

SEPARATE OPINION OF JUDGE YUSUF

Agreement with rejection of acquiescence — Also, with dismissal of application of parallel of latitude — Disagreement with certain aspects of implementation of methodology — Selection of base points for median line in territorial sea deviates from applicable law and jurisprudence of Court — Erroneous adjustment of provisional equidistance line by reference to “broader geographical configuration” — Taking account of extraneous relevant circumstances — Refashioning of geography in search of concavity and elusive cut-off — Incorrect use of the concept of “cut-off” — Flawed reasoning for delimitation within 200 nautical miles extended into delimitation of continental shelf beyond 200 nautical miles — Possible “grey area” may create new problems between Parties.

I. INTRODUCTION

1. I am in agreement with the decision of the Court to reject Kenya’s claim that Somalia had acquiesced to a maritime boundary that follows the parallel of latitude described in paragraph 35 of the Judgment.

2. I also concur in the decision of the Court to deny Kenya’s request to adjudge and declare that the maritime boundary between Somalia and Kenya in the Indian Ocean shall follow the parallel of latitude at 1° 39’ 43.2” S. As noted in paragraph 130 of the Judgment, “the Court does not consider that the use of the parallel of latitude is the appropriate methodology to achieve an equitable solution”.

3. Consequently, the Court has decided to apply a median line in the territorial sea as prescribed by Article 15 of the United Nations Convention on the Law of the Sea (hereinafter “UNCLOS”) and to use its usual three-stage methodology for the establishment of the maritime boundary in the exclusive economic zone (hereinafter “EEZ”) and continental shelf. However, the way in which the base points have been selected in the construction of the median line for the territorial sea departs from the provisions of UNCLOS and from the jurisprudence of the Court. I will therefore address this matter in the present opinion.

4. As indicated in my vote against subparagraphs (4) and (5) of the *dispositif*, my main disagreement relates to the manner in which the three-stage methodology has been implemented, particularly with regard to the adjustment of the equidistance line. I could not agree with the unprecedented search for a concavity in a so-called “broader geographical configuration” (cf. paragraphs 164-168 of the Judgment), which has nothing to do

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE YUSUF

[Traduction]

Accord avec le rejet de l'acquiescement — Accord également avec le refus d'utiliser le parallèle — Désaccord avec certains aspects de l'application de la méthode employée — Choix des points de base pour la ligne médiane dans la mer territoriale n'étant pas conforme au droit applicable et à la jurisprudence de la Cour — Ajustement erroné de la ligne d'équidistance provisoire par référence à un « contexte géographique plus large » — Prise en compte de circonstances pertinentes extérieures — Remodelage de la géographie en quête d'une concavité et d'un insaisissable effet d'amputation — Utilisation incorrecte de la notion d'« amputation » — Raisonnement erroné pour la délimitation en deçà de 200 milles marins étant appliqué par extension à la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins — Eventuelle « zone grise » pouvant engendrer de nouveaux problèmes entre les Parties.

I. INTRODUCTION

1. Je souscris à la décision de la Cour de rejeter l'affirmation du Kenya selon laquelle la Somalie a acquiescé à une frontière maritime longeant le parallèle décrit au paragraphe 35 de l'arrêt.

2. J'estime également que la Cour a eu raison de ne pas accéder à la demande du Kenya tendant à ce qu'elle dise et juge que la frontière maritime entre les deux Etats dans l'océan Indien doit suivre le parallèle situé par 1° 39' 43,2" de latitude sud. Comme elle l'a relevé au paragraphe 130 de son arrêt, « la Cour ne considère pas que l'utilisation du parallèle ... soit la méthode appropriée pour aboutir à une solution équitable ».

3. En conséquence, la Cour a décidé de recourir à une ligne médiane dans la mer territoriale comme le prescrit l'article 15 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après la « CNUDM ») et d'employer son habituelle méthode en trois étapes pour déterminer la frontière maritime dans la zone économique exclusive (ci-après la « ZEE ») et sur le plateau continental. La manière dont les points de base ont été choisis pour tracer la ligne médiane dans la mer territoriale n'est cependant conforme ni aux dispositions de la CNUDM, ni à la jurisprudence de la Cour. Je traiterai donc de cette question dans le présent exposé.

4. Comme l'indique mon vote contre les points 4) et 5) du dispositif, mon désaccord porte principalement sur la manière dont la méthode en trois étapes a été appliquée, notamment en ce qui concerne l'ajustement de la ligne d'équidistance. Je ne peux souscrire à la recherche inédite d'une concavité dans un supposé « contexte géographique plus large » (voir paragraphes 164 à 168 de l'arrêt) qui, loin d'avoir un quelconque rapport avec la

with the geography and coastlines of Somalia and Kenya, but can only be understood as an attempt to justify a “judicial refashioning of geography”.

5. This is further compounded by a substantial adjustment of the provisional equidistance line constructed for the delimitation of the EEZ and continental shelf, without any reasons given except that it has been done on the basis of an allegedly “serious cut-off” of the coastal projections of Kenya (cf. paragraphs 168 and 171 of the Judgment). However, no such “serious cut-off” can be visualized within 200 nautical miles, even on sketch-map No. 10 of the Judgment entitled “Geographical configuration and its effect on equidistance lines” (p. 269). This is a very regrettable and unprecedented use of the words “serious cut-off” for something different from what they actually mean.

6. The use of a geodetic line based on the incorrectly adjusted equidistance line brings into the delimitation of the area beyond 200 nautical miles the same flawed reasoning used for the area within the 200-nautical-mile zone. This reasoning does not take into account the fact that any “cut-off” effect of Kenya’s coastal projections in the outer continental shelf could solely be due to its agreement with Tanzania, which should have no legal effect on the delimitation between Somalia and Kenya. Moreover, the incorrect adjustment of the equidistance line gives rise to what the Judgment refers to as a “possible grey area” on the edge of the 200-nautical-mile delimitation. This “possible grey area”, which is depicted in sketch-map No. 12 (p. 278), may also lead in the future to a “Court-created” new problem between the Parties.

7. The reasons for my above reservations and disagreements are further elaborated below.

II. THE CONSTRUCTION OF A MEDIAN LINE IN THE TERRITORIAL SEA

8. The approach taken in the Judgment in the selection of base points for the construction of a median line is questionable for a number of reasons. First, according to Article 15 of UNCLOS, the median line in the territorial sea shall be constructed by reference to “the nearest points on the baselines from which the breadth of the territorial seas of each of the two States is measured”¹. In this regard, Article 5 of UNCLOS states that, in principle, “the normal baseline for measuring the breadth of the territorial sea is the *low-water line along the coast*” (emphasis added). In *Qatar v. Bahrain*, the Court referred to Article 5 of UNCLOS and stated that “under the applicable rules of international law the normal

¹ Cf. *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 94, para. 177; see also *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 442, para. 290.

géographie et le littoral des deux Etats, ne peut être interprétée que comme une tentative de justifier un «remodelage judiciaire de la géographie».

5. Pire encore, la ligne d'équidistance provisoire construite pour délimiter la ZEE et le plateau continental a été sensiblement ajustée sans autre justification que celle d'atténuer un «effet d'amputation» supposément «grave» des projections côtières du Kenya (voir paragraphes 168 et 171 de l'arrêt). Aucune «grave» amputation de ce type n'est pourtant visible en deçà de 200 milles marins, même sur le croquis n° 10 de l'arrêt, intitulé «Configuration géographique et son effet sur les lignes d'équidistance» (p. 269). Il s'agit d'un usage fort regrettable et inédit de l'expression «grave effet d'amputation», employée ici mal à propos.

6. L'utilisation d'une ligne géodésique fondée sur une ligne d'équidistance ajustée de manière inappropriée revient à appliquer le même raisonnement erroné à la délimitation de la zone au-delà de 200 milles marins qu'à celle de la zone en deçà de cette limite. Ce raisonnement ne tient pas compte de ce que tout «effet d'amputation» des projections côtières du Kenya sur le plateau continental étendu ne pourrait découler que de l'accord entre le Kenya et la Tanzanie, accord qui ne devrait avoir aucun effet juridique sur la délimitation entre celui-ci et la Somalie. En outre, l'ajustement inapproprié de la ligne d'équidistance crée ce que l'arrêt désigne comme une «éventuelle zone grise» le long de la limite des 200 milles marins (visible sur le croquis n° 12, p. 278), zone qui pourrait, à l'avenir, engendrer entre les Parties un nouveau problème dont la Cour serait à l'origine.

7. Les raisons des réserves et désaccords que j'ai exprimés dans les paragraphes précédents sont exposées plus en détail ci-après.

II. CONSTRUCTION D'UNE LIGNE MÉDIANE DANS LA MER TERRITORIALE

8. La manière dont les points de base devant servir à la construction de la ligne médiane ont été choisis par la Cour est discutable pour plusieurs raisons. Premièrement, aux termes de l'article 15 de la CNUDM, la ligne médiane dans la mer territoriale est tracée en utilisant les «points les plus proches des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale de chacun des deux Etats»¹. A cet égard, l'article 5 de la CNUDM dispose que, en principe, «la ligne de base normale à partir de laquelle est mesurée la largeur de la mer territoriale est la *laisse de basse mer le long de la côte*» (les italiques sont de moi). En l'affaire *Qatar c. Bahreïn*, se référant à la disposition précitée, la Cour a dit que, «selon

¹ Voir *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 94, par. 177; voir aussi *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 442, par. 290.

baseline for measuring this breadth is the low-water line along the coast”².

9. Similarly, in *Eritrea/Yemen*, the arbitral tribunal rejected Yemen’s argument that it should establish the median line boundary from base points on the high-water line, noting that “the use of the low-water line is laid down by a general international rule in the Convention’s article 5” and this “accords with long practice and with the well-established customary rule of the law of the sea”³. In *Bangladesh v. India*, the UNCLOS Annex VII arbitral tribunal referred to *Eritrea/Yemen* and reaffirmed that it would “determine the appropriate base points by reference to the physical geography at the time of the delimitation and to the low-water line of the relevant coasts”⁴.

10. Thus, both this Court and other international courts and tribunals have plotted a provisional equidistance or median line in the territorial sea by reference to such base points on the low-water line in accordance with Article 5 of UNCLOS and general international law⁵. It follows that, in accordance with the provisions of UNCLOS, its own jurisprudence and the practice of other courts and tribunals, the Court should have constructed a provisional median line by reference to such base points on the low-water line from which the breadth of the territorial sea is measured. However, the Judgment deviates from this practice without providing adequate reasons for its seemingly random selection of base points.

² *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 97, para. 184.

³ *Second stage of the proceedings between Eritrea and Yemen (Maritime Delimitation), Award of 17 December 1999*, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. XXII, p. 338, para. 14, and p. 366, paras. 133-135.

⁴ *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh v. India), Award of 7 July 2014, RIAA*, Vol. XXXII, p. 75, paras. 221-223.

⁵ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012*, pp. 47-48, paras. 155-156 (“the Tribunal . . . will draw an equidistance line from the low-water line indicated on the Admiralty Chart 817 used by the Parties”); *Arbitration regarding the Delimitation of the Maritime Boundary between Guyana and Suriname, Award of 17 September 2007, RIAA*, Vol. XXX, p. 109, para. 393 (“The Tribunal accepts the basepoints for the low-water lines of Suriname and Guyana provided by the Parties that are relevant to the drawing of the equidistance line”); *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, Decision of 11 April 2006, RIAA*, Vol. XXVII, p. 245, para. 381 (“The line of delimitation then proceeds generally south-easterly as a series of geodetic line segments, each turning point being equidistant from the low water line of Barbados and from the nearest turning point or points of the archipelagic baselines of Trinidad and Tobago”); see also *ibid.*, p. 248, Appendix, Technical Report of the Tribunal’s Hydrographer, para. 1; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 443, para. 292; *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 97, para. 184, pp. 100-101, paras. 201-202 and p. 104, paras. 216 and 219. (All emphases added.)

les règles de droit international applicables, la ligne de base normale à partir de laquelle est mesurée la largeur de la mer territoriale est la laisse de basse mer le long de la côte»².

9. De même, en l'affaire *Erythrée/Yémen*, le tribunal arbitral a rejeté l'argument du Yémen selon lequel il devait établir la ligne médiane à partir des points de base situés sur la laisse de haute mer, relevant que «l'utilisation de la laisse de basse mer [était] prescrite par une règle internationale générale à l'article 5 de la Convention», ce qui était «conforme à la pratique établie de longue date ainsi qu'à la règle coutumière bien établie du droit de la mer»³. En l'affaire *Bangladesh c. Inde*, le tribunal arbitral constitué en application de l'annexe VII de la CNUDM, se référant à l'affaire *Erythrée/Yémen*, a réaffirmé qu'il «choisirait les points de base appropriés par référence à la géographie physique au moment de la délimitation et à la laisse de basse mer des côtes pertinentes»⁴.

10. La Cour et d'autres juridictions internationales ont donc tracé des lignes médianes ou d'équidistance provisoires dans la mer territoriale à partir des points de base situés sur la laisse de basse mer, conformément à l'article 5 de la CNUDM et au droit international général⁵. Il s'ensuit que, conformément aux dispositions de la CNUDM, à sa propre jurisprudence et à la pratique d'autres juridictions, la Cour aurait dû, en la présente espèce, construire une ligne médiane provisoire par référence aux points de base situés sur la laisse de basse mer à partir de laquelle est mesurée la largeur de la mer territoriale. Or, elle s'est écartée de cette pratique, semblant avoir choisi des points de base au hasard, sans fournir de justification satisfaisante à cet égard.

² Voir *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 97, par. 184.

³ *Seconde étape de la procédure entre l'Erythrée et le Yémen (délimitation maritime)*, sentence du 17 décembre 1999, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales (RSA), vol. XXII, p. 338, par. 14, et p. 366, par. 133-135.

⁴ *Arbitrage concernant la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh c. Inde)*, sentence du 7 juillet 2014, RSA, vol. XXXII, p. 75, par. 221-223.

⁵ *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt, TIDM Recueil 2012, p. 47-48, par. 155-156 («Le Tribunal ... tracera une ligne d'équidistance à partir de la laisse de basse mer indiquée sur la carte n° 817 de l'Amirauté utilisée par les Parties»); *Arbitrage concernant la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname*, sentence du 17 septembre 2007, RSA, vol. XXX, p. 109, par. 393 («Le Tribunal accepte les points de base retenus par les Parties sur les lasses de basse mer du Suriname et du Guyana qui sont pertinents pour le tracé de la ligne d'équidistance»); *Arbitrage entre la Barbade et la République de Trinité-et-Tobago*, sentence du 11 avril 2006, RSA, vol. XXVII, p. 245, par. 381 («La ligne de délimitation s'oriente ensuite dans une direction générale sud-est en une série de segments de ligne géodésique, chaque point d'inflexion se trouvant à égale distance de la laisse de basse mer de la Barbade et du ou des points d'inflexion des lignes de base archipélagiques de Trinité-et-Tobago»); voir aussi *ibid.*, p. 248, Appendix, Technical Report of the Tribunal's Hydrographer, par. 1; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 443, par. 292; *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 97, par. 184, p. 100-101, par. 201-202, et p. 104, par. 216 et 219. (Tous les italiques sont de moi.)

11. Secondly, it is well established that, when the parties agree on a particular point, such as the placement of base points on the coast for the purposes of maritime delimitation, the respective court or tribunal will respect that agreement⁶, unless particular reasons warrant a different conclusion. In the present case, both Parties have proposed base points for the construction of the provisional median line, which reflect the geographical reality in the immediate vicinity of the land boundary terminus (hereinafter “LBT”). In its Memorial, Somalia identified three base points on the Somali side, two of which were located on the Diua Damasciaca Islands (S1 and S2), while the third (S3) was located on a low-tide elevation near the southernmost tip of Ras Kaambooni⁷. On the Kenyan side, Somalia identified two base points (K1 and K2) “on the most seaward points on the charted low-tide coast” of Kenya’s mainland⁸.

12. While Kenya did not originally identify any base points for the construction of the provisional median line, it provided such co-ordinates in the additional document it submitted as Appendix 2, Volume 1 (hereinafter “KAD”)⁹. First, Kenya proposed two base points on the mainland in the immediate vicinity of the LBT (K1 and S1), both of which are less than 1 km away from the LBT. On the Somali side, Kenya proposed a base point (S2) on the Diua Damasciaca Islands, and another base point (S3) on the low-water line of Ras Kaambooni. On the Kenyan side, Kenya has — just like Somalia — proposed base points on the low-water line of the mainland’s coastline (K3, K4 and K5)¹⁰.

⁶ Cf. *Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua)* and *Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2018 (I), p. 191, paras. 139-140, and pp. 206-207, para. 173; *Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Judgment, ITLOS Reports 2012, pp. 47-48, paras. 155-156. See also *Arbitration regarding the Delimitation of the Maritime Boundary between Guyana and Suriname, Award of 17 September 2007, RIAA*, Vol. XXX, p. 109, para. 393.

⁷ Memorial of Somalia (MS), paras. 5.19-5.20. On the Somali side, Somalia’s base points S1 and S2 are located at 1° 39′ 43.30″ S — 41° 34′ 35.40″ E and 1° 39′ 35.90″ S — 41° 34′ 45.29″ E respectively. Base point S3 is located at 1° 39′ 14.99″ S — 41° 35′ 15.68″ E.

⁸ MS, paras. 5.19-5.20. On the Kenyan side, Somalia’s base point K1 is located at 1° 42′ 00.06″ S — 41° 32′ 47.38″ E. Somalia’s base point K2 is located at 1° 43′ 04.77″ S — 41° 32′ 37.18″ E.

⁹ Appendix 2 to Application requesting the Court to authorize Kenya to file new documentation and evidence, Vol. 1 (KAD), pp. 188-189. On the Somali side, Kenya’s base point S1 is located at 1° 39′ 36.3″ S — 41° 33′ 40.4″ E. Kenya’s base point S2 is located at 1° 39′ 40.9″ S — 41° 34′ 35.4″ E. Kenya’s base point S3 is located at 1° 38′ 57.0″ S — 41° 35′ 21.9″ E.

¹⁰ KAD, pp. 187-189 and fig. 11. On the Kenyan side, Kenya’s base point K1 is located at 1° 39′ 51.6″ S — 41° 33′ 28.4″ E. Kenya’s base point K2 is located at 1° 40′ 39.6″ S — 41° 32′ 55.3″ E. Kenya’s base point K3 is located at 1° 42′ 40.1″ S — 41° 32′ 41.8″ E. Kenya’s base point K4 is located at 1° 43′ 12.2″ S — 41° 32′ 38.5″ E.

11. Deuxièmement, il est bien établi que, lorsque les parties s'accordent sur une question particulière, telle que l'établissement des points de base sur la côte aux fins de la délimitation maritime, la juridiction concernée respecte cet accord⁶, à moins qu'une conclusion différente ne s'impose pour certaines raisons. En l'espèce, les Parties avaient toutes deux proposé, pour la construction de la ligne médiane provisoire, des points de base tenant compte de la réalité géographique dans les environs immédiats du point terminal de la frontière terrestre. Dans son mémoire, la Somalie avait défini trois points de base du côté somalien, dont deux étaient situés sur les îlots de Diua Damasciaca (S1 et S2), tandis que le troisième (S3) se trouvait sur un haut-fond découvrant, à proximité de l'extrémité méridionale de Ras Kaambooni⁷. Du côté kényan, la Somalie avait défini deux points de base (K1 et K2) «sur les points les plus proches de la mer sur la côte [kényane] à basse mer indiqués sur la carte»⁸.

12. Si le Kenya n'avait initialement défini aucun point de base pour la construction de la ligne médiane provisoire, il a cependant fourni des coordonnées à cet effet dans le document additionnel qu'il a soumis (appendice 2, volume 1, ci-après «DAK») ⁹. Le Kenya a tout d'abord proposé deux points de base sur le continent, dans les environs immédiats (à moins d'un kilomètre) du point terminal de la frontière terrestre (K1 et S1). Du côté somalien, il a proposé un point de base (S2) sur les îlots de Diua Damasciaca et un autre (S3) sur la laisse de basse mer de Ras Kaambooni. Du côté kényan, il a retenu, comme la Somalie, des points de base situés sur la laisse de basse mer le long du littoral continental (K3, K4 et K5)¹⁰.

⁶ Cf. *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), p. 191, par. 139-140, et p. 206-207, par. 173; *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt, TIDM Recueil 2012, p. 47-48, par. 155-156. Voir aussi *Arbitrage concernant la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname, sentence du 17 septembre 2007, RSA*, vol. XXX, p. 109, par. 393.

⁷ Mémoire de la Somalie (ci-après «MS»), par. 5.19-5.20. Du côté somalien, les points de base S1 et S2 définis par la Somalie sont respectivement situés par 1° 39' 43,30" de latitude sud et 41° 34' 35,40" de longitude est, et 1° 39' 35,90" de latitude sud et 41° 34' 45,29" de longitude est. Le point de base S3 est situé par 1° 39' 14,99" de latitude sud et 41° 35' 15,68" de longitude est.

⁸ MS, par. 5.19-5.20. Du côté kényan, les points de base K1 et K2 définis par la Somalie sont respectivement situés par 1° 42' 00,06" de latitude sud et 41° 32' 47,38" de longitude est, et 1° 43' 04,77" de latitude sud et 41° 32' 37,18" de longitude est.

⁹ Appendice 2 de la demande du Kenya tendant à produire de nouveaux documents et éléments de preuve (ci-après «DAK»), vol. 1, p. 188-189. Du côté somalien, les points de base S1, S2 et S3 définis par le Kenya sont respectivement situés par 1° 39' 36,3" de latitude sud et 41° 33' 40,4" de longitude est, 1° 39' 40,9" de latitude sud et 41° 34' 35,4" de longitude est, et 1° 38' 57,0" de latitude sud et 41° 35' 21,9" de longitude est.

¹⁰ DAK, p. 187-189 et fig. 11. Du côté kényan, les points de base K1, K2, K3 et K4 du Kenya sont respectivement situés par 1° 39' 51,6" de latitude sud et 41° 33' 28,4" de longitude est, 1° 40' 39,6" de latitude sud et 41° 32' 55,3" de longitude est, 1°42' 40,1" de latitude sud et 41° 32' 41,8" de longitude est, et 1° 43' 12,2" de latitude sud et 41° 32' 38,5" de longitude est.

13. The base points proposed by the Parties for the construction of the provisional median line are largely concordant. Both Somalia and Kenya have placed base points on the Diua Damasciaca Islands and the low-water line of the mainland. Indeed, Kenya's S2 is some 74 metres away from Somalia's S1, and about 342 metres away from Somalia's S2. The distance between Kenya's S3 and Somalia's S3 is approximately 587 metres. Somalia's K2 is just about 775 metres away from Kenya's K3 and 230 metres away from Kenya's K4¹¹. As a result, the provisional median lines constructed by both Parties are very similar, as the Parties themselves have acknowledged¹².

14. Notwithstanding the Parties' general agreement on this point, the Judgment disregards the base points proposed by the Parties both on the mainland low-water line and the southernmost tip of Ras Kaambooni, as well as the Diua Damasciaca Islands, and departs both from the provisions of UNCLOS and from the jurisprudence of the Court regarding base points. Instead, a median line is constructed using base points which are located exclusively on the Parties' terra firma (S1 to S4 and K1 to K4) and spread across an artificially straight line on the coast (paragraphs 115-116 of the Judgment). This is justified in the Judgment with the following statement: "Although in the identification of base points the Court will have regard to the proposals of the parties, it need not select a particular base point, even if the parties are in agreement thereon, if it does not consider that base point to be appropriate" (para. 111).

15. It may be true that in the *Black Sea* case, the Court stated that it "should not base itself solely on the choice of base points made by one of those Parties"¹³. The Court, however, did not suggest that it enjoys an unlimited discretion in selecting whichever base points it likes, nor did it elevate the criterion of "appropriateness" or what the Court "consider[s] . . . to be appropriate" (see paragraphs 111-112) to an all-encompassing standard on the basis of which the identification of base points should be made. On the contrary, the Court stated that it "must . . . select base points by reference to the physical geography of the relevant coasts"¹⁴. In the same vein, the Court stressed that

"the geometrical nature of the first stage of the delimitation exercise leads it to use as base points those which the geography of the coast identifies as a physical reality at the time of the delimitation. That

¹¹ The distance between the different co-ordinates in this paragraph were calculated using the following software: United States, Federal Communications Commission, "Distance and Azimuths between Two Sets of Coordinates", <https://www.fcc.gov/media/radio/distance-and-azimuths>.

¹² Cf. CR 2021/3, p. 12, para. 13 (Reichler); KAD, pp. 187-189, para. 369, and figs. 11 and 12.

¹³ *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 108, para. 137.

¹⁴ *Ibid.*

13. Les Parties s'accordaient dans une large mesure sur les points de base proposés pour la construction de la ligne médiane provisoire. Elles avaient toutes deux placé de tels points sur les îlots de Diua Damasciaca et sur la laisse de basse mer le long du littoral continental. De fait, le point S2 défini par le Kenya se trouvait à 74 mètres du point S1 de la Somalie, et à environ 342 mètres du point S2 de cette dernière. La distance entre le point S3 du Kenya et celui de la Somalie était d'approximativement 587 mètres. Le point K2 de la Somalie était situé à seulement 775 mètres du point K3 du Kenya et à seulement 230 mètres du point K4 de ce dernier¹¹. En conséquence, les lignes médianes provisoires tracées par les Parties étaient fort semblables, comme elles l'ont d'ailleurs elles-mêmes reconnu¹².

14. Alors même que les Parties s'accordaient généralement sur cette question, la Cour n'a pas retenu les points de base qu'elles proposaient, que ce soit sur la ligne de basse mer du littoral continental, à l'extrémité méridionale de Ras Kaambooni ou sur les îlots de Diua Damasciaca, ce qui n'est conforme ni aux dispositions de la CNUDM, ni à sa jurisprudence en la matière. La ligne médiane définie dans l'arrêt a été construite à partir de points de base exclusivement situés sur la terre ferme des Parties (S1 à S4 et K1 à K4), suivant un tracé artificiellement rectiligne sur la côte (paragraphes 115-116 de l'arrêt). Ce choix est justifié de la façon suivante : «[b]ien qu'elle prenne en considération les propositions des parties dans la détermination des points de base, la Cour n'est pas tenue de retenir un point de base particulier, même lorsqu'il y a accord entre les parties à cet égard, si elle ne le considère pas comme étant approprié» (par. 111).

15. S'il est vrai que, en l'affaire de la *mer Noire*, la Cour a dit qu'elle «ne saurait se fonder sur le seul choix par l'une des parties de ces points de base»¹³, elle n'a pas pour autant laissé entendre qu'elle aurait toute liberté pour définir les points de base à sa guise, pas plus qu'elle n'a fait du «caractère approprié» ou de «ce qu'elle considère comme approprié» une norme universelle sur laquelle se fonder pour définir lesdits points (voir paragraphes 111 et 112). Elle a au contraire précisé qu'elle était contrainte de «retenir des points de base par référence à la géographie physique des côtes pertinentes»¹⁴. Dans le même ordre d'idées, la Cour a souligné que

«le caractère géométrique de la première phase de l'opération de délimitation l'am[enait] à retenir comme points de base ceux que la géographie de la côte identifiait en tant que réalité physique au

¹¹ Les distances entre les coordonnées des différents points de base ont été calculées à l'aide du logiciel suivant : United States, Federal Communications Commission, «Distance and Azimuths between Two Sets of Coordinates», <https://www.fcc.gov/media/radio/distance-and-azimuths>.

¹² Cf. CR 2021/3, p. 12, par. 13 (Reichler); DAK, p. 187-189, par. 369, et fig. 11 et 12.

¹³ *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 108, par. 137.

¹⁴ *Ibid.*

geographical reality covers not only the physical elements produced by geodynamics and the movements of the sea, but also any other material factors that are present.”¹⁵

16. Thirdly, it is difficult to understand the decision to ignore the base points proposed by the Parties on the southernmost tip of Ras Kaambooni, a protuberance on the Somali mainland near the LBT. By ignoring Ras Kaambooni, the Judgment has disregarded a material feature in Somalia’s coastline which marks a “significant shift” in the direction of its coast. Even more confusingly, while paragraph 114 of the Judgment discounts Ras Kaambooni as a “minor protuberance” for the purposes of a median line, paragraph 146 of the Judgment places base point S6 on a much smaller protuberance in Somalia’s coast (opposite the Umfaali islets) for the purposes of constructing a provisional equidistance line in the EEZ and continental shelf. No explanation is given in the Judgment for such an inconsistent selection of base points.

17. Fourthly, this inconsistent approach is further repeated with regard to the base points proposed by the Parties on the Diua Damasciaca Islands, which are equally set aside. According to the Judgment, these islands are “tiny [and] arid” and “would have a disproportionate impact on the course of the median line” (para. 114). Curiously, however, paragraph 146 of the Judgment has placed base points K5 and K6 on Shakani Island off Kenya’s main coast, without giving reasons for this manifest inconsistency.

18. The fact that the Diua Damasciaca Islands are “tiny [and] arid” does not, *ipso facto*, preclude the Parties or the Court from selecting appropriate base points thereon as reflected in the past practice of the Court. It should indeed be recalled that the Court has considered appropriate to place base points on small insular features that were located in the immediate vicinity of the coast. This was the case, for example, in the *Black Sea* case, where the Court considered appropriate to use the south-eastern tip of Tsyganka Island as a base point, “because in this area of adjacency it [was] the most prominent point on the Ukrainian coast”¹⁶. In *Nicaragua v. Colombia*, the Court also considered that the “islands fringing the Nicaraguan coast” formed part of the “relevant coast” of Nicaragua, and consequently placed the base points on the Edinburgh Reef, Muerto Cay, Miskitos Cays, Ned Thomas Cay, Roca Tyra, Little Corn Island and Great Corn Island¹⁷. Also, while the Court refrained from placing base points on sandy features that are relatively unstable, it

¹⁵ *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 106, para. 131.

¹⁶ *Ibid.*, p. 109, para. 143, and p. 115, sketch-map No. 7.

¹⁷ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II), p. 678, para. 145, pp. 698-699, para. 201, and p. 701, sketch-map No. 8.

moment où elle proc[édait] à cette délimitation. Cette réalité géographique recouvre non seulement les facteurs physiques produits par la géodynamique et les mouvements de la mer, mais tout autre facteur matériel existant.»¹⁵

16. Troisièmement, la décision de ne pas retenir les points de base proposés par les Parties à l'extrémité méridionale de Ras Kaambooni, protubérance située sur le territoire continental somalien près du point terminal de la frontière terrestre, est difficilement compréhensible. Cela revient en effet à écarter une formation géographique de la côte somalienne qui marque un «important changement» de direction du littoral. Plus surprenant encore, la Cour, au paragraphe 114 de l'arrêt, a écarté Ras Kaambooni aux fins du tracé de la ligne médiane au motif qu'il s'agissait d'une «protubérance mineure», alors que, au paragraphe 146, elle a placé le point de base S6 sur une protubérance bien plus petite de la côte somalienne (face aux îlots d'Umfaali) aux fins de la construction de la ligne d'équidistance provisoire dans la ZEE et sur le plateau continental. Aucune explication n'a été fournie pour justifier une telle incohérence.

17. Quatrièmement, de manière tout aussi incohérente, les points de base proposés par les Parties sur les îlots de Diua Damasciaca ont eux aussi été écartés. Selon l'arrêt, ces formations, qui sont «minuscules» et «arides», auraient eu «un effet disproportionné sur le tracé de la ligne médiane» (par. 114). Or, curieusement la Cour a, au paragraphe 146 de l'arrêt, placé les points de base K5 et K6 sur l'île de Shakani, au large de la côte principale du Kenya, sans justifier cette incohérence manifeste.

18. Le caractère «minuscule» et «aride» des îlots de Diua Damasciaca n'empêchait en soi ni les Parties ni la Cour d'y établir des points de base appropriés. Il ressort en effet de la pratique de la Cour que cette dernière a, par le passé, jugé approprié de retenir des points de base sur de petites formations insulaires situées à proximité immédiate de la côte. Tel a par exemple été le cas en l'affaire de la *mer Noire*, dans laquelle la Cour a estimé qu'il convenait de prendre l'extrémité sud-est de l'île de Tsyganka comme point de base, puisqu'il s'agissait, «dans ce secteur d'adjacence, du point le plus avancé vers le large de la côte ukrainienne»¹⁶. Dans l'affaire *Nicaragua c. Colombie*, ayant également considéré que «les îles adjacentes au littoral nicaraguayen» faisaient partie de la «côte pertinente» du Nicaragua, la Cour a établi des points de base sur le récif d'Edimbourg, la caye de Muerto, les cayes des Miskitos, la caye de Ned Thomas, Roca Tyra, Mangle Chico et Mangle Grande¹⁷. En outre, bien qu'elle se soit abstenue de placer des points de base sur certaines forma-

¹⁵ *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 106, par. 131.

¹⁶ *Ibid.*, p. 109, par. 143, et p. 115 (croquis n° 7).

¹⁷ *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 678, par. 145, p. 698-699, par. 201, et p. 701 (croquis n° 8).

observed in *Costa Rica v. Nicaragua* that it would “construct the provisional median line for delimiting the territorial sea only on the basis of points situated on the natural coast, which may include points placed on islands or rocks”¹⁸.

19. The Judgment’s approach in the selection of base points has resulted in a contrived median line, the construction of which appears to have been aimed at producing a line which comes as close as possible to a bisector line, although there is nothing that justifies the use of a bisector for the delimitation of the territorial sea between Somalia and Kenya. Paragraph 118 in the Judgment reinforces this impression. Indeed, this paragraph suggests that the approach adopted by the Court for the construction of the median line may have been dictated by the search for a median line that “corresponds closely to the course of a line ‘at right angles to the general trend of the coastline’, assuming that the 1927/1933 treaty arrangement, in using this phrase, had as an objective to draw a line that continues into the territorial sea, a question that the Court need not decide”.

20. The 1927/1933 land boundary demarcation arrangements concluded between the former colonial Powers (United Kingdom and Italy) have no relevance whatsoever to the dispute between Somalia and Kenya or to the delimitation of their maritime boundaries, because no maritime boundary between them was ever established by such arrangements, nor by the land boundary agreement concluded between the two colonial Powers in 1924, on which the 1927/1933 arrangements are based. As stated by Somalia in its reply to the question posed by a Member of the Court, “[n]either [it] nor Kenya, since their independence and at all times thereafter, has ever claimed that the maritime boundary in the territorial sea follows a line perpendicular to the coast at Dar es Salam, for any distance”.

21. The reference to such arrangements in paragraph 118, and the manner in which it is phrased, can only create misunderstandings. That is particularly the case because the Judgment itself, several paragraphs earlier, discounts the relevance of such colonial land demarcation agreements to the maritime boundary, *inter alia*, on the basis of the positions taken by the two neighbouring States both in their national legislation and in their negotiations and statements (see paragraphs 106 to 109). It is indeed concluded at the end of these paragraphs that “the Court therefore considers it unnecessary to decide whether the 1927/1933 treaty arrangement had as an objective the delimitation of the boundary in the territorial sea” (para. 109). Such an objective could not manifestly exist in a land demarcation agreement. What purpose is then served by invoking the same arrangement again in paragraph 118 in connection with the course of the median line as constructed by the Court? None whatsoever, in my view, if not to cast unwarranted doubt on the validity of the posi-

¹⁸ *Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua)* and *Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2018 (I), p. 177, para. 100.

tions sablonneuses relativement instables, la Cour a indiqué, dans *Costa Rica c. Nicaragua*, qu'elle «construira[it] la ligne médiane provisoire dans la mer territoriale sur la seule base de points situés sur la côte naturelle, y compris des points placés sur des îles ou rochers»¹⁸.

19. La manière dont les points de base ont été retenus dans l'arrêt a produit une ligne médiane artificielle, qui semble avoir été construite pour ressembler autant que possible à une bissectrice, alors même que rien ne justifiait le recours à une telle ligne pour la délimitation de la mer territoriale entre la Somalie et le Kenya. Cette impression est confirmée par le paragraphe 118 de l'arrêt, qui donne à penser que, pour construire ladite ligne médiane, la Cour a pu chercher à ce que celle-ci «correspond[e] de très près à une ligne «perpendiculaire à l'orientation générale de la côte», à supposer que l'arrangement conventionnel de 1927/1933 ait eu pour objet, par l'emploi de cette formule, de tracer une ligne se prolongeant dans la mer territoriale, question [qu'elle] n'a pas à trancher».

20. L'arrangement conventionnel de 1927/1933 conclu entre les puissances coloniales de l'époque (Royaume-Uni et Italie) aux fins de la démarcation des frontières terrestres ne présentait absolument aucune pertinence pour le différend entre la Somalie et le Kenya ou la délimitation de leurs frontières maritimes, puisque ces dernières n'ont jamais été établies par cet arrangement ni par l'accord relatif aux frontières terrestres conclu entre ces mêmes puissances en 1924, accord sur lequel ledit arrangement était fondé. Comme l'a affirmé la Somalie dans sa réponse à la question posée par un membre de la Cour, «[n]i [elle-même] ni le Kenya n'[avaie]nt jamais, depuis leur indépendance et à un quelconque moment par la suite, prétendu que la frontière maritime dans la mer territoriale sui[vai]t une ligne perpendiculaire à la côte à Dar es Salam, sur quelque distance que ce [fût]».

21. La référence audit arrangement dans le paragraphe 118 et la manière dont ce dernier est formulé ne peuvent que prêter à confusion, d'autant que, quelques paragraphes plus haut, la Cour avait estimé, notamment sur la base des positions adoptées par les deux Etats à la fois dans leur législation nationale, dans leurs déclarations et au cours des négociations entre eux, que ces accords coloniaux relatifs à la frontière terrestre n'étaient pas pertinents pour la frontière maritime (voir paragraphes 106 à 109). Elle en avait d'ailleurs conclu «qu'il n'[était] 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» (par. 109). Un accord de démarcation terrestre ne pouvant manifestement avoir un tel objet, quel était donc l'intérêt d'invoquer de nouveau cet arrangement au paragraphe 118 au sujet du tracé de la ligne médiane construite par la Cour? Absolument aucun, à mon sens, sinon de jeter inutilement le doute sur la validité des positions prises, et

¹⁸ *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), p. 177, par. 100.

tions taken, and so clearly expressed, by two independent African States in their national legislation following their independence and the consequent exercise of their right to self-determination 60 years ago.

III. DELIMITATION OF THE EEZ AND CONTINENTAL SHELF WITHIN 200 NAUTICAL MILES

22. As pointed out above, I disagree with the flawed reasoning used in the Judgment to justify the adjustment of the provisional equidistance line. It is wrong both as a matter of fact and of law. As a matter of fact, it entails an arbitrary refashioning of the geography by engaging in a search for a purported “concavity” in a so-called “broader geographical configuration” beyond the area of delimitation, which appears to be aimed at achieving preconceived results. As a matter of law, the reasoning deviates not only from the Court’s long-standing jurisprudence on the delimitation of the EEZ and continental shelf, but also from that of other international tribunals, without offering any rationalization for doing so. I will address each of these points in turn.

A. Refashioning of Geography in Search of a Concavity and an Elusive Cut-off

23. The Court had hitherto applied its dictum that there should be no question of “a judicial refashioning of geography, which neither the law nor the practice of maritime delimitation authorizes”¹⁹. It is unfortunate that the Judgment breaks with that tradition. It does so by engaging in a search for a concavity beyond the coasts of the Parties and an elusive cut-off effect that could justify the adjustment of the equidistance line. Thus, it is stated in paragraph 164 that “[i]f the examination of the coastline is limited only to the coasts of Kenya and Somalia, any concavity is not conspicuous”. This is quite correct, and the story should have ended there because as was stressed by the Court in *Cameroon v. Nigeria*, “the concavity of the coastline may be a circumstance relevant to delimitation”, but “this can only be the case when such concavity lies within the area to be delimited”²⁰. However, the Judgment then goes on to say: “examining only the coastlines of the two States concerned to assess the extent of any cut-off effect resulting from the geographical configuration of the coastline may be an overly narrow approach”. It is not clear why the analysis is suddenly shifted to an assessment of a cut-off effect, or what is exactly meant by “geographical configuration of the coastline” in this context. In

¹⁹ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II), p. 699, para. 202; see also *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 110, para. 149.

²⁰ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 445, para. 297.

clairement exprimées, par deux Etats indépendants dans leur législation nationale après leur accession à l'indépendance et l'exercice de leur droit à l'autodétermination qui en a résulté, il y a de cela 60 ans.

III. DÉLIMITATION DE LA ZEE ET DU PLATEAU CONTINENTAL EN DEÇÀ DE 200 MILLES MARINS

22. Comme je l'ai précisé ci-dessus, je ne souscris pas au raisonnement suivi dans l'arrêt pour justifier l'ajustement de la ligne d'équidistance provisoire, qui est erroné tant sur le plan factuel que juridique. Du point de vue des faits, il consiste à procéder à un remodelage arbitraire de la géographie en quête d'une prétendue «concavité» dans un supposé «contexte géographique plus large» au-delà de la zone à délimiter, apparemment dans le but d'aboutir à une solution préconçue. Du point de vue du droit, ce raisonnement s'écarte non seulement de la jurisprudence constante de la Cour en matière de délimitation de la ZEE et du plateau continental, mais aussi de celle d'autres juridictions internationales, et ce, sans la moindre justification. Je traiterai de chacun de ces points tour à tour.

A. Remodelage de la géographie en quête d'une concavité et d'un insaisissable effet d'amputation

23. La Cour avait, jusqu'à présent, appliqué son propre *dictum* selon lequel il ne saurait être question de «refaçonner, par voie judiciaire, la géographie physique, ce que ni le droit ni la pratique en matière de délimitation maritime n'autorisent»¹⁹. Il est regrettable qu'elle ait, dans le présent arrêt, rompu avec cette tradition en recherchant une concavité au-delà des côtes des Parties et un insaisissable effet d'amputation susceptible de justifier un ajustement de la ligne d'équidistance. Au paragraphe 164, il est ainsi indiqué que, «[s]i l'examen du littoral est limité aux seules côtes du Kenya et de la Somalie, aucune concavité n'apparaît», ce qui est tout à fait juste; il aurait donc fallu s'en tenir là puisque, comme l'a souligné la Cour dans l'affaire *Cameroun c. Nigéria*, «la concavité des côtes p[eut] constituer une circonstance pertinente pour la délimitation» mais «il ne peut en aller ainsi que lorsque cette concavité existe dans le secteur à délimiter»²⁰. Or, dans le présent arrêt, la Cour a ajouté que «l'approche consistant à n'examiner que les côtes des deux Etats intéressés pour évaluer l'ampleur d'un éventuel effet d'amputation résultant de la configuration géographique du littoral p[ouvai]t se révéler trop restrictive». On comprend mal pourquoi l'appréciation d'un effet d'amputation s'est ainsi

¹⁹ *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 699, par. 202; voir aussi *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 110, par. 149.

²⁰ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 445, par. 297.

any case, “examining only the coastlines of the two States concerned” is not a narrow approach, but is in conformity with the scope of the jurisdiction of the Court which cannot be extended to the coastlines of third States. Somalia and Kenya requested the Court to delimit their maritime boundary, not that of third States. It is also legally erroneous to look for a concavity outside of the area to be delimited or to try to import it into a geographical area where it does not exist in order to achieve pre-conceived results.

24. The relevant circumstances that may justify the adjustment of a provisional equidistance line are essentially of a geographical nature. Indeed, the construction or adjustment of an equidistance line is dictated by the particular geography of the area to be delimited. It must faithfully reflect that geography, and that geography only. For such circumstances to be taken into account in order to achieve an equitable solution, they must also arise within the area to be delimited. It is the geographical situation of that area, its coastal configuration, the length of the coast and the presence of any special or unusual maritime features therein that may give rise to relevant circumstances to be taken into account in the construction or adjustment of an equidistance line. The importation of extraneous geographical factors lying beyond the Parties’ relevant coasts and the relevant area plainly contradicts the cardinal principle that “the land dominates the sea”.

25. The reliance of the Judgment on a so-called “broader geographical configuration”, which is not defined anywhere and the scope of which is not clearly indicated, effectively disconnects its analysis from the reality of the geographical circumstances prevailing in the relevant coasts and the relevant area of the maritime dispute between Somalia and Kenya. Moreover, by expanding the scope of enquiry into the coastline of a third State, the Judgment has reduced into irrelevance the role and function of the central concepts of “relevant coasts” and “relevant area” in the three-stage methodology developed over the years by the Court for maritime delimitation, while paying lip service to their use in the present case.

26. Both the meaning of the word “concave” and the concept of “concavity” in maritime delimitation are also misused in the Judgment. First, in order to be described as “concave”, a coastline must look indented, hollowed or recessed in the middle, and curve inward like the inside of a bowl. According to the *Oxford English Dictionary*, concave means “having an outline or surface that curves inward like the interior of a circle or sphere”. Is there any coastal area which curves inward or looks like the inside of a bowl or the interior of a circle in the coastline of Somalia or Kenya? The answer is negative. The Judgment itself recognizes as much in paragraph 164. However, in an attempt at judicial refashioning of geography, it continues in its relentless, yet unjustified, search of such “concavity” in what it refers to as a “broader geographical configuration”.

retrouvée au centre de l'analyse, ni ce que signifie exactement, dans ce contexte, l'expression «configuration géographique du littoral». En tout état de cause, l'approche consistant à «n'examiner que les côtes des deux Etats intéressés» n'est pas restrictive; elle est conforme au champ de la compétence de la Cour, lequel ne saurait être étendu aux côtes d'Etats tiers. La Somalie et le Kenya avaient demandé à la Cour de délimiter leur frontière maritime, et non celle qui les sépare d'autres Etats. De plus, il est juridiquement erroné de rechercher une concavité en dehors de la zone à délimiter ou d'essayer d'en importer une dans une zone géographique où elle n'existe pas afin d'aboutir à une solution préconçue.

24. Les circonstances pertinentes susceptibles de justifier un ajustement de la ligne d'équidistance provisoire sont, pour l'essentiel, de nature géographique. De fait, la construction, ou l'ajustement, d'une telle ligne est dictée par les caractéristiques géographiques propres à la zone à délimiter: il convient de refléter fidèlement cette géographie, et elle seule. Les circonstances à prendre en compte pour aboutir à une solution équitable doivent également se présenter dans ladite zone. C'est la situation géographique de cette zone, à savoir la configuration du littoral, la longueur des côtes et l'éventuelle présence de formations maritimes particulières ou inhabituelles, qui peut être à l'origine de circonstances pertinentes devant être prises en compte pour la construction ou l'ajustement d'une ligne d'équidistance. L'importation de facteurs géographiques extérieurs, situés au-delà des côtes pertinentes des Parties et de la zone pertinente, va clairement à l'encontre du principe fondamental selon lequel «la terre domine la mer».

25. En se référant, dans son arrêt, à un «contexte géographique plus large», qui n'est défini nulle part et dont les limites ne sont pas clairement indiquées, la Cour s'est détachée de la réalité des circonstances géographiques existant sur les côtes et dans la zone pertinentes dans le cadre du différend maritime qui opposait la Somalie et le Kenya. De surcroît, en prenant en compte le littoral d'un Etat tiers, elle a, en la présente espèce, fait fi du rôle et de la fonction des notions de «côtes pertinentes» et de «zone pertinente», qui sont pourtant au cœur de la méthode de délimitation maritime en trois étapes qu'elle a mise au point au fil des années, tout en feignant de les respecter.

26. Le terme «concave» et la notion de «concavité» en matière de délimitation maritime sont en outre employés mal à propos dans l'arrêt. Premièrement, pour être décrite comme «concave», une côte doit être échancrée, creusée ou rentrante en son milieu, incurvée comme l'intérieur d'un bol. L'*Oxford English Dictionary* donne la définition suivante du terme «concave»: «qui présente un contour ou une surface courbe en creux, comme l'intérieur d'un cercle ou d'une sphère». La côte de la Somalie ou du Kenya présente-t-elle quelque zone courbe en creux ou dont la forme évoque l'intérieur d'un bol ou d'un cercle? La réponse est non, ce que la Cour a d'ailleurs reconnu au paragraphe 164. Et pourtant, s'efforçant de refaçonner la géographie par voie judiciaire, elle s'est obstinée dans sa quête injustifiée d'une «concavité», dans ce qu'elle a désigné comme un «contexte géographique plus large».

27. Secondly, a concavity is a geographical given. It either exists or not in the area to be delimited. For it to be acknowledged or taken into account in the context of a maritime delimitation, it must belong to the geographical reality of such an area. It cannot be grafted onto the area by importing it from a “broader geographical configuration”, whatever such an expression may mean. The only coastline on which one can find a slight concavity in East Africa is that of Tanzania; but this country is not a party to the dispute before the Court. The coastline of Tanzania has nothing to do with a maritime delimitation between Somalia and Kenya.

28. Nevertheless, it becomes eventually clear in paragraph 168 of the Judgment that it is indeed the Tanzanian coastline that is taken into account in order to justify the existence of a concavity in this part of the East African coast which the three States share. Thus, it is stated in paragraph 168: “The potential cut-off of Kenya’s maritime entitlements cannot be properly observed by examining the coasts of Kenya and Somalia in isolation. When the mainland coasts of Somalia, Kenya and Tanzania are observed together, as a whole, the coastline is undoubtedly concave”. From this observation, which practically includes the Tanzanian coast into the area to be delimited, contrary to the long-standing practice of the Court, the conclusion is drawn that “Kenya faces a cut-off of its maritime entitlements as the middle State located between Somalia and Tanzania”.

29. According to this reasoning, a strict equidistance line would be suitable for the delimitation of the coasts of Kenya and Somalia alone since they show no observable concavity when taken by themselves; but when the coast of Tanzania is taken into account, such an equidistance line would create a disadvantage for Kenya. This means that the Court has to take the coastline of a third State — not party to the dispute or to this case — into account in order to justify this artificial disadvantage which Kenya would suffer if an unadjusted equidistance line were used. However, what is overlooked by this erroneous analysis is that, for a concavity and its potential cut-off effect to be taken into account as a relevant circumstance in the delimitation of maritime areas, it must be rooted in the coastline of one of the Parties. The involvement in the delimitation process of coasts other than those of the Parties will have the effect of extending the area to be delimited to a coastline which has in fact nothing to do with it.

30. As was observed by Judge Koretsky in the *North Sea Continental Shelf* cases, macrogeographical considerations are “entirely irrelevant” in maritime delimitation, “except in the improbable framework of a desire to redraw the political map of one or more regions of the world”²¹. The arbitrary refashioning of geography to achieve preconceived results does

²¹ *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, dissenting opinion of Vice-President Koretsky, p. 162.

27. Deuxièmement, une concavité est une donnée géographique: elle existe, ou non, dans la zone à délimiter. Pour qu'elle soit reconnue ou prise en compte dans le cadre d'une délimitation maritime, elle doit appartenir à la réalité géographique de ladite zone. On ne saurait la greffer dans cette zone à partir d'un «contexte géographique plus large», quel que soit le sens de cette expression. Or, la seule côte qui présente une légère concavité en Afrique de l'Est est celle de la Tanzanie, laquelle n'était pas partie au différend dont la Cour était saisie. La côte tanzanienne n'a rien à voir avec une délimitation maritime entre la Somalie et le Kenya.

28. Il apparaît néanmoins, au paragraphe 168 de l'arrêt, que c'est bel et bien la côte tanzanienne qui a été prise en compte pour justifier l'existence d'une concavité dans la partie du littoral est-africain que partagent ces trois Etats. Ainsi, le paragraphe 168 est libellé comme suit: «L'amputation potentielle des droits maritimes du Kenya ne saurait être dûment observée en examinant les côtes du Kenya et de la Somalie de manière isolée. Si les côtes continentales de la Somalie, du Kenya et de la Tanzanie sont considérées ensemble, comme un tout, le littoral ainsi formé apparaît incontestablement concave.» De cette observation, qui revient quasiment à inclure la côte tanzanienne dans la zone à délimiter, ce qui va à l'encontre de la pratique constante de la Cour, cette dernière a tiré la conclusion que, «[s]itué au milieu, entre la Somalie et la Tanzanie, le Kenya subi[ssai]t une amputation de ses droits maritimes».

29. Selon ce raisonnement, une ligne d'équidistance stricte aurait été appropriée pour la délimitation des côtes du Kenya et de la Somalie uniquement, puisqu'elles ne présentent à elles seules aucune concavité visible; dès lors que la côte de la Tanzanie était prise en compte, le Kenya se trouvait cependant désavantagé par une telle ligne. Cela signifie que la Cour devait prendre en compte le littoral d'un Etat tiers — qui n'était partie ni au différend ni à la présente affaire — pour compenser ce préjudice artificiel qui aurait été porté au Kenya si l'on avait utilisé une ligne d'équidistance non ajustée. Ce que cette analyse erronée ignore toutefois, c'est que, pour qu'une concavité et l'effet d'amputation qu'elle est susceptible de produire soient considérés comme une circonstance pertinente aux fins de la délimitation d'une zone maritime, ils doivent trouver leur origine sur la côte d'une des Parties. Le fait de prendre en compte, dans le processus de délimitation, un littoral n'appartenant à aucune d'elles revient à inclure dans la zone à délimiter une côte qui n'y a nullement sa place.

30. Comme l'a fait observer M. Koretsky dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, les considérations macrogéographiques n'ont «absolument aucune pertinence» en matière de délimitation maritime, «sauf dans l'hypothèse improbable où l'on souhaiterait redessiner la carte politique d'une ou de plusieurs régions du monde»²¹. Le remode-

²¹ *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, opinion dissidente de M. le juge Koretsky, vice-président, p. 162.

not only distort the concept of relevant circumstances in the usual methodology of the Court for maritime delimitation in the EEZ and continental shelf, but it clearly contradicts its jurisprudence. As was correctly emphasized by the Court in *Cameroon v. Nigeria*: “The geographical configuration of the maritime areas that the Court is called upon to delimit is a given. It is not an element open to modification by the Court but a fact on the basis of which the Court must effect the delimitation.”²²

B. The Departure from the Court’s Settled Jurisprudence

31. I am equally in disagreement with the Judgment with regard to the adjustment of the equidistance line on the basis of the above-described considerations since, in doing so, it departs from the settled jurisprudence of the Court and of other international tribunals. In the *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)* case, the Court observed that

“[t]he only areas which can be relevant for the determination of the claims of Libya and Tunisia to the continental shelf in front of their respective coasts are those which can be considered as lying either off the Tunisian or off the Libyan coast. These areas form together the area which is relevant to the decision of the dispute.”²³

Similarly, in *Cameroon v. Nigeria*, the Court noted that “the maritime boundary between Cameroon and Nigeria can only be determined by reference to points on the coastlines of these two States and not of third States”²⁴. In *Costa Rica v. Nicaragua*, Costa Rica argued that it found itself in the situation of a “three-State concavity” where the “coastal concavity and the cut-off created by that concavity in conjunction with a notional delimitation with a third State” (Panama) would lead to an inequitable result²⁵. The Court rejected this argument observing that

“[t]he overall concavity of Costa Rica’s coast and its relations with Panama cannot justify an adjustment of the equidistance line in its relations with Nicaragua. When constructing the maritime boundary between the Parties, the relevant issue is whether the seaward projections from Nicaragua’s coast create a cut-off for the projections from

²² *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, pp. 443-445, para. 295.

²³ *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1982, p. 61, para. 74.

²⁴ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 442, para. 291.

²⁵ *Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua)* and *Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2018 (I), p. 195, para. 150.

lage arbitraire de la géographie pour aboutir à une solution préconçue non seulement dénature la notion de circonstances pertinentes dans la méthode habituelle de la Cour aux fins de la délimitation maritime dans la ZEE et sur le plateau continental, mais va également, de toute évidence, à l'encontre de sa jurisprudence. Ainsi que la Cour l'a souligné à juste titre dans *Cameroun c. Nigéria*, «[l]a configuration géographique des espaces maritimes qu'[elle] est appelée à délimiter est une donnée. Elle ne constitue pas un élément que la Cour pourrait modifier, mais un fait sur la base duquel elle doit opérer la délimitation.»²²

B. Rupture avec la jurisprudence bien établie de la Cour

31. Je souscris d'autant moins à la décision prise concernant l'ajustement de la ligne d'équidistance sur la base des considérations susmentionnées qu'elle revient à rompre avec la jurisprudence bien établie de la Cour et d'autres juridictions internationales. En l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, celle-ci a ainsi relevé que

«[l]es seules zones qui pu[ssent] intervenir dans la décision sur les prétentions de la Libye et de la Tunisie au plateau continental bordant leurs côtes respectives [étaient] celles qui pouvaient être considérées comme étant au large, soit de la côte tunisienne, soit de la côte libyenne. Prises ensemble elles représent[ai]ent la région à prendre en compte pour la décision.»²³

De même, dans l'affaire *Cameroun c. Nigéria*, la Cour a noté que «la frontière maritime entre le Cameroun et le Nigéria ne pouva[it] être déterminée qu'à partir de points situés sur les côtes de ces deux Etats et non d'Etats tiers»²⁴. Dans l'affaire *Costa Rica c. Nicaragua*, le demandeur avait indiqué qu'il se trouvait dans une situation caractérisée par «la présence d'une côte concave et de trois Etats» dans laquelle «[l]a concavité des côtes, ainsi que l'effet d'amputation qui va de pair lorsqu'elle est associée à une hypothétique délimitation avec un Etat tiers» (le Panama), rendrait la délimitation inéquitable²⁵. La Cour a rejeté cet argument, observant ce qui suit :

«[l]a concavité générale de la côte du Costa Rica et les relations de celui-ci avec le Panama ne sauraient justifier un ajustement de la ligne d'équidistance dans ses relations avec le Nicaragua. Aux fins de l'établissement de la frontière maritime entre les Parties, la question pertinente qui se pose est celle de savoir si, en raison de la concavité de la côte

²² *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 443-445, par. 295.

²³ *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 61, par. 74.

²⁴ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 442, par. 291.

²⁵ *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), p. 195, par. 150.

Costa Rica's coast *as a result of the concavity of that coast*.²⁶ (Emphases added.)

32. However, in an attempt to justify the departure from the Court's practice, it is stated in paragraph 167 of the Judgment that "[i]n the present case, the potential cut-off of Kenya's maritime entitlements should be assessed in a broader geographical configuration. This was also the approach adopted by the arbitral tribunal in the *Guinea/Guinea-Bissau* case." It is rather strange that the Court should rely as judicial precedent on an award which considered the equidistance methodology, generally used by the Court, inapplicable to the delimitation of the coasts of Guinea and Guinea-Bissau because of their concavity²⁷. More specifically, the award did not treat the concavity of the coastline of a third State in the region — since, in any event, the concavity was located within the relevant coasts of the parties²⁸ — as a relevant circumstance for the adjustment of the provisional equidistance line. Rather, the tribunal adopted a methodology "looking at the whole of West Africa" as "a *long coastline*", leading "towards a delimitation which [wa]s integrated into the present or future delimitations of the region as a whole"²⁹.

33. Moreover, as was pointed out by the ITLOS Special Chamber in *Ghana/Côte d'Ivoire*, "the approach taken by that Award was not followed by subsequent international jurisprudence"³⁰. Indeed, the Chamber was "not convinced that Côte d'Ivoire c[ould] rely on the jurisprudence of this Arbitral Award [in *Guinea/Guinea-Bissau*] to sustain its reasoning", especially since "the maritime area off the coasts of Guinea and Guinea-Bissau is geographically complex, whereas the coasts of Ghana and Côte d'Ivoire are straight rather than indented"³¹, which is the case also of the coasts of Somalia and Kenya. It is therefore difficult to understand why the International Court of Justice would have recourse to such an award, which flies in the face of its own jurisprudence in the delimitation of maritime boundaries through the use of the equidistance line in a three-stage methodology.

34. The other judgments and awards relied upon to justify the adjustment of the equidistance line are similarly either inapposite or have nothing to do with the circumstances of the present case, and do not provide

²⁶ *I.C.J. Reports 2018 (I)*, p. 196, para. 156.

²⁷ *Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea and Guinea-Bissau, Award of 14 February 1985, International Law Reports (ILR)*, Vol. 77, pp. 683-684, para. 108 (noting that its preferred approach "condemns the equidistance method as seen by Guinea-Bissau").

²⁸ *Ibid.*, pp. 681-683, paras. 103-104 and 108 ("If the coasts of each country are examined separately, it can be seen that the Guinea-Bissau coastline is convex, when the Bijagos are taken into account, and that that of Guinea is concave").

²⁹ *Ibid.*, pp. 683-684, para. 108; emphasis in the original.

³⁰ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire), Judgment, ITLOS Reports 2017*, p. 89, para. 287.

³¹ *Ibid.*

costa-ricienne, les projections maritimes de cette côte sont amputées par celles de la côte nicaraguayenne.»²⁶ (Les italiques sont de moi.)

32. Pour tenter de justifier cette rupture avec la pratique de la Cour, il est affirmé, au paragraphe 167 du présent arrêt, que, en l'«espèce, l'amputation potentielle des droits maritimes du Kenya doit être appréciée dans le cadre d'un contexte géographique plus large. Telle a également été l'approche adoptée par le tribunal arbitral constitué en l'affaire *Guinée/Guinée-Bissau*.» Il est plutôt étrange que la Cour invoque comme précédent judiciaire une sentence dans laquelle la méthode de l'équidistance, qu'elle a pour habitude d'employer, a été jugée inapplicable aux fins de la délimitation des côtes de la Guinée et de la Guinée-Bissau en raison de leur concavité²⁷. Plus précisément, le tribunal n'a pas estimé — étant donné que, en tout état de cause, les côtes pertinentes des parties se caractérisaient elles-mêmes par leur concavité²⁸ — que la concavité du littoral d'un Etat tiers de la région constituait une circonstance pertinente justifiant un ajustement de la ligne d'équidistance provisoire. En choisissant au contraire une méthode considérant «l'ensemble de la région de l'Afrique occidentale» comme un «*littoral long*», il s'est orienté «vers une délimitation qui s'int[é]gr[ait] aux délimitations actuelles ou futures de la région»²⁹.

33. En outre, comme l'a signalé la Chambre spéciale du TIDM dans l'affaire *Ghana/Côte d'Ivoire*, «l'approche adoptée dans cette sentence n'a pas été suivie depuis par la jurisprudence internationale»³⁰. En effet, la Chambre n'était «pas convaincue que la Côte d'Ivoire puisse s'appuyer sur la jurisprudence de [la] sentence [en l'affaire *Guinée/Guinée-Bissau*] pour étayer son raisonnement», d'autant que «la zone maritime au large de la Guinée et de la Guinée-Bissau [était] géographiquement complexe, tandis que les côtes du Ghana et de la Côte d'Ivoire [étaient] droites et non échanquées»³¹, comme le sont également celles de la Somalie et du Kenya. L'invocation par la Cour d'une sentence allant à l'encontre de sa propre jurisprudence relative à la délimitation des frontières maritimes par l'utilisation d'une ligne d'équidistance dans le cadre d'une méthode en trois étapes est donc difficile à comprendre.

34. De la même manière, les autres arrêts et sentences invoqués dans le présent arrêt pour justifier l'ajustement de la ligne d'équidistance sont dépourvus de pertinence ou n'ont aucun rapport avec les circonstances de

²⁶ *C.I.J. Recueil 2018 (I)*, p. 196, par. 156.

²⁷ *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau, sentence du 14 février 1985, RSA*, vol. XIX, p. 189, par. 108 (notant que son approche de prédilection «condamne l'équidistance telle qu'elle est vue par la Guinée-Bissau»).

²⁸ *Ibid.*, p. 187-189, par. 103, 104 et 108 («Si l'on examine les côtes de chaque pays séparément, on s'aperçoit que celles de la Guinée-Bissau sont convexes, en tenant compte des Bijagos, et que celles de la Guinée sont concaves»).

²⁹ *Ibid.*, p. 189, par. 108 (les italiques sont dans l'original).

³⁰ *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire), arrêt, TIDM Recueil 2017*, p. 89, par. 287.

³¹ *Ibid.*

authority for taking into account as a relevant circumstance, the coastline of a third State which is not party to these proceedings and which is situated well beyond the relevant coasts and area. First, reference is made to the *North Sea Continental Shelf* cases (para. 165). It may be true that in the *North Sea Continental Shelf* cases, the Court recognized that the marked concavity or convexity of the coastline may amount to an equitable consideration for the adjustment of the equidistance line³². But, in that case, the marked concavity and convexity of the coastline existed in the relevant coasts of all three States that were parties to the proceedings; it did not involve the coastlines of a third State far from the relevant area, such as the United Kingdom, Norway or Belgium.

35. Secondly, paragraph 166 refers to the cases of *Bangladesh/Myanmar* and *Bangladesh v. India*. Leaving aside the fact that the Bay of Bengal, with its marked concavities and sinuosities, bears no resemblance to the — almost linear — coastlines of Somalia and Kenya, in those cases the respective tribunals limited their enquiry specifically to the coasts of the parties to these proceedings. They did not consider the potential effect of the concavity of the Bay of Bengal vis-à-vis the coasts of third States. As stated by ITLOS in *Bangladesh/Myanmar*, “concavity *per se* is not necessarily a relevant circumstance”³³. The Tribunal stressed that an adjustment may be necessary “when an equidistance line drawn between two States produces a cut-off effect on the maritime entitlement of one of those States, as a result of the concavity of the coast”³⁴; the “coast in question”, however, was understood as “the coast of Bangladesh”, a party to these proceedings, not the coastline of India, which was not mentioned in the relevant analysis³⁵.

36. In *Bangladesh v. India*, the arbitral tribunal also referred to *Cameroun v. Nigeria* and *Bangladesh/Myanmar*, “not[ing] the common view in international jurisprudence that concavity as such does not necessarily constitute a relevant circumstance requiring the adjustment of a provisional equidistance line”³⁶. The tribunal stressed that “the existence of a cut-off effect should be established on an objective basis and in a transparent manner”, whereas “a decision as to the existence of a cut-off effect must take into account the whole area in which competing claims have

³² *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 49, para. 89 (a).

³³ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Judgment, ITLOS Reports 2012, p. 81, para. 292.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*, pp. 81-82, paras. 293 and 297; see also *ibid.*, p. 87, paras. 323 and 325 (“the coast of Bangladesh . . . is decidedly concave. This concavity causes the provisional equidistance line to cut across Bangladesh’s coastal front” and “The Tribunal . . . takes the position that . . . an adjustment must be made to its provisional equidistance line to abate the cut-off effect of the line on Bangladesh’s concave coast . . . in light of the coastal geography of the Parties”) and p. 89, para. 333, referring to the “coasts of the Parties”. (All emphases added.)

³⁶ *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh v. India)*, Award of 7 July 2014, RIAA, Vol. XXXII, p. 120, para. 402.

la présente espèce; ils n'autorisent pas non plus à considérer comme une circonstance pertinente le littoral d'un Etat tiers qui n'est pas partie à l'affaire et se situe bien au-delà de la zone et des côtes pertinentes. Premièrement, il est fait référence dans l'arrêt aux affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (par. 165), dans lesquelles la Cour a certes reconnu qu'il pourrait être équitable de tenir compte de la forte concavité ou convexité de la côte aux fins de l'ajustement de la ligne d'équidistance³². Cette forte concavité ou convexité caractérisait cependant les côtes pertinentes des trois Etats parties à l'instance, et non le littoral d'un Etat tiers éloigné de la zone pertinente, tel que le Royaume-Uni, la Norvège ou la Belgique.

35. Deuxièmement, au paragraphe 166, la Cour se réfère aux affaires *Bangladesh/Myanmar* et *Bangladesh c. Inde*. Outre que les côtes du golfe du Bengale, qui sont fortement concaves et sinueuses, ne présentent aucune similitude avec celles — presque rectilignes — de la Somalie et du Kenya, les tribunaux respectifs se sont, dans ces affaires, uniquement intéressés aux côtes des parties. Ils n'ont pas tenu compte de l'effet potentiel de la concavité du golfe du Bengale sur les côtes d'Etats tiers. Comme l'a indiqué le TIDM dans l'affaire *Bangladesh/Myanmar*, «la concavité en soi ne constitue pas nécessairement une circonstance pertinente»³³. Le tribunal a précisé qu'un ajustement pouvait être nécessaire «lorsqu'une ligne d'équidistance tracée entre deux Etats produi[sai]t, en raison de la concavité de sa côte, un effet d'amputation sur l'espace maritime auquel un de ces Etats a[vait] droit»³⁴; la «côte en question», cependant, s'entendait de «[celle] du Bangladesh», Etat partie à l'affaire, et non de celle de l'Inde, qui n'était pas mentionnée dans le cadre de cette analyse³⁵.

36. Dans l'affaire *Bangladesh c. Inde*, le tribunal arbitral, se référant également aux affaires *Cameroun c. Nigéria* et *Bangladesh/Myanmar*, a noté «qu'il [était] généralement reconnu, dans la jurisprudence internationale, que la concavité en soi ne constitu[ait] pas nécessairement une circonstance pertinente nécessitant l'ajustement de la ligne d'équidistance provisoire»³⁶. Il a souligné que «l'existence d'un effet d'amputation devrait être établie de manière objective et transparente», toute «décision relative à l'existence d'un effet d'amputation d[evan]t prendre en compte

³² *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 49, par. 89 a).

³³ *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt, TIDM Recueil 2012, p. 81, par. 292.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*, p. 81-82, par. 293 et 297; voir aussi *ibid.*, p. 87, par. 323 et 325 («la côte du Bangladesh ... est manifestement concave. Cette concavité a pour effet de faire passer la ligne d'équidistance provisoire devant la façade côtière du Bangladesh») et «Le Tribunal considère donc [qu'il] est effectivement nécessaire d'ajuster la ligne d'équidistance provisoire afin d'atténuer l'effet d'amputation produit par cette ligne sur la côte concave du Bangladesh ... compte tenu de la géographie de la région»), et p. 89, par. 333 (se référant aux «côtes des Parties») (tous les italiques sont de moi).

³⁶ *Arbitrage concernant la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh c. Inde)*, sentence du 7 juillet 2014, RSA, vol. XXXII, p. 120, par. 402.

been made”³⁷. In assessing the concavity as a relevant circumstance, the arbitral tribunal examined the projections of the “coast of Bangladesh”, which was “manifestly concave”, and the projections of the “south-east-facing coasts of India”³⁸. It did not take into account the coastlines of Myanmar, which was not mentioned in the relevant analysis.

37. Thirdly, even if it were to be assumed, *arguendo*, that a concavity exists in the area to be delimited, which of course is not the case here, such a concavity would have to be, in the first instance, a marked one; and secondly it would have to produce a severe or serious cut-off effect to be considered as a relevant circumstance. Neither a marked concavity in East Africa, including the Tanzanian coast, nor a serious cut-off or shut-off of the seaward projection of Kenya’s maritime boundary can be identified on a map in the instant case within the 200-nautical-mile area. A strict equidistance line between Somalia and Kenya allows the seaward projection of their coasts to proceed in the same general direction, and does not stop or cut off Kenya’s potential entitlements (see sketch-map No. 10 in the Judgment, p. 269). Words must have a meaning, and a slight narrowing of the coastal projections of a country cannot be characterized as a “serious cut-off”. It is not fitting for a court to claim, as Humpty Dumpty did in *Alice in Wonderland*, that “when I use a word, it means just what I choose it to mean — neither more nor less”.

38. Fourthly, as was observed by the arbitral tribunal in *Bangladesh v. India*, two criteria must be met for a cut-off produced by a provisional equidistance line to warrant adjustment of the provisional equidistance line:

“First, the line must prevent a coastal State from extending its maritime boundary as far seaward as international law permits. Second, the line must be such that — if not adjusted — it would fail to achieve the equitable solution required by articles 74 and 83 of the Convention. This requires an assessment of where the disadvantage of the cut-off materializes and of its seriousness.”³⁹

Neither of these criteria is met in the present case. A cut-off must be capable of causing something to end or to be stopped. However, no such effect is produced by an unadjusted equidistance line between Somalia and Kenya within the 200-nautical-mile zone, whether the Kenya-Tanzania parallel of latitude or a strict equidistance line is used. At 200 nautical miles, the distance between the Kenya-Tanzania parallel of latitude and the unadjusted equidistance line with Somalia would still be, according to

³⁷ *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh v. India)*, Award of 7 July 2014, *RIAA*, Vol. XXXII, p. 121, para. 404.

³⁸ *Ibid.*, pp. 121-122, paras. 406-407.

³⁹ *Ibid.*, p. 124, para. 417; see also *Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d’Ivoire)*, Judgment, *ITLOS Reports 2017*, p. 120, para. 422.

l'ensemble de la zone qui fait l'objet de prétentions concurrentes»³⁷. Pour déterminer si la concavité constituait une circonstance pertinente, le tribunal a examiné les projections de la «côte du Bangladesh», qui était «manifestement concave», et celles des «côtes de l'Inde orientées au sud-est»³⁸, mais il n'a pas pris en compte le littoral du Myanmar, qui n'a pas été mentionné dans le cadre de cette analyse.

37. Troisièmement, même si l'on devait supposer, *arguendo*, qu'il existe une concavité dans la zone à délimiter, ce qui n'est bien évidemment pas le cas ici, cette concavité devrait, avant tout, être prononcée; pour être considérée comme une circonstance pertinente, elle devrait en outre produire un effet d'amputation grave ou important. Or, en la présente espèce, ni une concavité prononcée de la côte est-africaine, y compris celle de la Tanzanie, ni un grave effet d'amputation ou de retranchement de la projection vers le large de la frontière maritime du Kenya n'est visible sur une carte en deçà de 200 milles marins. Une ligne d'équidistance stricte entre la Somalie et le Kenya permettait à leurs côtes de se projeter dans la même direction générale et n'éteignait ni n'amputait les droits potentiels du Kenya (voir le croquis n° 10 dans l'arrêt, p. 269). Les mots ont un sens: une légère réduction de la projection côtière d'un pays ne peut être qualifiée de «grave amputation». Une juridiction ne saurait prétendre, comme le faisait Humpty Dumpty dans *Alice au pays des merveilles*, que «les mots [qu'elle] emploie ont le sens qu'il [lui] plaît de leur accorder — ni plus ni moins».

38. Quatrièmement, comme l'a observé le tribunal arbitral dans l'affaire *Bangladesh c. Inde*, il doit être satisfait à deux critères pour que l'effet d'amputation produit par une ligne d'équidistance provisoire justifie un ajustement de celle-ci:

«Premièrement, la ligne doit empêcher l'Etat côtier d'étendre sa frontière maritime aussi loin vers le large que le lui permet le droit international. Deuxièmement, la ligne doit être telle que, faute d'être ajustée, elle ferait obstacle à la solution équitable prescrite par les articles 74 et 83 de la Convention. Ceci exige de déterminer à quel endroit l'effet d'amputation engendre un désavantage et quelle en est la gravité.»³⁹

Aucun de ces critères n'était rempli en la présente espèce. Un effet d'amputation doit avoir pour résultat de faire cesser ou disparaître quelque chose, ce qui n'était pas le cas d'une ligne d'équidistance non ajustée entre la Somalie et le Kenya en deçà de 200 milles marins, que l'on ait utilisé le parallèle entre le Kenya et la Tanzanie ou une ligne d'équidistance stricte. Au niveau de la limite des 200 milles marins, la distance entre ce parallèle et la ligne d'équidistance non ajustée avec la Somalie aurait toujours été,

³⁷ *Arbitrage concernant la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh c. Inde)*, sentence du 7 juillet 2014, RSA, vol. XXXII, p. 121, par. 404.

³⁸ *Ibid.*, p. 121-122, par. 406-407.

³⁹ *Ibid.*, p. 124, par. 417; voir aussi *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, arrêt, TIDM Recueil 2017, p. 120, par. 422.

Kenya, about 180 km wide⁴⁰. Thus, an unadjusted equidistance line would not prevent Kenya from extending its maritime boundary “as far seaward as international law permits”.

39. Indeed, paragraph 171 recognizes that “the cut-off effect in the present case is less pronounced than in some other cases” but goes on to say that “it is nonetheless still serious enough to warrant some adjustment to address the substantial narrowing of Kenya’s potential entitlement”. It is not clear what is meant by a “serious enough” cut-off in this context, nor is this notion elaborated in the Judgment. However, its use is not, in any case, consistent either with the ordinary meaning of the word “cut-off” in English nor with international jurisprudence. According to the *Oxford Advanced Learner’s Dictionary*, to “cut off” means to “remove something from something larger by cutting”, to “block or get in the way of something”. The central idea in a “cut-off” in maritime delimitation is to preclude the coastline of a State from projecting seaward as far as international law permits, such that a mere narrowing of a seaward projection would not qualify as a “cut-off”.

40. The jurisprudence of the Court and of other international tribunals is quite clear on the meaning and implications of a cut-off in maritime delimitation. The first reference to a “cut-off” in the jurisprudence of the Court was in the *North Sea Continental Shelf* cases, where the Court stated that “in the case of a concave or recessing coast . . . the effect of the use of the equidistance method is to pull the line of the boundary inwards, in the direction of the concavity”, causing the area enclosed by the equidistance lines “to take the form approximately of a triangle with its apex to seaward and, as it was put on behalf of the Federal Republic, ‘cutting off’ the coastal State from the further areas of the continental shelf outside of and beyond this triangle”⁴¹.

41. In *Bangladesh v. India*, Bangladesh found itself in a situation similar to the one described in the *North Sea Continental Shelf* cases, consisting of a triangle with its apex to seaward, as a result of a strict application of the provisional equidistance line. The tribunal noted that

“in the present case, the seaward projections of the west-facing coast of Bangladesh on the north-eastern margins of the Bay of Bengal . . . are affected by the provisional equidistance line. The effect is even more pronounced in respect of the southward projection of the south-facing coast of Bangladesh . . . as far as the area beyond 200 [nautical miles] is concerned. The cut-off effect is evidently more pronounced from point Prov-3 southwards, where the provisional equidistance

⁴⁰ Cf. Counter-Memorial of Kenya, para. 343 and fig. 3-1; CR 2021/3, p. 19, para. 31 (Reichler).

⁴¹ *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 17, para. 8.

selon le Kenya, large d'environ 180 kilomètres⁴⁰. Une ligne d'équidistance non ajustée n'aurait donc pas empêché le Kenya d'étendre sa frontière maritime «aussi loin vers le large que le lui permet[tait] le droit international».

39. De fait, au paragraphe 171, la Cour a reconnu que «l'effet d'amputation [soit] moins prononcé en la présente espèce que dans d'autres affaires», mais précisé qu'il «demeur[ait] suffisamment grave pour justifier un certain ajustement afin de remédier à l'importante réduction des droits potentiels du Kenya». On ne voit pas bien ce que signifie un effet d'amputation «suffisamment grave» dans ce contexte, et aucune explication n'est fournie à ce sujet. En tout état de cause, la manière dont cette notion est employée dans l'arrêt ne correspond ni au sens ordinaire du terme «amputation» («cut-off», en anglais), ni à son usage dans la jurisprudence internationale. Selon l'*Oxford Advanced Learner's Dictionary*, le verbe «cut off» signifie «couper une partie d'un tout» ou «bloquer quelque chose ou y faire obstacle». En matière de délimitation maritime, l'idée centrale est qu'une «amputation» empêche le littoral d'un Etat de se projeter aussi loin vers le large que le permet le droit international; une simple réduction de cette projection ne constitue donc pas une «amputation».

40. La jurisprudence de la Cour et des autres juridictions internationales est tout à fait claire concernant le sens et les conséquences d'une amputation en matière de délimitation maritime. C'est dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* que la Cour s'est référée pour la première fois à cette notion, indiquant que, «[d]ans le cas d'une côte concave ou rentrante ... l'application de la méthode de l'équidistance tend à infléchir les lignes de délimitation vers la concavité»: la zone qu'elles encadrent «prend donc la forme d'une sorte de triangle au sommet dirigé vers le large, ce qui, pour reprendre le terme de la République fédérale, «ampute» l'Etat riverain des zones du plateau continental situées en dehors du triangle»⁴¹.

41. En l'affaire *Bangladesh c. Inde*, le Bangladesh s'est trouvé dans une situation semblable à celle décrite dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, à savoir la présence d'un triangle au sommet dirigé vers le large, en raison de l'application stricte de la ligne d'équidistance provisoire. Le tribunal a observé ce qui suit:

«en l'espèce, la ligne d'équidistance provisoire a une incidence sur les projections vers le large des côtes bangladaises orientées à l'ouest sur les marges nord-est du golfe du Bengale... L'effet est encore plus marqué s'agissant de la projection vers le sud de la côte bangladaise orientée au sud ... en ce qui concerne la zone située au-delà de 200 milles marins. L'effet d'amputation est manifestement plus prononcé à partir du point Prov-3 en direction du sud, là où la ligne

⁴⁰ Cf. contre-mémoire du Kenya, par. 343 et fig. 3-1; CR 2021/3, p. 19, par. 31 (Reichler).

⁴¹ *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 17, par. 8.

line bends eastwards to the detriment of Bangladesh, influenced by base point I-2 on the Indian coast and the receding coast of Bangladesh in the inner part of the Bay . . . On the basis of the foregoing, the Tribunal concludes that, as a result of the concavity of the coast, the provisional equidistance line it constructed in fact produces a cut-off effect on the seaward projections of the coast of Bangladesh.”⁴²

42. Likewise, in the case concerning the *Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea and Guinea-Bissau*, the arbitral tribunal stated that

“[w]hen in fact . . . there are three adjacent States along a concave coastline, the equidistance method has the other drawback of resulting in the middle country being enclaved by the other two and thus prevented from extending its maritime territory as far seaward as international law permits”⁴³.

43. The non-existence of a “cut-off” in the present case — much less a serious one — is further demonstrated by the use of the concept in Article 7, paragraph 6 (on straight baselines), and Article 47, paragraph 5 (on archipelagic baselines), of UNCLOS, which read as follows:

“The system of straight baselines may not be applied by a State in such a manner as to *cut off* the territorial sea of another State from the high seas or an exclusive economic zone.”

.....

“The system of such baselines shall not be applied by an archipelagic State in such a manner as to *cut off* from the high seas or the exclusive economic zone the territorial sea of another State.” (Emphases added.)

44. These provisions reproduce almost verbatim the text of Article 4 (5) of the 1958 Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone⁴⁴. Originally, the idea of a “cut-off” effect was not envisaged by the International Law Commission’s 1956 “Articles concerning the Law of the Sea”⁴⁵. The idea of a “cut-off” in the Convention originates from a Portuguese proposal at the 1958 United Nations Conference on the Law of

⁴² *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh v. India)*, Award of 7 July 2014, *RIAA*, Vol. XXXII, pp. 122-123, paras. 407-408. See also *ibid.*, p. 122, map 6 (Projections from coasts).

⁴³ *Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea and Guinea-Bissau*, Award of 14 February 1985, *ILR*, Vol. 77, p. 682, para. 104.

⁴⁴ Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, 1958, United Nations, *Treaty Series (UNTS)*, Vol. 516. Article 4, paragraph 5, reads as follows: “The system of straight baselines may not be applied by a State in such a manner as to cut off from the high seas the territorial sea of another State.”

⁴⁵ *Yearbook of the International Law Commission*, 1956, Vol. II, pp. 265 *et seq.*

d'équidistance provisoire s'incurve vers l'est au détriment du Bangladesh, sous l'influence du point de base I-2 situé sur la côte indienne et de la côte rentrante du Bangladesh dans la partie intérieure du golfe... A la lumière de ce qui précède, le tribunal conclut que, en raison de la concavité de la côte, la ligne d'équidistance provisoire qu'il a construite produit en réalité un effet d'amputation des projections des côtes du Bangladesh vers le large.»⁴²

42. De même, dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, le tribunal arbitral a fait l'observation suivante :

«Quand en fait il y a ... trois Etats limitrophes le long d'un littoral concave, l'équidistance a cet autre inconvénient d'avoir pour résultat que le pays situé au centre est enclavé par les deux autres et se trouve empêché de projeter son territoire maritime aussi loin vers le large que le lui permettrait le droit international.»⁴³

43. L'inexistence d'une «amputation» en la présente espèce — et, *a fortiori*, d'une amputation grave — est également démontrée par la façon dont cette notion est utilisée au paragraphe 6 de l'article 7 (lignes de base droites) et au paragraphe 5 de l'article 47 (lignes de base archipélagiques) de la CNUDM, qui sont respectivement libellés comme suit :

«La méthode des lignes de base droites ne peut être appliquée par un Etat de manière telle que la mer territoriale d'un autre Etat se trouve *coupée* de la haute mer ou d'une zone économique exclusive.»

«Un Etat archipel ne peut appliquer la méthode de tracé de ces lignes de base d'une manière telle que la mer territoriale d'un autre Etat se trouve *coupée* de la haute mer ou d'une zone économique exclusive.» (Les italiques sont de moi.)

44. Ces dispositions reproduisent presque *verbatim* le texte du paragraphe 5 de l'article 4 de la convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë⁴⁴. A l'origine, l'idée d'un effet d'«amputation» n'avait pas été envisagée dans les «articles concernant le droit de la mer» de la Commission du droit international⁴⁵. Cette idée provient d'une proposition du Portugal, formulée dans des termes très semblables, à la confé-

⁴² *Arbitrage concernant la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh c. Inde)*, sentence du 7 juillet 2014, RSA, vol. XXXII, p. 122-123, par. 407-408. Voir aussi *ibid.*, p. 122, map 6 (Projections from coasts).

⁴³ *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, sentence du 14 février 1985, RSA, vol. XIX, p. 187, par. 104.

⁴⁴ Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë, 1958, *Recueil des traités des Nations Unies (RTNU)*, vol. 516. Le paragraphe 5 de l'article 4 se lit comme suit : «Le système des lignes de base droites ne peut être appliqué par un Etat de manière à couper de la haute mer la mer territoriale d'un autre Etat.»

⁴⁵ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1956, vol. II, p. 265 et suiv.

the Sea, with very similar wording⁴⁶. In explaining its proposal, the delegate of Portugal stated that “it would be absurd if one coastal State were able to deny another coastal State access to the high seas”⁴⁷. These provisions were taken as the basis for UNCLOS III, without much debate as to their substance or content.

45. According to the *Virginia Commentary* on Article 7 of UNCLOS:

“Paragraph 6 [of Article 7 of UNCLOS] is based on article 4, paragraph 5, of the 1958 Convention, with the addition of the reference to the exclusive economic zone. *Its purpose is to protect the access of a coastal State to any open sea area where it enjoys the freedom of navigation.* The additional reference to the exclusive economic zone in paragraph 6 is justified since the freedom of navigation is exercised also in that zone under article 58, paragraph 1.”⁴⁸ (Emphasis added.)

46. The question therefore arises whether there is any area in the coastal projections of Somalia and Kenya within 200 nautical miles or beyond it which, because of the use of the equidistance line, takes the form “approximately of a triangle with its apex to seaward”, thus cutting off Kenya from further areas of the EEZ or continental shelf beyond this triangle, or which results in Kenya being enclaved. The answer is manifestly negative. Neither a serious cut-off nor an enclavement can be visualized even on sketch-map No. 10 of the Judgment (p. 269), which only shows a slight narrowing of the coastal projections of Kenya that cannot realistically be claimed to cut it off from, or block its access to, any maritime zone within or beyond 200 nautical miles.

47. To conclude, it should be recalled that the Court has repeatedly emphasized in the past the need to “be faithful to the actual geographical situation”⁴⁹ in defining the relevant coast and relevant area and to avoid “completely refashioning nature”⁵⁰. The present Judgment engages in

⁴⁶ *United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records, Vol. III, First Committee (Territorial Sea and Contiguous Zone), Summary records of meetings and Annexes, UN doc. A/CONF.13/39, p. 240, doc. A/CONF.13/C.1/L.101, Portugal: proposal (Article 5), second point: “Insert a new paragraph as follows: ‘4. The system of straight baselines may never be drawn by a State in such a manner as to cut off from the high seas the territorial sea of another State.’”*

⁴⁷ *Ibid.*, p. 148, para. 27.

⁴⁸ S. N. Nandan, S. Rosenne and N. R. Grandy (Volume Eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: A Commentary*, Vol. II, 1993, Center for Oceans Law and Policy, University of Virginia, Martinus Nijhoff, Dordrecht, p. 103, para. 7.9 (*h*).

⁴⁹ *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985*, p. 45, para. 57.

⁵⁰ *Ibid.* See also *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 49, para. 91.

rence des Nations Unies de 1958 sur le droit de la mer⁴⁶. Pour expliquer sa proposition, le représentant portugais avait affirmé qu'il «serait absurde qu'un Etat côtier puisse empêcher un autre Etat côtier d'accéder à la haute mer»⁴⁷. Ces dispositions ont servi de base à la troisième conférence sur le droit de la mer, sans qu'elles n'aient fait l'objet de réels débats sur le fond ou quant à leur teneur.

45. Le commentaire de l'Université de Virginie sur l'article 7 de la CNUDM se lit comme suit :

«[L]e paragraphe 6 [de l'article 7 de la CNUDM] est fondé sur le paragraphe 5 de l'article 4 de la Convention de 1958, bien qu'il se réfère également à la zone économique exclusive. *Il a pour but de préserver l'accès de tout Etat côtier aux zones de la haute mer dans lesquelles il jouit de la liberté de navigation.* La référence à la zone économique exclusive dans ce paragraphe est justifiée puisque la liberté de navigation s'y exerce aussi en vertu du paragraphe 1 de l'article 58.»⁴⁸ (Les italiques sont de moi.)

46. La question se pose donc de savoir si, du fait de l'utilisation de la ligne d'équidistance, l'une des zones de projection côtière de la Somalie ou du Kenya, en deçà ou au-delà de la limite des 200 milles marins, prenait la forme «d'une sorte de triangle au sommet dirigé vers le large», coupant ainsi le Kenya d'autres zones de la ZEE ou du plateau continental situées en dehors du triangle, ou entraînant un enclavement de ce pays. Tel n'était manifestement pas le cas. Aucune amputation grave ni aucun enclavement n'est visible, même sur le croquis n° 10 de l'arrêt (p. 269); on y voit seulement une légère réduction des projections côtières du Kenya dont il n'est pas réaliste d'affirmer qu'elle avait pour effet d'amputer ce dernier de quelque zone maritime en deçà ou au-delà de 200 milles marins, ou de l'empêcher d'y accéder.

47. Pour conclure, on rappellera que la Cour a souligné à maintes reprises qu'il convenait de définir la côte pertinente et la zone pertinente en «respect[ant] la situation géographique réelle»⁴⁹ et en évitant de «refaire entièrement la nature»⁵⁰. Le présent arrêt procède pourtant à un

⁴⁶ *Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, Documents officiels, vol. III, Première Commission (Mer territoriale et zone contiguë), comptes rendus analytiques des séances et annexes*, Nations Unies, doc. A/CONF.13/39, p. 240, doc. A/CONF.13/C.1/L.101, Portugal: proposition (article 5), deuxième point: «Insérer un nouveau paragraphe libellé comme suit: «4. La méthode des lignes de base droites ne doit jamais être appliquée par un Etat de manière telle que la mer territoriale d'un autre Etat se trouve coupée de la haute mer.»»

⁴⁷ *Ibid.*, p. 148, par. 27.

⁴⁸ S. N. Nandan, S. Rosenne et N. R. Grandy (directeurs de volume), *United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: A Commentary*, vol. II, 1993, Center for Oceans Law and Policy, University of Virginia, Martinus Nijhoff, Dordrecht, p. 103, par. 7.9 h).

⁴⁹ *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 45, par. 57.

⁵⁰ *Ibid.* Voir aussi *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 49, par. 91.

such refashioning by importing into the area to be delimited between Somalia and Kenya, the characteristics of the coastline of a third State, namely the existence of a slight concavity off the coast of Tanzania. The law and methodology hitherto developed by the Court for the purposes of delimitation between adjacent or opposite coasts have given rise to a high degree of predictability and a normative coherence in the interpretation and application of the international law of the sea.

48. This long-standing predictability and coherence risk to be shattered by the incorrect and unprecedented approach used in the adjustment of the equidistance line in the present Judgment by disregarding a cardinal principle of maritime delimitation, that “the land dominates the sea”. By introducing into the analysis of the overlapping claims of Somalia and Kenya extraneous coastal configurations and geographical circumstances well beyond the relevant coasts of the Parties, and beyond the relevant area, the Judgment has introduced into the law and process of maritime delimitation considerations which are “strange to its nature”⁵¹ and undermine the reliable methodology developed by the Court.

IV. DELIMITATION OF THE CONTINENTAL SHELF BEYOND 200 NAUTICAL MILES

49. I agree that the Court should proceed to a delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles as requested by both Parties. I disagree, however, with the manner in which the delimitation has been implemented for the following reasons.

50. First, for the same reasons as described above, I disagree with the extension of the same geodetic line that was unjustifiably adjusted within the 200 nautical miles. There was no valid reason to do so. The Court cannot simply assert that a delimitation line should take a certain course without justifying it or giving convincing reasons for it. The narrowing of the coastal projections of Kenya is in fact more pronounced after the 200 nautical miles due to Kenya’s maritime delimitation agreement in 2009 with Tanzania. However, this is not specifically mentioned in the Judgment.

51. It should be recalled, in this connection, that in that agreement Kenya deliberately chose the parallel of latitude delimitation instead of an equidistance line in order to gain about 10,000 sq km within 200 nautical miles, which, however, made it lose more than 25,000 sq km of maritime space beyond 200 nautical miles. Thus, if there is a cut-off effect in the area beyond 200 nautical miles, it is purely and simply due to Kenya’s choice in 2009. Moreover, the agreement between Kenya and Tanzania

⁵¹ *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985, p. 40, para. 48; *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, Judgment, I.C.J. Reports 1993, p. 63, para. 57.

tel remodelage géographique, en important dans la zone à délimiter entre la Somalie et le Kenya les caractéristiques du littoral d'un Etat tiers, à savoir l'existence d'une légère concavité de la côte tanzanienne. Or, le droit et la méthode appliqués jusqu'ici par la Cour aux fins de la délimitation entre des côtes qui sont adjacentes ou se font face se caractérisaient par un fort degré de prévisibilité et une cohérence normative dans l'interprétation et l'application du droit international de la mer.

48. Cette prévisibilité et cette cohérence bien établies risquent d'être anéanties par l'approche inédite et erronée adoptée dans le présent arrêt pour l'ajustement de la ligne d'équidistance, approche qui fait fi du principe fondamental de la délimitation maritime selon lequel «la terre domine la mer». En tenant compte, dans l'analyse des revendications concurrentes de la Somalie et du Kenya, de caractéristiques côtières extérieures et de circonstances géographiques fort éloignées des côtes pertinentes des Parties, en dehors de la zone pertinente, l'arrêt introduit dans le droit et le processus de la délimitation maritime des considérations «étrangères à [leur] nature»⁵¹, ce qui porte atteinte à la méthode fiable mise au point par la Cour.

IV. DÉLIMITATION DU PLATEAU CONTINENTAL AU-DELÀ DE 200 MILLES MARINS

49. Je conviens que la Cour devait procéder à la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins comme l'avaient demandé les deux Parties. Pour les raisons que j'exposerai ci-après, je ne souscris toutefois pas à la manière dont cette délimitation a été établie.

50. Premièrement, pour les mêmes motifs que ceux qui ont été exposés ci-dessus, je ne souscris pas au prolongement de la ligne géodésique qui a été ajustée de façon injustifiable et sans raison valable en deçà de 200 milles marins. La Cour ne peut se contenter d'affirmer qu'une ligne de délimitation doit suivre un certain tracé sans fournir de justification ni de raison convaincante. La réduction des projections côtières du Kenya était effectivement plus marquée au-delà de la limite des 200 milles marins du fait de l'accord de délimitation maritime que cet Etat avait conclu avec la Tanzanie en 2009; mais cela n'est pas spécifiquement mentionné dans l'arrêt.

51. Il convient de rappeler à cet égard que, dans cet accord, le Kenya avait délibérément choisi une ligne de délimitation suivant le parallèle plutôt qu'une ligne d'équidistance afin de gagner environ 10 000 kilomètres carrés en deçà de 200 milles marins, ce qui lui a cependant fait perdre plus de 25 000 kilomètres carrés d'espaces maritimes au-delà de cette limite. S'il existait un effet d'amputation dans la zone située au-delà de 200 milles marins, c'était donc purement et simplement à cause du

⁵¹ *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 40, par. 48; *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1993, p. 63, par. 57.

cannot have any legal effect for Somalia in accordance with the principle *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. For this reason, Somalia cannot be required to compensate Kenya for the maritime area it surrendered on the basis of its agreement with Tanzania by shifting the equidistance line northwards in its favour as has been done in the Judgment.

52. Secondly, the extension of the adjusted equidistance line beyond 200 nautical miles along the above-mentioned geodetic line also creates a new problem with regard to what the Judgment refers to as the “grey area”. It is the erroneous manner in which the adjustment of the equidistance line is made in the present case that produces this “grey area” as depicted in sketch-map No. 12 (p. 278). Although it is stated in the Judgment that such a “grey area” is only a possibility, and therefore the Court “does not consider it necessary . . . to pronounce itself on the legal régime that would be applicable in that area” (para. 197), the mere reference to it and its representation in a sketch-map which is an integral part of the Judgment may create a new and unnecessary controversy between these two neighbouring States in the future.

(Signed) Abdulqawi Ahmed YUSUF.

choix qu'avait fait le Kenya en 2009. De plus, compte tenu du principe *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, l'accord conclu entre ce dernier et la Tanzanie ne pouvait avoir quelque effet juridique sur la Somalie. Aussi ne pouvait-on exiger de celle-ci qu'elle compense la perte, pour le Kenya, d'une zone maritime qu'il avait lui-même cédée dans le cadre de son accord avec la Tanzanie en déplaçant la ligne d'équidistance vers le nord en sa faveur, comme cela a été décidé dans l'arrêt.

52. Deuxièmement, le prolongement de la ligne d'équidistance ajustée au-delà de 200 milles marins le long de la ligne géodésique susmentionnée crée également un nouveau problème lié à ce que l'arrêt qualifie de «zone grise». Cette zone, visible sur le croquis n° 12 (p. 278), apparaît en raison de la manière erronée dont la ligne d'équidistance a été ajustée en la présente espèce. Bien qu'il soit affirmé dans l'arrêt que cette «zone grise» n'est qu'une éventualité et que, partant, la Cour «n'estime pas nécessaire ... de se prononcer sur le régime juridique qui y serait applicable» (par. 197), le simple fait qu'elle soit mentionnée et représentée sur un croquis qui fait partie intégrante de l'arrêt pourrait, à l'avenir, engendrer inutilement un nouveau différend entre les deux Etats.

(Signé) Abdulqawi Ahmed YUSUF.
