” (*ibid.*).

17. I cannot support this line of reasoning. A treaty remains in force until such time as it is abrogated. So long as it is in force, the courts must apply and interpret it. Somalia’s pleadings in effect raised the question whether the two Parties had, by tacit agreement, abrogated the contested provision in so far as it applies to the territorial sea, while retaining it for the purposes of fixing the final segment of the land boundary and the starting-point of the maritime boundary. Tacit agreements, however, are not easily proved, as the Court moreover recalled with regard to the parallel of latitude claimed by Kenya (*ibid.*, para. 52). In this case, there is no evidence that such an agreement ever existed, nor was it claimed that one did.

In these circumstances, the Court should, in my view, have applied the 1927/1933 treaty arrangement not only in fixing the starting-point of the maritime boundary, but also in plotting the course of that boundary in the territorial sea. It did not have the option of dispensing with it.

18. A delicate issue remains: at the time of the treaty arrangement, the breadth of the territorial sea was generally 3 nautical miles. Today it is 12 miles. Should the line fixed under the arrangement stop at 3 miles or continue up to 12?

That depends on the common intention of the parties when the arrangement was made<sup>27</sup>. In this instance, however, the *travaux préparatoires* are silent. In such an event, the Court makes a determination based on whether or not the terms used are generic.

The 1927/1933 treaty arrangement refers to the territorial sea without mentioning its breadth. While Great Britain was firmly committed to the

---

<sup>26</sup> CMK, Vol. I, para. 34.

<sup>27</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, pp. 242-244, paras. 63-71. In some instances, the Court has retained the original meaning of terms (see *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)* and *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*). In others, the Court has adopted the evolving meaning (see *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)* and *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*).

la limite des 3 milles, cette limite était déjà contestée, notamment par l'Italie<sup>28</sup>. Dès lors les négociateurs ne pouvaient ignorer que la largeur des «eaux territoriales» était susceptible d'évolution. A mon sentiment, il convient de tenir compte de l'évolution survenue depuis 1933 et de retenir la limite de 12 milles marins.

Ainsi la frontière des Parties dans les eaux territoriales suit jusqu'à 12 milles marins une ligne droite orientée sud-est perpendiculaire à l'orientation générale de la côte à Dar Es Salam conformément à l'accord de 1927/1933.

19. La Cour a adopté une ligne de délimitation qui coïncide pratiquement avec cette ligne conventionnelle. Mais elle est parvenue à ce résultat en traçant une ligne médiane conformément à l'article 15 de la CNUDM. Elle a constaté cependant que cette ligne médiane correspondait de très près à la ligne définie dans l'accord de 1927/1933 (arrêt, par. 118).

20. Je suis de ce fait en accord avec les coordonnées retenues par la Cour et j'ai par suite voté en faveur du point 3) du dispositif. En revanche, je ne saurais souscrire aux motifs adoptés. Conformément à l'article 15 de la CNUDM, la Cour aurait dû rechercher d'abord si un accord existait entre les Parties, puis conclure qu'il existait un tel accord et l'appliquer.

(Signé) Gilbert GUILLAUME.

---

<sup>28</sup> D. P. O'Connell, *The International Law of the Sea*, vol. I, 1982, p. 165.

3-mile limit at the time, that limit was already disputed, by Italy in particular<sup>28</sup>. The negotiators must therefore have been aware that the breadth of the "territorial waters" might change. In my view, account must be taken of the developments that have occurred since 1933, and the 12-mile limit must be adopted.

The Parties' boundary in the territorial sea thus continues up to the 12-mile point in a straight line running in a south-easterly direction at right angles to the general direction of the coast at Dar Es Salam, in accordance with the 1927/1933 treaty arrangement.

19. The Court adopted a delimitation line which is virtually the same as that set out in the treaty arrangement. However, it reached this result by drawing a median line in accordance with Article 15 of UNCLOS. It nevertheless observed that the median line closely corresponds to that provided for under the 1927/1933 treaty arrangement (Judgment, para. 118).

20. I therefore agree with the co-ordinates adopted by the Court and, consequently, voted in favour of the third subparagraph of the operative clause. I cannot support the reasoning adopted, however. In accordance with Article 15 of UNCLOS, the Court should have first determined whether there was an agreement between the Parties; it should then have concluded that such an agreement did exist, and applied it.

*(Signed)* Gilbert GUILLAUME.

---

<sup>28</sup> D. P. O'Connell, *The International Law of the Sea*, Vol. I, 1982, p. 165.