

OPINION INDIVIDUELLE DE M. ODA

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. INTRODUCTION	1-8
II. L'AFFAIRE SOUMISE À LA COUR AU MOYEN D'UN COMPROMIS	9-21
1) Le compromis manque de clarté	9-10
2) Les antécédents préjudant à la saisine de la Cour	11-17
3) Observations complémentaires sur le manque de clarté du compromis	18-21
III. «SUR LA BASE DU TRAITÉ ANGLO-ALLEMAND DE 1890»	22-33
1) Introduction	22
2) L'importance du traité anglo-allemand de 1890	23-27
3) Le sens de l'expression «chenal principal» dans le traité de 1890	28-32
4) Comment le «chenal principal» a-t-il été reconnu à diverses reprises dans le passé?	33
IV. «SUR LA BASE DES RÈGLES ET PRINCIPES DU DROIT INTERNATIONAL»	34-46
V. COMMENT LE «CHENAL PRINCIPAL» DU CHOBE A ÉTÉ RECONNU DANS LA PRATIQUE ANTÉRIEURE ET COMMENT CELA POURRAIT-IL AIDER LA COUR À SITUER LA FRONTIÈRE LE LONG DU FLEUVE CHOBE	37-59
1) Introduction	37-38
2) Examen des cartes	39-41
3) La géographie de la zone entourant l'île de Kasikili/Sedudu et la situation politique et sociale de l'île jusqu'au milieu du XX ^e siècle	42-47
4) La confrontation, pendant les années quarante, entre les autorités de l'Union sud-africaine et les services du haut commissaire britannique chargés du protectorat du Bechuanaland	48-56
5) Les incidents qui ont lieu en 1984 après l'indépendance du Botswana en 1966, et l'enquête topographique conjointe qui a suivi	57-58
6) Que dit la pratique antérieure?	59
VI. CONCLUSION	60-63

I. INTRODUCTION

1. J'ai voté pour l'arrêt, estimant que la Cour a raison de dire que c'est le chenal nord du Chobe qui constitue la frontière entre le Botswana et la Namibie et que l'île de Kasikili/Sedudu fait partie du territoire du Botswana.

2. J'ai voté pour le paragraphe 3) du dispositif mais j'estime que cette question, qui n'a pas en fait été soumise à la Cour dans le compromis et n'était pas non plus citée dans les conclusions des Parties, n'a pas à figurer dans le dispositif de l'arrêt, car elle a déjà été suffisamment traitée dans les sections précédentes de l'arrêt consacrées aux motifs (par. 102 et 103).

*

3. Je me vois contraint de dire qu'à mon grand regret je ne suis pas bien la logique adoptée dans son arrêt par la Cour. Les motifs qui ont inspiré à la Cour sa décision ne correspondent pas nécessairement à la façon dont je comprends l'affaire dans son ensemble. Je peux même dire que je suis totalement perdu à la lecture de l'arrêt et je donnerai l'exemple ci-dessous :

«41. Pour les motifs qui précèdent [dans la partie qui précède, la Cour parle des particularités physiques du chenal], la Cour conclut que le chenal nord du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu doit être considéré comme son chenal principal suivant le sens ordinaire des termes figurant dans la disposition pertinente du traité de 1890.»

«79. La Cour conclut de tout ce qui précède que la conduite ultérieure des parties au traité de 1890 n'a donné lieu à aucun «accord... entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions», au sens de l'alinéa *a*) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, et qu'elle n'a pas davantage donné lieu à une quelconque «pratique ... suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité», au sens de l'alinéa *b*) de cette même disposition.»

«80. ... La Cour estime que ces faits, même s'ils ne constituent pas une «pratique ultérieure» des parties au traité de 1890 quant à l'interprétation de celui-ci, n'en étayent pas moins les conclusions auxquelles elle est parvenue en interprétant le paragraphe 2 de l'article III du traité suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes (voir par. 41 ci-dessus).»

«88. L'interprétation des dispositions pertinentes du traité de 1890 à laquelle la Cour a procédé ci-dessus l'amène à conclure que la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Kasikili/Sedudu, définie par ce traité, passe dans le chenal nord du Chobe.»

4. Il importe au plus haut point de relever que la Cour n'est *pas* saisie par voie de requête unilatérale de l'une des Parties au différend demandant que lui soit précisé le droit international régissant le tracé de la frontière entre les deux Etats en question ainsi que le statut juridique de l'île de Kasikili/Sedudu en vertu de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. La Cour est saisie par la voie d'un compromis, par lequel les Parties demandent à la Cour de déterminer ladite frontière et ledit statut juridique de l'île *sur la base des critères* que les Parties veulent l'une et l'autre voir appliquer.

A mon avis, la Cour se fonde à l'excès sur la convention de Vienne sur le droit des traités pour interpréter le traité anglo-allemand de 1890. Certes, les Parties ont convenu de demander à la Cour de déterminer la frontière *sur la base* du traité de 1890 — et il convient à nouveau de faire très fermement observer que ni le Botswana ni la Namibie ne sont parties audit traité — mais la Cour n'a *pas* été priée d'interpréter le traité de 1890 lui-même. Dans son arrêt, la Cour cite presque intégralement l'article 31 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités qui énonce une règle générale d'interprétation. Dans l'arrêt, la Cour va évoquer onze fois au moins cette disposition de la convention de Vienne. Je sais parfaitement que cette convention de Vienne est le reflet du droit international coutumier, mais il ne faut pas oublier, comme il est très justement indiqué au paragraphe 18 de l'arrêt, que ladite convention «s'applique uniquement aux traités conclus par des Etats après son entrée en vigueur à l'égard de ces Etats» (art. 4). En fait, la convention est entrée en vigueur en 1980. La présente espèce ne me paraît donc pas se rattacher à l'application de la convention de Vienne.

5. J'ai l'impression que les Parties, le Botswana et la Namibie, ainsi que la Cour elle-même ont consacré beaucoup de temps et d'énergie à interpréter le terme allemand «*Thalweg*», lequel, comme l'arrêt le reconnaît lui-même, était simplement la traduction du terme anglais «centre» (arrêt, par. 46). La Cour a été priée de déterminer où — c'est-à-dire soit dans le chenal nord soit dans le chenal sud du Chobe — il faut considérer que se situe le «chenal principal» visé au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890, et par conséquent la frontière entre le Botswana et la Namibie. Je dois dire à ce propos que je ne comprends pas pourquoi la Cour dit dans le dispositif de son arrêt que la frontière suit «la ligne des sondages les plus profonds» dans le chenal nord du fleuve Chobe (arrêt, par. 104, al. 1)). Comme les Parties l'ont proposé au cours de la procédure orale, la Cour a utilisé cette formule «ligne des sondages les plus profonds» comme équivalent du terme *Thalweg* (arrêt, par. 89). Mais il eut suffi à mon avis que la Cour dise simplement, sans plus, lequel des deux chenaux, le chenal nord ou le chenal sud, constitue le «chenal principal», c'est-à-dire la frontière située dans le fleuve Chobe qui sépare le Botswana et la Namibie.

6. Il me paraît extrêmement important de bien faire la distinction entre

les critères à utiliser pour établir quel est sur un plan général le «chenal principal» d'une part, et, de l'autre, une décision consistant à appliquer lesdits critères à une certaine situation géographique. Les critères permettant de déterminer le chenal «principal» peuvent très bien être définis par le droit, avec le concours de connaissances scientifiques, mais la détermination du «chenal principal» en tant que frontière qui est opérée par le recours aux mêmes critères dans n'importe quelle situation géographique n'a rien d'une fonction juridique. Je rappellerai qu'au moment où les présidents du Botswana et de la Namibie se sont réunis à Kasane en mai 1992, les deux Etats ont tenté de régler la question comme s'il s'agissait d'un problème *technique* qu'ils pouvaient résoudre en faisant appel à des experts *techniques* (voir paragraphes 13 et 14 de la présente opinion). Les deux questions sont examinées aux paragraphes 20 à 40 de l'arrêt et la Cour tente de se prononcer à ce sujet, en s'appuyant exclusivement sur les informations données par les parties dans leurs écritures et au cours de la procédure orale, mais sans bénéficier de connaissances scientifiques objectives qu'elle aurait pu obtenir elle-même mais qu'elle a refusé de demander.

7. L'arrêt évoque divers actes ou comportements concernant le fleuve Chobe et certains rapports d'enquête sur le fleuve qui émanent de diverses autorités. J'admets que ces faits et ces rapports d'enquête sont extrêmement importants aux fins de l'examen de la question par la Cour. Mais je ne peux pas admettre la position de la Cour qui est que ces faits et ces rapports ne peuvent être pris en compte que comme témoignant éventuellement de «tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions» ou de «toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité» au sens de l'article 31, paragraphe 3 de la convention de Vienne sur le droit des traités, témoignages à prendre en considération pour interpréter le traité anglo-allemand de 1890. Après une longue analyse (par. 47-70), la Cour aboutit à la conclusion que les faits et les documents en question *ne peuvent pas* être considérés comme constituant «un accord ultérieur quelconque» ni «une pratique ultérieure quelconque» qui puisse servir à interpréter le traité de 1890, bien qu'elle estime finalement que lesdits faits «n'en étaient pas moins les conclusions auxquelles elle est parvenue en interprétant le paragraphe 2 de l'article III du traité suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes» (par. 80). Je dirai pour ma part que ces faits et documents doivent être pris simplement pour ce qu'ils sont, si l'on veut qu'ils aident la Cour à déterminer le tracé de la frontière, c'est-à-dire comme des éléments historiques intéressant la présente affaire qui n'ont toutefois aucune incidence du point de vue des dispositions de la convention de Vienne.

8. Comme ma position ne correspond pas tout à fait aux vues qui ont conduit la Cour à formuler son arrêt, j'estime devoir indiquer rapidement comment je conçois l'affaire.

II. L'AFFAIRE SOUMISE À LA COUR AU MOYEN D'UN COMPROMIS

1) *Le compromis manque de clarté*

9. Je commencerai par m'interroger sur l'objet de l'«affaire» soumise à la Cour par la voie du compromis conclu entre le Botswana et la Namibie conformément à l'article 36, paragraphe 1 du Statut.

Au deuxième alinéa du préambule de ce compromis, le Botswana et la Namibie déclarent ensemble qu'«un *différend* relatif à la *frontière* autour de l'île de Kasikili/Sedudu oppose [le Botswana] et la [Namibie]» (les italiques sont de moi), mais à l'article premier, les deux pays prient la Cour de déterminer non seulement «la *frontière*» entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu» (les italiques sont de moi) mais aussi «le *statut juridique* de cette île» (les italiques sont de moi). On pourrait soutenir que la détermination du *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu aurait en fait le même effet que la détermination de la *frontière* entre le Botswana et la Namibie dans la région située autour de cette île. C'est-à-dire que les deux Etats auraient estimé au départ que la détermination de la *frontière* dans le Chobe reviendrait automatiquement à déterminer le *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu.

La détermination de la *frontière* dans le Chobe aboutirait effectivement à déterminer le *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu. A l'inverse, la détermination du *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu reviendrait également à déterminer la *frontière*. Toutefois, les solutions apportées à ces deux questions ne sont pas nécessairement les mêmes. Il semble que les deux Etats aient, intentionnellement ou non, complètement modifié leur approche, en ce sens que la question qui se pose au sujet de la *frontière* fluviale dans le Chobe soit désormais aussi une question à résoudre quant au *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu.

De toute façon, la Cour n'aurait pas dû négliger la contradiction entre les deux thèses distinctes : d'une part, la définition du *différend*, laquelle porte exclusivement sur des questions relatives à une *frontière* selon la définition donnée dans le préambule du compromis, et, d'autre part, la demande formulée à l'article 1 dudit compromis concernant la *frontière* dans le Chobe et le *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu.

10. La Cour est priée «de déterminer, sur la base du traité anglo-allemand [de 1890] et des règles et principes du droit international...» (compromis, art. I). Pour les Parties, les termes «règles et principes du droit international» sont «ceux qui sont énumérés au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice» (compromis, art. III), c'est-à-dire «les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées» (Statut, art. 38, par. 1).

A mon sens, les deux bases sur lesquelles la Cour est appelée à statuer risquent d'être contradictoires, voire de s'exclure l'une l'autre. Si la Cour se fonde sur le traité anglo-allemand de 1890, elle ne peut pas en même temps prendre en considération «les règles et principes du droit interna-

tional» que les Parties interprètent comme correspondant aux « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ».

Si nous nous limitons à la première question, celle qui a trait à la *frontière* du Chobe qui sépare le Botswana et la Namibie dans la région de l'île de Kasikili/Sedudu, le traité anglo-allemand de 1890 peut servir de base à la décision de la Cour. Si toutefois nous répondons à la seconde question, c'est-à-dire que nous déterminons le *statut juridique* de l'île, on peut estimer qu'il faut appliquer en général les « règles et principes du droit international ». Bref, les deux bases à retenir par la Cour ne peuvent pas être considérées comme complémentaires ni harmonieuses car elles se contredisent l'une l'autre.

Je présume que les deux pays ont estimé qu'il était possible de tracer une *frontière* sur la base du traité anglo-allemand de 1890 et qu'à cette fin la détermination du « chenal principal » du Chobe inscrite dans le traité de 1890 constituerait la pierre angulaire de l'affaire. Mais comme les deux Etats ont changé de position et ont fait du *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu l'une des deux principales questions de l'« affaire », il n'est pas possible de statuer simplement à partir d'une interprétation de ce qui constitue le « chenal principal » du Chobe, il faut encore appliquer les « règles et principes du droit international » (c'est-à-dire, selon l'interprétation commune des Parties, les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées).

Le compte rendu historique ci-dessous montre comment les Parties ont donc modifié leur conception des questions à résoudre.

2) *Les antécédents préjudant à la saisine de la Cour*

11. La Cour est saisie d'une « affaire » opposant le Botswana (qui était l'ancien protectorat britannique du Bechuanaland et a accédé à l'indépendance en 1966) et la Namibie (qui était jusqu'en 1990 placée sous administration du Conseil des Nations Unies pour la Namibie) au sujet de la géographie de l'île de Kasikili/Sedudu située dans le fleuve Chobe et de la zone entourant l'île. Voyons comment cette « affaire » soumise à la Cour en vertu du paragraphe 1 de l'article 36 du Statut a surgi entre ces deux Etats.

En accédant à l'indépendance en 1966, le Botswana s'est installé sur le territoire qui depuis 1886 était placé sous l'autorité du protectorat britannique du Bechuanaland (arrêt, par. 14). A son indépendance en 1990, le territoire de la Namibie est resté celui-là même qui avait été celui du Sud-Ouest africain, lequel relevait de la sphère d'influence allemande en 1881 (*ibid.*). Quand éclata la première guerre mondiale, la région relevant de la sphère d'influence allemande, que l'on connaît aujourd'hui comme étant le territoire namibien, a été occupée et gouvernée par des forces britanniques venues de Rhodésie du Sud. Puis cette région a été placée à titre de territoire sous mandat sous administration de l'Union sud-africaine dans le cadre du système établi par la Société des Nations en 1919 puis, à partir de 1967, elle a été placée sous l'administration du

Conseil des Nations Unies pour la Namibie, bien que la République sud-africaine ait continué à exercer son contrôle *de facto* jusqu'en 1990. Il n'y a pas de divergence de vues entre le Botswana et la Namibie sur ces faits.

12. S'il y a eu différend territorial entre les deux Etats, le Botswana et la Namibie, au sujet de cette zone de la région du fleuve Chobe, il faut l'attribuer au fait que la Namibie, après avoir accédé à l'indépendance en 1990, a envoyé des forces armées en 1991 sur l'île de Kasikili/Sedudu et au fait qu'en 1991 également, le Botswana a fait flotter son drapeau national sur l'île.

Il semble découler de ces deux incidents qu'en 1991 chacun des deux Etats, le Botswana et la Namibie, estimaient que l'île de Kasikili/Sedudu faisait partie intégrante de son territoire souverain. Or, aucun des deux Etats n'a alors exprimé l'avis que l'autre Etat s'était rendu coupable d'une violation de sa souveraineté. Si la négociation s'est immédiatement engagée entre les deux pays sur cette question, on ne l'a pas su.

13. Mais c'est à la suite des incidents ci-dessus que l'on s'est rendu compte qu'il existait entre les deux Etats une divergence de vues quant à l'appartenance territoriale de l'île de Kasikili/Sedudu.

Le 24 mai 1992, grâce aux bons offices du président du Zimbabwe, les présidents du Botswana et de la Namibie se rencontrent à Kasane pour «traiter de la *frontière* entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Sedudu/Kasikili» (les italiques sont de moi). Après s'être promenés sur le Chobe, après avoir vu l'île de Kasikili/Sedudu, les trois présidents ont examiné divers documents, en particulier le traité anglo-allemand de 1890 qui définissait la sphère d'influence allemande comme étant limitée par la ligne qui suit «le centre du chenal principal [du] fleuve [Chobe]» (traité de 1890, art. III, par. 2). Les trois présidents ont «décidé que cette *question* devait être réglée pacifiquement» (les italiques sont de moi) et

«[à] cette fin, ils sont convenus que la *frontière* ... devrait faire l'objet d'une étude menée par une commission mixte de six experts *techniques* ... pour déterminer où se trouve la frontière aux termes du traité [de 1890]... Les présidents sont convenus que les conclusions de la commission mixte ... auront un caractère définitif et obligatoire pour le Botswana et la Namibie.» (Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 10, p. 71; mémoire du Botswana, vol. III, annexe 55, p. 412; les italiques sont de moi.)

Il ne faisait pas de doute pour le Botswana et la Namibie que l'un et l'autre devaient s'appuyer sur le traité de 1890, lequel définissait la ligne de séparation de la sphère d'influence entre l'Allemagne et la Grande-Bretagne comme se situant au centre du «chenal principal» du Chobe. Les deux Etats avaient donc pour intention, semble-t-il, *non pas* de régler un *différend*, si du moins il en existait un, mais plutôt de déterminer où se situait la *frontière jusqu'alors incertaine* avec le concours des experts *techniques*, lesquels seraient à même d'identifier le «chenal principal» du Chobe.

14. Les présidents du Botswana et de la Namibie estimaient l'un et

l'autre que la *frontière* devait être déterminée comme correspondant au «chenal principal» du Chobe conformément à ce que prescrivait le traité anglo-allemand de 1890. Il semble qu'à leur avis, la question du *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu ne serait pas traitée comme telle. L'appartenance territoriale de l'île ne constituait *pas*, en soi, une question litigieuse.

Il convient également de noter que le terme «différend» n'apparaît pas dans le communiqué publié conjointement par les trois présidents. On peut dire que jusqu'à cette réunion des trois présidents et jusqu'à sa conclusion, ni la Namibie ni le Botswana n'estimaient qu'il y avait un *différend*. Les deux Etats ont voulu que la Cour détermine le tracé de la frontière qui correspond au «chenal principal» aux termes du traité de 1890, avec le concours de l'équipe mixte d'*experts techniques* qui, à la suite de leurs recherches, vont établir quel est, entre le chenal nord et le chenal sud, le «chenal principal». L'appartenance territoriale de l'île de Kasikili/Sedudu serait automatiquement réglée par le tracé de cette ligne de délimitation.

*

15. Il semble que quelques mois après cette réunion de Kasane, l'accord intervenu entre les présidents du Botswana et de la Namibie ait été complètement rejeté à l'échelon gouvernemental. La question a été qualifiée de *différend* à la réunion qui commence le 8 décembre 1992 à Windhoek (mémoire du Botswana, vol. III, annexe 56, p. 416), laquelle a été organisée pour arrêter le mandat de l'équipe mixte d'experts techniques de la frontière (ci-après «l'équipe mixte») qui allait être constituée. Le «mémoire d'accord» conclu entre le Botswana et la Namibie a été rédigé le 23 décembre 1992 (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 11, p. 73; mémoire du Botswana, vol. III, annexe 57, p. 428) à la suite de cette réunion préliminaire.

Il est dit dans le préambule de ce «mémoire d'accord», qu'il existe un *différend frontalier* entre le Botswana et la Namibie, et aussi que les deux pays sont désireux de «régler ce *différend* par des moyens pacifiques conformément aux principes tant de la Charte des Nations Unies que de la Charte de l'Organisation de l'unité africaine» (les italiques sont de moi). Aux termes du même «mémoire d'accord», il est constitué une équipe d'experts techniques composée de trois experts *techniques* de chaque pays qui est chargée «de déterminer la frontière entre le Botswana et la Namibie aux alentours de l'île de Kasikili/Sedudu conformément au traité [anglo-allemand de 1890]» (les italiques sont de moi); autrement dit, l'équipe est chargée de décider si c'est le chenal nord ou le chenal sud qu'il faut considérer comme le «chenal principal».

La formule «il existe un *différend frontalier* entre le Botswana et la Namibie» (les italiques sont de moi) apparaît pour la première fois dans ce «mémoire d'accord» du 23 décembre 1992 et se retrouve ultérieurement dans le compromis du 29 mai 1996 par lequel la présente affaire a

été portée devant la Cour («considérant qu'un différend relatif à la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu oppose [le Botswana et la Namibie]»). La tâche assignée à l'équipe mixte aurait dû être limitée à la détermination du point de vue *technique* de ce qui constitue le «chenal principal» du Chobe conformément au traité anglo-allemand de 1890. Mais tel ne fut pas le cas. D'après le «règlement intérieur» défini dans ce «mémoire d'accord» du 23 décembre 1992, «l'équipe se guidera sur les *principes généraux du droit international concernant le règlement pacifique des différends internationaux* ainsi que sur tout principe pertinent du droit international concernant la délimitation des frontières constituées par des cours d'eau» (mémoire d'accord, art. 8; les italiques sont de moi).

Je tiens à souligner que cette idée ne correspond guère à ce que les présidents des deux Etats semblent avoir eu à l'esprit à peine quelques mois auparavant; en fait, la différence est très grande.

*

16. Le 20 août 1994, après six séries de réunions, l'équipe mixte achève ses travaux, et établit son rapport final dans lequel elle déclare: «il est apparu... que la commission mixte ne pouvait tomber d'accord sur des questions de fond» (mémoire du Botswana, vol. III, annexe 58, p. 440; mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 113, p. 88). Dans la suite de ce rapport final, on lit: «[l'équipe mixte] n'a pu aboutir, conformément aux dispositions du [mémoire d'accord], à une conclusion en ce qui concerne la détermination de la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Kasikili/Sedudu.» L'équipe mixte a donc été dans l'impossibilité de déterminer le tracé de la frontière conformément aux formules utilisées dans le traité anglo-allemand de 1890.

Il semble que cet échec de l'équipe mixte s'explique par le fait qu'elle n'a pas mené ses travaux conformément au mandat initialement arrêté à Kasane en mai 1992 par les présidents du Botswana et de la Namibie, lequel visait à définir où se situait, dans le Chobe, le «chenal principal» d'après les experts techniques.

17. Mais, bien qu'elle n'ait pas pu déterminer la *frontière*, l'équipe technique a néanmoins formulé une recommandation:

«[L]a commission mixte recommanderait... de recourir au règlement pacifique du *différend* [sur la base des] *règles et principes applicables du droit international*.» (Les italiques sont de moi.)

Il y a là un changement crucial en ce sens que l'équipe mixte recommande de régler le «différend» sur la base des «règles et principes applicables du droit international» et *non* au moyen d'une interprétation technique de l'expression «chenal principal du fleuve» figurant dans le traité de 1890.

Je ne suis vraiment pas sûr du tout que le pouvoir de formuler cette recommandation découle bien du mandat initial de la commission mixte. Il faut bien voir que cette équipe mixte n'est pas restée un simple groupe

d'*experts techniques*, traitant de questions techniques relatives à la détermination du «chenal principal», mais qu'elle est devenue un organe de *négociation diplomatique* entre les deux Etats. En fait, les six membres de cette équipe technique n'étaient même pas obligatoirement des experts techniques, et l'équipe du Botswana était dirigée par un éminent professeur de droit international. Cela prouve clairement que l'objectif assigné à l'équipe technique, lequel était d'abord une question technique ou scientifique consistant à déterminer le «chenal principal» du Chobe, a changé et qu'il s'agissait désormais de traiter un différend juridique plus général opposant les deux pays sur des questions territoriales.

Lorsqu'ils ont reçu le rapport final et la recommandation de l'équipe mixte, les présidents du Botswana et de la Namibie ainsi que le président du Zimbabwe ont décidé, lors de la réunion au sommet qui s'est tenue le 15 février 1995 à Harare, après avoir discuté de ce rapport de l'équipe mixte, que «le *litige* devait être porté devant la Cour internationale de Justice» (mémoire du Botswana, vol. III, annexe 59, p. 463; les italiques sont de moi).

Et le Botswana et la Namibie ont donc conclu un an plus tard, le 15 février 1996, le compromis dont l'énoncé est cité intégralement au paragraphe 2 de l'arrêt.

3) *Observations complémentaires sur le manque de clarté du compromis*

18. Après avoir ainsi étudié tout le processus qui débouche sur la conclusion du compromis, il m'apparaît très clairement que les deux pays ont fondamentalement changé de position sur l'ensemble de la question. En effet, le problème initial, dans le cadre duquel ni l'un ni l'autre des deux Etats n'accordaient beaucoup de poids au *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu, considérant plutôt que ce *statut juridique* de l'île procéderait de la détermination de la *frontière*, est devenu un problème portant sur le *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu.

19. Si les deux pays étaient d'accord sur l'idée qu'il fallait déterminer la *frontière* comme étant le centre du «chenal principal» du fleuve Chobe, lequel séparait les sphères d'influence en vertu du traité anglo-allemand de 1890, ils ne parvenaient pas à s'entendre sur le chenal — chenal nord ou chenal sud — qui constituait le «chenal principal», élément qui pouvait être déterminant quand il fallait établir de quel territoire relèverait l'île de Kasikili/Sedudu.

La question opposant ainsi les deux Etats pouvait être résolue par la voie d'une enquête scientifique concernant le «chenal principal» du Chobe. Toutefois, la question litigieuse qui était initialement considérée comme consistant simplement à tracer une *frontière* entre les deux Etats, soit dans le chenal nord, soit dans le chenal sud du Chobe (selon celui des deux chenaux qui serait réputé être le chenal principal), est désormais expressément devenue une question territoriale portant sur la souverai-

neté exercée sur l'île de Kasikili/Sedudu — et le changement s'est opéré en 1995 lors de l'élaboration du rapport de l'équipe mixte.

Comme je l'ai déjà dit au paragraphe 9 ci-dessus, au deuxième alinéa de son préambule, le compromis ne vise qu'un «*différend* relatif à la *frontière*» (les italiques sont de moi), mais, à l'article I, la Cour est priée de déterminer non seulement la *frontière* dans le fleuve Chobe mais également «*le statut juridique* de l'île [de Kasikili/Sedudu]» (les italiques sont de moi). Le traité anglo-allemand de 1890 et les «*règles et principes du droit international*» (et une fois de plus, je souligne que d'après le compromis ces règles et principes équivalent aux «*principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées*») qui doivent servir de base au règlement du différend sont d'emblée contradictoires. Comment la Cour peut-elle en l'espèce trouver une solution à cette contradiction?

J'estime pour ma part que le compromis établi par les deux Etats n'a pas été rédigé comme il convient.

20. Je reviens à la question initiale, qui est de savoir si i) la Cour est priée de déterminer une frontière, sur la base du traité anglo-allemand de 1890, lequel dispose que le «*chenal principal*» du Chobe est une *frontière* ou bien si ii) la Cour doit se prononcer de façon définitive sur la question territoriale de l'île de Kasikili/Sedudu conformément aux «*règles et principes du droit international*» interprétés comme correspondant aux «*principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées*». L'intention réelle des Parties et la façon dont elles ont soumis cette «*affaire*» à la Cour ne sont pas claires. Ces points n'ont été précisés par aucun des deux Etats dans leurs écritures ni pendant la procédure orale et l'arrêt de la Cour n'en traite pas non plus.

S'il faut retenir l'hypothèse i), la Cour doit se limiter à déterminer lequel des chenaux nord et sud du Chobe est le «*chenal principal*» qui est la frontière entre les deux Etats. Si l'on retient l'hypothèse ii), la Cour doit interpréter les «*règles et principes du droit international*» relatives à la souveraineté territoriale tels qu'ils s'appliquent à l'île de Kasikili/Sedudu. Cette confusion des questions soumises conjointement par le Botswana et la Namibie à la Cour met celle-ci dans une situation extrêmement difficile face à «*l'affaire*» qu'elle doit trancher; en particulier, parce que cette «*affaire*» ne relève pas d'une requête unilatérale mais lui est soumise d'un commun accord par les deux Parties.

21. Or, dans cette affaire soumise conjointement, le fond même du *différend* et les bases sur lesquelles la Cour est priée de statuer me paraissent extrêmement peu clairs. A mon sens, la Cour aurait dû demander aux Parties de préciser leur position. Je me demande s'il n'aurait pas été possible à la Cour de renvoyer aux Parties cette affaire soumise bilatéralement en leur demandant de préciser leur intention commune et leur entente initiale au sujet de la saisine de la Cour et de dire s'ils veulent que soit déterminée la *frontière*, ou bien s'ils préfèrent que la détermination du *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu soit traitée à part et non pas simplement comme suite à la détermination de la frontière.

III. «SUR LA BASE DU TRAITÉ ANGLO-ALLEMAND DE 1890»

1) Introduction

22. Comme je l'ai déjà dit au paragraphe 3 ci-dessus, il s'agit ici d'une affaire introduite par voie de compromis, aux termes duquel les Parties demandent à la Cour de déterminer la frontière ainsi que le statut juridique de l'île sur la base des critères que les Parties veulent retenir d'un commun accord. L'intention initiale des Parties était de se fonder sur le traité anglo-allemand de 1890 qui aiderait à tracer une frontière le long du fleuve Chobe dans la zone de l'île de Kasikili/Sedudu. Je vais donc à présent analyser ce traité anglo-allemand de 1890.

2) L'importance du traité anglo-allemand de 1890

23. Le Botswana et la Namibie ne s'opposent pas du tout quant au fait que ce traité de 1890 doit être considéré comme un document fondamental aux fins de la détermination de la frontière entre les deux Etats. Je commencerai par étudier le traité lui-même.

24. L'Allemagne, qui ne s'est guère intéressée à l'Afrique avant la fin du XIX^e siècle, est devenue un Etat colonial à l'époque où elle était dirigée par Bismarck et, aux côtés d'autres pays européens, elle a participé au découpage de l'Afrique. C'est pour régler les questions qui se posaient au sujet de l'Afrique, et établir en particulier la doctrine juridique de l'occupation du continent, que Bismarck a pris l'initiative de convoquer la conférence de Berlin. L'acte général de cette conférence de Berlin est adopté en 1885 (mémoire du Botswana, vol. II, annexe 1, p. 1).

En 1884, l'Allemagne place sous son protectorat le Sud-Ouest africain et en 1885, la Grande-Bretagne, aux termes d'une proclamation du haut commissaire pour l'Afrique australe, fait du Bechuanaland un protectorat britannique (mémoire du Botswana, vol. II, annexe 3, p. 24). En 1889, des négociations ont lieu entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne, celle-ci souhaitant se voir garantir le libre accès au cours supérieur du Zambèze dans le cadre des intérêts correspondant à sa sphère d'influence (mémoire du Botswana, vol. II, annexe 4, p. 27; annexe 5, p. 29).

25. C'est ce traité anglo-allemand du 1^{er} juillet 1890 qui définit comment il faut distinguer les sphères d'influence des deux Etats. Le traité dispose notamment:

«Les soussignés

.....

Après avoir examiné diverses questions concernant les intérêts coloniaux de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne, sont convenus de ce qui suit au nom de leurs gouvernements respectifs:

.....

En Afrique orientale, la sphère d'influence réservée à l'Allemagne est délimitée comme suit:

.....

2. A l'est, par une ligne ... [qui] suit [le 22° parallèle de latitude sud] jusqu'à son intersection avec le 21° degré de longitude est; puis suit ce méridien vers le nord jusqu'à son intersection avec le 18° parallèle de latitude sud; suit ce parallèle vers l'est jusqu'au Chobe et suit le centre du chenal principal de cette rivière jusqu'à son confluent avec le Zambèze, où elle s'arrête.

Le cours de la frontière décrite ci-dessus est tracé d'une façon générale d'après une carte établie officiellement pour le Gouvernement britannique en 1889.» (Traité anglo-allemand, art. III, par. 2; mémoire du Botswana, vol. II, annexe 11, p. 185; mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 4, p. 6.)

*

26. Le traité de 1890 est un instrument qui a délimité dans cette région d'Afrique les sphères d'influence respectives des Parties mais qui n'a certainement *pas* fixé de frontière nationale entre les territoires de l'Allemagne et ceux de la Grande-Bretagne. La limite de la sphère d'influence allemande a été fixée comme étant le «centre du chenal principal du Chobe», mais, dans ce traité, il n'a été indiqué aucune *ligne frontalière* traversant cette zone géographiquement complexe. La détermination de la *frontière*, qui aurait certainement eu pour effet de déterminer le *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu était à l'époque tout à fait étrangère à l'objet réel du traité.

27. La carte de 1889 qui est censée illustrer l'article III du traité anglo-allemand de 1890 (mémoire du Botswana, app. II, carte 3) est établie à une échelle trop réduite, à mon avis, pour être d'un grand secours. Le cours du fleuve Chobe sur cette carte est emprunté directement à la carte établie en 1891 par B. F. Bradshaw pour la Royal Geographical Society. La carte de Bradshaw indique certaines caractéristiques géographiques de la zone et montre les chenaux nord et sud du Chobe mais, bien entendu, cette carte n'indique aucune frontière (mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 102, p. 35; mémoire de la Namibie, vol. VI, atlas I/2; mémoire du Botswana, app. II, carte 1) et cette carte n'a pas d'importance pour la détermination de la frontière dans ladite zone.

3) *Le sens de l'expression «chenal principal» dans le traité de 1890*

28. Les Parties ont l'une et l'autre fourni beaucoup d'explications au sujet de la formule «le centre du chenal principal [du Chobe]» qui figure à l'article III du traité anglo-allemand de 1890. En particulier, les Parties ont l'une et l'autre consacré beaucoup d'attention, notamment au cours de la procédure orale, à la distinction qui est censée exister

entre cette notion du texte anglais et celle qui figure dans l'autre version faisant foi, le texte allemand, qui se lit : « *Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses* ».

Il est possible que l'idée qu'exprime la version allemande et celle qu'exprime la version anglaise ne soient pas identiques. Le terme anglais « centre » est tout simplement un terme géométrique, tandis que le terme allemand « *Thalweg* » a une connotation juridique. Fixer le « centre » du chenal principal du fleuve est de la compétence d'un géographe ou d'un géomètre. A mon sens toutefois, la délégation allemande qui a négocié le traité de 1890 ne me paraît pas avoir employé le terme allemand « *Thalweg* » pour donner au texte un sens différent du terme anglais « centre » ni pour donner à ce terme un sens juridique.

Comme il est indiqué au paragraphe 46 de l'arrêt, le texte initial de cette partie du traité de 1890, paraphé par lord Salisbury et par le comte Hatzfeldt, tel qu'il a été communiqué au Foreign Office sous forme de projet d'accord se lisait comme suit :

« [La frontière] longe ce parallèle vers l'est jusqu'au Chobe et suit le *centre de ce fleuve* jusqu'à son confluent avec le Zambèze, où il s'arrête. » (Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 26, p. 121 ; les italiques sont de moi.)

A la suite de quoi la partie britannique proposa d'ajouter les mots « du chenal principal » de sorte que la phrase se lisait désormais « le centre du chenal principal de ce fleuve ». La proposition a été acceptée par la partie allemande et traduite d'abord sous la forme suivante : « *in der Thal-Linie des Hauptlaufes dieses Flusses* » et, finalement, le terme « *Thal-Linie* » a été remplacé par le terme *Thalweg*. Je tiens à souligner que l'arrêt déclare clairement et, à mon sens, de façon tout à fait justifiée, que « [l]e texte allemand est donc une traduction littérale de la proposition britannique et suit le texte anglais » (arrêt, par. 46).

29. De toute façon, les termes allemands « *Thalweg des Hauptlaufes* » ont le même sens que les termes anglais « *centre du chenal principal* ». L'interprétation différente de ce texte allemand qui a été donnée au cours des plaidoiries ne me convainc pas et je vois mal pourquoi les Parties ont accordé tant d'importance dans leurs écritures et leurs plaidoiries au terme « *Thalweg* » et pourquoi la Cour, elle aussi, s'intéresse si longuement, en de si nombreux endroits de son arrêt, à l'utilisation et à la définition de ce terme (arrêt, par. 21-27, 46 et 89). Le terme « *Thalweg* » apparaît plus de vingt fois dans l'arrêt. Je le répète, la formule allemande ne fait que traduire le texte initial anglais. Le texte initial est « centre du chenal principal » et rend compte de ce que les négociateurs du traité anglo-allemand de 1890 avaient à l'idée. Dans la seconde partie de l'arrêt, le terme « *Thalweg* » est remplacé par « la ligne des sondages les plus profonds » — comme l'ont suggéré les Parties lors de la procédure orale — et cette notion figure au paragraphe 1) du dispositif de l'arrêt. J'estime pour ma part que la Cour aurait dû se contenter de dire dans son dispositif que la frontière entre le Botswana et la Namibie « suit le centre du chenal

nord» au lieu de dire qu'elle «suit la ligne des sondages les plus profonds dans le chenal nord».

*

30. Il est pour moi évident que les négociateurs officiels du traité de 1890 n'avaient rien à l'esprit qui indiquât qu'ils avaient décidé que la ligne de séparation entre leurs deux sphères d'influence serait quelque chose de plus que le centre du «chenal principal» du fleuve Chobe. La notion de «chenal» est purement scientifique. Mais ce qui constitue le chenal «principal» prête à interprétation jusqu'à un certain point. La notion de «chenal principal» peut fort bien se définir suivant différents critères, par exemple la largeur du fleuve, sa profondeur, le débit, la configuration du fond du fleuve, etc., comme le donnent à entendre certains ouvrages scientifiques de référence (voir les paragraphes 29 et 30 de l'arrêt). La Cour dit fort justement dans l'arrêt qu'il n'existe «[pas] un seul et unique critère pour identifier le chenal principal du Chobe» (par. 30).

31. A mon avis, le fait que le texte anglais initial, c'est-à-dire l'expression «centre du fleuve», a été remplacé par l'expression «centre du chenal principal du fleuve» et que, dans la version allemande, c'est le terme «*Thalweg*» qui a été utilisé pour traduire le «centre» du chenal principal peut être interprété comme signifiant que les parties au traité de 1890, en choisissant le fleuve Chobe comme délimitant la frontière entre elles, s'intéressaient aux possibilités de navigation sur ce fleuve, c'est-à-dire à l'accès au Zambèze. Mais il convient de noter que l'on ne savait pas à l'époque si le Chobe était intégralement navigable. Il s'agissait simplement pour chacune des parties d'un intérêt potentiel. L'arrêt en prend très justement note (par. 40 et 44). Comme les parties au traité de 1890 ne s'intéressaient pas immédiatement à la navigation sur le Chobe, et étant donné que la situation hydrologique du fleuve n'était pas connue, elles ont donc, sans pour autant chercher à délimiter la frontière, employé la formule «centre du chenal principal» en songeant à la *navigabilité* du fleuve, mais d'un point de vue purement théorique.

A quelques exceptions mineures près, le Chobe n'a jusqu'à présent pas servi à une navigation de transport. S'il fallait distinguer le «chenal principal» par sa navigabilité, la Cour aurait alors du mal à situer la frontière soit dans le chenal nord soit dans le chenal sud car aucun de ces deux chenaux n'a, ni autrefois ni aujourd'hui, répondu aux conditions de navigabilité entendue au fond ou bien au sens commercial.

32. Si toutefois la Cour doit déterminer la frontière sous la forme du «chenal principal» du fleuve, quelle que soit la façon dont l'énoncé du traité de 1890 ait pu être interprété à l'époque, elle peut alors chercher où se situe le chenal principal entendu en un sens général. A cette fin, la Cour a besoin du concours d'un expert en hydrologie et elle aurait dû

requérir les services d'un spécialiste, soit à titre de témoin soit à titre d'expert, qui aurait pu d'abord lui dire quels critères il était le plus indiqué d'utiliser pour définir le chenal principal dans ce contexte géographique particulier et qui lui aurait dit ensuite lequel des deux chenaux allait en réalité remplir ces critères.

Au lieu de quoi la Cour a d'une façon ou d'une autre pris en considération les vues exprimées par les scientifiques ou les spécialistes mobilisés par les équipes opposées des Parties. Or, ces scientifiques ou spécialistes ont des avis parfois contradictoires. La Cour a en fait établi que c'est le chenal nord qui est le «chenal principal» sans avoir bénéficié d'un avis d'expert formulé par une personne indépendante. La Cour s'est fondée sur sa propre interprétation des critères géographiques et scientifiques et a abouti elle-même à la conclusion que «le chenal nord du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu doit être considéré comme son chenal principal suivant le sens ordinaire des termes figurant dans la disposition pertinente du traité de 1890» (arrêt, par. 41). A mon avis, la Cour n'a pas traité comme il aurait fallu cette question qui revêt des aspects scientifiques, hydrographiques, potamologiques ou topographiques, mais je ne suis toutefois pas en mesure de dire que la décision de la Cour est erronée.

4) *Comment le «chenal principal» a-t-il été reconnu à diverses reprises dans le passé?*

33. Pour déterminer actuellement où se situe la frontière entre le Botswana et la Namibie il importe au plus haut point d'établir comment ce chenal principal du Chobe dont il est fait état à l'article III, paragraphe 2 du traité de 1890, a été dans le passé reconnu comme tel. Je vais consacrer une section distincte de la présente opinion à cette question. Ces pratiques antérieures sont abondamment évoquées dans l'arrêt, mais sous un aspect totalement différent.

IV. «SUR LA BASE DES RÈGLES ET PRINCIPES
DU DROIT INTERNATIONAL»

34. La Cour est priée de statuer «sur la base» non seulement du traité de 1890 mais aussi des «règles et principes du droit international» (compromis, art. I). Comme je l'ai dit plus haut, ces termes sont interprétés dans le compromis lui-même comme correspondant aux «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées», ainsi que l'indique l'article III du compromis. Il y a lieu de noter que cette interprétation qui figure ainsi à l'article III du compromis était nouvelle et ne figurait pas dans les travaux de l'équipe mixte à partir desquels le compromis a été élaboré. Je dois donc me poser la question de savoir si les Parties au compromis ont effectivement eu l'intention de limiter l'interprétation de l'énoncé de l'article I à celle qui figure à l'article III.

35. Si, comme le compromis le donne à penser, il faut entendre les termes «règles et principes du droit international» comme ayant le sens des «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées», il serait alors utile pour établir le statut juridique de l'île de Kasikili/Sedudu de chercher à savoir s'il y a eu, pour une raison ou pour une autre, acquisition d'un «titre par prescription». La Cour a tout à fait raison d'examiner à cet égard la doctrine de la prescription (arrêt, par. 94-99). La Cour conclut toutefois que la culture pratiquée sur l'île par les Masubia ou les actes occasionnels d'autorité étatique qui ont été relevés n'auraient pas fondé l'acquisition d'un titre par prescription sur l'île et elle aboutit sur ce point à une conclusion négative (arrêt, par. 99). Je souscris sans réserve à cet égard à la conclusion de la Cour.

36. Quels autres «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées» peuvent-ils alors avoir été suggérés à la Cour pour fondement de sa décision? Je constate que les Parties n'ont pas du tout plaidé sur ce point. Je ne vois donc aucune raison pour la Cour de se fonder sur les «règles et principes du droit international» par opposition au traité anglo-allemand de 1890.

V. COMMENT LE «CHENAL PRINCIPAL» DU CHOBE A ÉTÉ RECONNU DANS LA PRATIQUE ANTÉRIEURE ET COMMENT CELA POURRAIT-IL AIDER LA COUR À SITUER LA FRONTIÈRE LE LONG DU FLEUVE CHOBE

1) Introduction

37. Comme je l'ai dit au paragraphe 33 ci-dessus, il y a lieu d'étudier comment la frontière du Chobe et le statut de l'île de Kasikili/Sedudu ont été établis dans le passé à différentes époques par les autorités respectives de la région, d'après les cartes, d'après certains documents pertinents, voire d'après certaines pratiques.

Il s'agit de savoir si ces documents et pratiques constituent, aux fins de l'interprétation du traité anglo-allemand de 1890, «[un] accord [quelconque] ayant rapport au traité... qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion [du] traité» et/ou «[un] instrument [quelconque] établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité» comme l'énonce la convention de Vienne sur le droit des traités (art. 31, par. 2 a), b); arrêt, par. 47-70, 75 et 78). L'arrêt fait souvent état de la convention de Vienne et aboutit à la conclusion générale que les pratiques qu'il évoque abondamment et que je vais citer dans la présente section ne constituent *ni* «un accord ultérieur» *ni* une «pratique ultérieure» au sens de ladite convention (arrêt, par. 79).

38. Sur ce point, je crains de ne pas pouvoir partager le sentiment de la Cour pour qui lesdites pratiques, cartes et documents ne présentent d'intérêt que pour l'interprétation du traité de 1890. A mon avis, la Cour

peut utilement examiner les faits et activités pertinentes qui l'aideront à déterminer la frontière du Chobe et le statut juridique de l'île mais non les utiliser aux fins d'interpréter le traité de 1890 (du point de vue de la convention de Vienne sur le droit des traités). A mon avis encore, ces pratiques antérieures constituent en soi un élément déterminant qui permet à la Cour de situer la frontière entre le Botswana et la Namibie le long du chenal nord du Chobe.

Dans la partie de mon opinion qui suit, j'évoque plusieurs incidents et je cite les documents anciens dont nous disposons. Je ne fais que répéter là, le plus souvent, les citations de la Cour elle-même dans son arrêt mais je tiens à ces citations car, à mon avis, elles revêtent une importance majeure.

2) Examen des cartes

39. Je tiens aussi à ajouter quelques mots sur l'importance qu'il faut attacher en l'espèce à un certain nombre de cartes de la région établies depuis 1890 et présentées à la Cour par les Parties. Si je compte bien, il n'existe pas moins de cinquante-deux cartes. Mais je doute vraiment beaucoup que l'existence d'un si grand nombre de cartes en l'espèce puisse aider à résoudre la question. Certaines cartes indiquent la largeur du chenal nord et celle du chenal sud à la hauteur de l'île de Kasikili/Sedudu et sont donc utiles puisqu'elles donnent quelques détails géographiques sur la région. Mais certains des cartographes ont été jusqu'à indiquer une «frontière» sur leur carte, ce qui peut s'interpréter comme étant une frontière politique entre les rives nord et sud du Chobe.

40. La Cour indique dans l'arrêt comment elle considère les diverses cartes de la région qui lui ont été soumises et indique fort justement qu'elle «ne s'estime pas à même de tirer des conclusions du dossier cartographique produit en l'espèce» (arrêt, par. 87). Je partage sur ce point le sentiment de la Cour mais je tiens néanmoins à formuler quelques observations générales sur lesdites cartes.

J'observe en premier lieu que certaines cartes ont purement et simplement été reproduites à partir d'une édition antérieure sans qu'il ait été procédé au moindre levé supplémentaire.

J'observe en deuxième lieu que la région du Chobe avait été avant 1890 explorée par certaines personnes, dont Selous et Livingstone, mais les cartes établies par ces personnalités n'indiquaient aucune frontière politique. La carte émanant d'un organe officiel compétent peut parfois indiquer quelle est la position du gouvernement en question sur l'appartenance territoriale d'une certaine région ou d'une certaine île ou la souveraineté exercée sur ladite région ou île. Toutefois, ce fait à lui seul ne détermine pas le statut juridique de la zone ou de l'île en question. La ligne correspondant à la frontière indiquée sur ces cartes peut être interprétée comme représentant l'étendue maximale du territoire revendiqué par le pays en question mais ne justifie pas nécessairement ladite revendication.

J'observe en troisième lieu qu'une revendication territoriale ne peut être

formulée que sous la forme d'indications claires en ce qui concerne les intentions de l'Etat concerné, et ces indications peuvent être portées sur des cartes. Mais, à elles seules, en l'absence de toute autre présomption, une carte ne saurait justifier une revendication politique. En l'espèce, malgré l'existence d'un si grand nombre de cartes et malgré la place considérable que les deux Parties ont consacrée à leur interprétation, j'estime en dernière analyse que toute cette discussion n'a strictement aucune pertinence.

41. A mon sens, ce n'est pas à un cartographe qu'il incombe de tracer une frontière politique à moins qu'on ne lui indique très clairement où elle se situe. Il ne faut pas accorder beaucoup de poids à une quelconque frontière qui serait ainsi portée sur ces cartes.

Dans leurs exposés oraux, les Parties ont présenté une liste indiquant quelles étaient, parmi les nombreuses cartes disponibles, celles qui situaient la frontière au nord et celles qui la situaient au sud. Je dirais, pour porter un jugement clément, que l'exercice était vain; si je veux être plus sévère, je dirais qu'il était absurde.

3) *La géographie de la zone entourant l'île de Kasikili/Sedudu et la situation politique et sociale de l'île jusqu'au milieu du XX^e siècle*

42. Avant la conclusion du traité anglo-allemand de 1890, cette région était pour l'essentiel inconnue, exception faite du rapport de l'expédition de Livingstone intitulé « *Missionary Travels and Researches in South Africa* » (mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 129, p. 197; *ibid.*, vol. I, p. 23), le rapport de l'explorateur Selous datant de 1874 (évoqué mais non pas intégralement cité dans le mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 138, p. 229), et le rapport Schulz-Hammar de 1884, intitulé « *The New Africa - A Journey up the Chobe and down the Okovanga Rivers* » (évoqué mais non pas intégralement cité dans le mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 137, p. 227). Pour autant que je puisse le dire, aucun de ces rapports ne parle de l'existence d'une île connue aujourd'hui sous le nom d'île de Kasikili/Sedudu.

43. On ne sait pas si à l'époque, l'île de Kasikili/Sedudu était submergée pendant la saison des pluies ni si l'eau du fleuve coulait de façon ininterrompue pendant l'année tout entière. Les scientifiques dont les Parties ont engagé les services en l'espèce ont donné quelques explications, mais celles-ci divergent, et ne font pas non plus apparaître clairement si leurs auteurs parlent de la situation telle qu'elle se présentait il y a cent ans ou bien de la situation aujourd'hui. De toute façon, les faits présentés n'ont pas été expliqués à la Cour par un témoin ou un expert ayant fait la déclaration solennelle requise. Le fait est, semble-t-il, qu'il n'existait aucune description topographique fiable de la région à l'époque. Il est extrêmement difficile d'établir d'après l'une quelconque des informations disponibles aujourd'hui quelle est la situation géographique de la région, c'est-à-dire de l'île de Kasikili/Sedudu et de la zone environnante du fleuve Chobe.

44. Il me semble que, dans leurs plaidoiries comme dans leurs écritures, les Parties se sont principalement attachées à interpréter les termes du traité de 1890 (par exemple, «le centre du chenal principal du fleuve») mais n'ont pas beaucoup étudié le statut ni la situation politique et sociale des rives nord et sud du Chobe.

45. L'Allemagne qui, en 1884, a placé le Sud-Ouest africain sous son protectorat, s'intéressait au plus haut point à la possibilité d'accéder, depuis le lac Ngami à la région située à l'est, c'est-à-dire au Zambèze, et ne cherchait vraiment pas du tout à placer sous son contrôle une petite île située dans le Chobe. Par ailleurs, la Grande-Bretagne avait en 1885 placé le Bechuanaland sous son protectorat et soumis toute la région au contrôle du gouverneur du Bechuanaland britannique.

L'Allemagne n'a formulé aucune revendication territoriale, pas même sur la bande orientale du Caprivi au nord du Chobe, et c'est en 1909 que l'administration allemande s'est manifestée pour la première fois dans la région à la suite de la création de l'office du gouverneur allemand au Sud-Ouest africain en 1908, à Windhoek. Au Caprivi, la Grande-Bretagne a exercé de facto son autorité jusqu'en 1914. On présume qu'à l'époque, la Grande-Bretagne étendait vers le nord son contrôle de la région au-delà du Chobe.

46. Pendant la première guerre mondiale, le Caprivi oriental, qui avait été sous administration allemande, a été occupé par l'armée britannique qui s'est déplacée depuis la Rhodésie du Sud et a été placé sous l'autorité du commissaire de district du protectorat du Bechuanaland à Kasane (mémoire de la Namibie, vol. I, p. 93). En 1919, à la suite de la première guerre mondiale, l'Union sud-africaine est devenue la puissance administrante de la totalité du territoire de la Namibie actuelle, placé sous mandat de la Société des Nations — ce qui signifie, si je puis dire, que l'Union sud-africaine était sous influence britannique, bien que cette influence fût indirecte. De 1915 à 1929, le Caprivi a été administré par l'administration du Bechuanaland au nom du gouvernement de l'Union sud-africaine. Personne n'émit alors d'objection à l'encontre de la mise en culture de l'île de Kasikili/Sedudu par des membres des tribus du Caprivi.

La différence de statut entre la région située au nord et la région située au sud du Chobe n'a pas vraiment suscité la moindre difficulté concrète au cours de cette après-guerre; les difficultés n'ont surgi qu'à la suite de la seconde guerre mondiale. On dit que la police britannique patrouillait sur les deux rives, nord et sud, pour faire régner la paix.

47. Un rapport, communément appelé le rapport Eason, établi par le capitaine Eason de la police du Bechuanaland (Grande-Bretagne) le 5 août 1912 et intitulé «Rapport concernant le chenal principal du Linyanti (ou Chobe)» (fréquemment cité dans l'arrêt, aux paragraphes 33, 42 et 52 à 55), donne quelques indications géographiques sur la zone (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 47, p. 173; mémoire du Botswana, vol. III, annexe 15, p. 225). D'après ce rapport, «là, [le capitaine Eason] considère que c'est sans aucun doute le *chenal nord* qui doit être considéré comme le chenal principal» (les italiques sont de moi) et,

d'après la carte sous forme de croquis jointe au rapport, le *chenal nord* est effectivement indiqué du point de vue géographique comme étant le chenal principal.

Depuis ce rapport de 1912, il n'y a pas eu, semble-t-il, de rapport fiable sur la région jusqu'au rapport Trollope-Redman établi au milieu des années 40, dont je parle un peu plus loin.

4) La confrontation, pendant les années quarante, entre les autorités de l'Union sud-africaine et les services du haut commissaire britannique chargé du protectorat du Bechuanaland

48. A la suite de la seconde guerre mondiale, bien que le régime des mandats de la Société des Nations ait pris fin, l'Union sud-africaine n'a pas accepté que ce régime soit transformé et devienne le nouveau régime de tutelle sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies. C'est alors que se manifestent la scission ou les frictions entre les régimes exerçant leur contrôle sur les territoires de l'Union sud-africaine (laquelle accède au statut de République et quitte le Commonwealth en 1961), d'une part, et, de l'autre, le protectorat britannique du Bechuanaland. Ce n'est que depuis cette époque que se pose la question de la frontière entre les deux entités ci-dessus et que cette question s'étend à celle de savoir quel est le statut de l'île de Kasikili/Sedudu.

49. En 1940, le major L. Trollope, qui est le magistrat chargé de la partie orientale de la bande de Caprivi (ci-après dénommée la « bande ») (vers le nord du Chobe), procède à un relevé de la zone avec le concours de la police du protectorat du Bechuanaland de Kasane (vers le sud du Chobe) et présente son rapport sur l'administration de la partie orientale de la bande de Caprivi au secrétaire aux affaires autochtones de Pretoria (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 58, p. 229). Il n'est pas dit un mot de l'île de Kasikili/Sedudu dans ce rapport.

50. Une dizaine d'années plus tard, en 1948, un échange de lettres a lieu entre les services du magistrat de Windhoek, l'administrateur de la bande de Caprivi (au nord du Chobe), et les autorités britanniques de Kasane (au sud du Chobe), au sujet du statut international de la région, y compris l'île de Kasikili/Sedudu. Le major Trollope (magistrat chargé de la partie orientale de la bande de Caprivi) adresse le 3 janvier 1948 une lettre à M. V. Dickinson (commissaire de district à Maun, Bechuanaland), laquelle est intitulée « Chenal entre l'île de Kasikili et les villages de Kabuta et Kasika », dans laquelle il est question d'un monsieur Ker qui demande l'autorisation d'emprunter le chenal nord pour y transporter du bois d'œuvre (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 59, p. 262; voir arrêt, par. 40 et 56).

51. Quelques semaines plus tard, le major Trollope et M. N. V. Redman (commissaire de district [adjoint] à Kasane, protectorat du Bechuanaland), établissent conjointement un rapport daté du 19 janvier 1948, intitulé « Rapport conjoint relatif à la frontière entre le protectorat du

Bechuanaland et la partie orientale de la bande de Caprivi: île de Kasikili» (voir arrêt, par. 42 et 57-60), dans lequel il est dit ceci :

«3. Après reconnaissance séparée du terrain et examen d'une photographie aérienne, nous constatons que le «chenal principal» ne suit pas la voie navigable qui est généralement indiquée sur les cartes comme constituant la frontière entre les deux territoires.

4. Notre opinion est que le «chenal principal» se situe dans la voie d'eau [*le chenal nord*] qui engloberait l'île en question dans le protectorat du Bechuanaland.

5. D'autre part, après enquête, nous avons établi que, depuis 1907 au moins, l'île est utilisée par les membres des tribus de la partie orientale de la bande de Caprivi et que c'est encore le cas aujourd'hui.

6. Rien n'indique, à notre connaissance, que l'île ait été utilisée ou revendiquée par des membres des tribus ou les autorités du Bechuanaland, ou qu'il ait été fait objection à l'utilisation de cette île par les membres des tribus du Caprivi.» (Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 60, p. 264.)

*

52. Dans la lettre qu'il adresse le 21 janvier 1948 au secrétaire d'Etat aux affaires autochtones à Pretoria, laquelle est intitulée «Frontière entre le Bechuanaland et la partie orientale de la bande de Caprivi» (voir arrêt, par. 58), le major Trollope semble avoir admis au paragraphe 3 que la frontière doit se situer dans le *chenal nord* mais qu'il faut continuer d'autoriser la population du Caprivi oriental à cultiver l'île. La lettre dit ceci :

«Il ne fait pas de doute que le libellé du traité de 1890 concerne des faits géographiques tels qu'ils existent actuellement et que la véritable frontière entre les deux territoires doit se situer à l'intérieur de la voie d'eau septentrionale et inclure l'île de Kasikili dans le protectorat.» (Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 61, p. 271; les italiques sont de moi.)

53. On sait que, malgré la suggestion formulée par le major Trollope au sujet du chenal nord, l'Union sud-africaine hésitait à admettre que le chenal nord fût bien le chenal principal du Chobe; sur ce point, on dispose de la lettre du 12 juin 1948 adressée par le secrétaire d'Etat à la justice de l'Union sud-africaine au secrétaire d'Etat aux affaires extérieures à Pretoria, qui est intitulée «Frontière entre le Bechuanaland et la partie orientale de la bande de Caprivi» :

«Il [*le chenal principal*] passe *au nord* de l'île de Kasikili, alors qu'apparemment les cartes le situent généralement au sud de cette île. Nous n'avons pas la carte dont il est question dans l'accord [*le traité de 1890*] mais, à supposer que, là aussi, le chenal principal soit indiqué au sud de l'île, il s'agit de savoir si, avant la conclusion de

l'accord, le chenal principal ne s'est pas déplacé du bras sud au bras nord.» (Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 62, p. 277; les italiques sont de moi.)

*

54. Dans une lettre adressée le 14 octobre 1948 par le secrétaire auprès du premier ministre et secrétaire d'Etat aux affaires extérieures de l'Union sud-africaine (chargé de la région située au nord du Chobe), au secrétaire administratif auprès du haut commissaire pour le Basutoland, le protectorat du Bechuanaland et le Swaziland (chargé d'administrer la région située au sud du Chobe), il est dit que, de mémoire d'homme, il n'y a pas eu de déplacement de la *frontière* du chenal sud au profit du chenal nord. Les problèmes qui se posaient à l'époque entre les deux autorités portaient, semble-t-il, sur le transport de bois d'œuvre par le chenal nord du Chobe et les cultures pratiquées sur l'île de Kasikili/Sedudu par des membres des tribus du Caprivi. L'Union sud-africaine savait qu'une entreprise située au Bechuanaland demandait l'autorisation de transporter du bois d'œuvre mais elle se souciait essentiellement de garantir que les tribus de la partie orientale de la bande de Caprivi pouvaient continuer à cultiver l'île. C'est ce que montre le texte de la lettre que je cite ci-dessous :

«Il apparaît que l'examen de la question est rendu nécessaire par le projet formé par une entreprise de transport fluvial de faire descendre du bois d'œuvre par le Chobe depuis une scierie située au Bechuanaland, ce qui a soulevé la question de savoir quelle était la frontière exacte, aussi bien dans les documents soumis au magistrat de la partie orientale de la bande de Caprivi que dans ceux qui l'ont été aux autorités du Bechuanaland.

Le rapport montre que, si les cartes indiquent [que] le chenal principal du Chobe [est] au sud de l'île de Kasikili, en fait, il passe au nord de cette île.

Des enquêtes exhaustives ont montré qu'il n'y a pas eu de déplacement du chenal principal du sud vers le nord de mémoire humaine. Donc, les faits signifient que les cartes sont inexactes.

En revanche, il est prouvé que l'île est cultivée au moins depuis 1907 par les tribus du Caprivi et que le droit de ces tribus à l'occupation de l'île n'a jamais été contesté.

Le gouvernement de l'Union est désireux de protéger les droits des tribus de la bande de Caprivi sur l'île et il apparaît que les autorités du Bechuanaland souhaitent utiliser le chenal nord pour la navigation. Comme il semble qu'il n'y ait pas de conflit d'intérêts, il devrait être possible de trouver un arrangement mutuellement satisfaisant.» (Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 63, p. 280.)

Dans la lettre adressée le 4 novembre 1948 au secrétaire d'Etat aux

affaires extérieures de l'Union sud-africaine par le secrétaire administratif auprès du haut commissaire britannique, il est dit ceci :

«d'ordre du haut commissaire pour le Basutoland, le protectorat du Bechuanaland et le Swaziland, j'ai l'honneur de vous faire savoir que le commissaire résident du protectorat du Bechuanaland a donné ordre au commissaire de district à Kasane d'autoriser les membres des tribus de la bande de Caprivi à cultiver ... l'île de Kasikili, s'ils le souhaitent, en vertu d'un permis annuel renouvelable» (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 64, p. 281).

Dans une lettre adressée le 14 février 1949 au secrétaire en chef auprès du haut commissaire britannique pour le Basutoland, le protectorat du Bechuanaland et le Swaziland, le secrétaire auprès du premier ministre chargé des affaires extérieures a évoqué la possibilité d'accepter que l'île appartienne à la rive nord (Sud-Ouest africain) tandis que, toutefois, la voie de navigation continuerait de se situer dans le chenal nord :

«Il ressort clairement des informations disponibles que les membres des tribus du Caprivi utilisent l'île depuis très longtemps et que leur droit d'agir ainsi n'a jamais été contesté, ni par les tribus ni par les autorités du Bechuanaland.

Nous pensions que les autorités du Bechuanaland s'intéressaient avant tout à la possibilité d'utiliser le chenal nord du Chobe pour la navigation.

Je vous écris donc afin de déterminer s'il ne serait pas possible de conclure un accord dont l'élément principal serait que votre administration reconnaît les prétentions de l'Union sur l'île de Kasikili, sous réserve que l'Union délivre une autorisation générale d'utiliser le chenal nord pour la navigation.» (Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 65, p. 283.)

55. Dans une lettre adressée le 6 juin 1949 à lord Noel-Baker (secrétaire d'Etat chargé des relations avec le Commonwealth), le haut commissaire britannique semble avoir été disposé à accepter la proposition de l'Union sud-africaine tendant à ce que le chenal sud constitue la frontière, comme il ressort de l'extrait ci-dessous :

«2. Une partie de cette frontière est constituée par le chenal principal du Chobe, ou Linyati, qui s'écoule vers l'est pour se jeter dans le Zambèze et sépare la frontière septentrionale du protectorat du Bechuanaland d'une étroite bande de territoire appelée bande de Caprivi. A une dizaine de miles à l'ouest du confluent, on trouve sur le Chobe l'île de Kasikili, étroite bande de terre d'environ 1,5 mile carré de superficie; jusqu'à présent, on considérait que cette île faisait partie de la bande de Caprivi car les cartes indiquent que le chenal principal coule au sud de l'île.

3. La question de l'emplacement exact de la frontière a été soulevée par une entreprise qui a l'intention de transporter du bois d'œuvre sur le Chobe, et le gouvernement de l'Union, après avoir

examiné la question, a conclu que le chenal principal se trouvait au nord de l'île et que son cours n'avait pas varié de mémoire d'homme. Je joins à la présente lettre une copie d'une note qui a été communiquée par le gouvernement de l'Union et a été établie conjointement, le 19 janvier 1948, par le magistrat de la partie orientale de la bande de Caprivi et le commissaire de district à Kasane, dans le protectorat du Bechuanaland, ainsi qu'une copie de la carte rudimentaire dont il est question dans cette note.

4. Le commissaire résident du protectorat du Bechuanaland estime qu'il n'est pas nécessaire de s'opposer à la proposition de l'Union de faire passer la frontière par le chenal sud si l'utilisation du chenal nord pour la navigation est garantie pour les habitants et le gouvernement du protectorat du Bechuanaland. Cette garantie, le gouvernement de l'Union est disposé à l'accorder.

5. Dans ces conditions, je considère la proposition du gouvernement de l'Union comme acceptable et serais heureux que vous l'approuviez.» (Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 66, p. 284.)

*

56. La correspondance dont je fais état aux paragraphes 54 et 55 ci-dessus semble indiquer que, vers la fin des années quarante, le protectorat du Bechuanaland était disposé à concéder que le chenal sud constitue la frontière du moment que M. Ker pourrait continuer à transporter du bois d'œuvre par le chenal nord. Toutefois, cette suggestion formulée à l'intention de lord Noel-Baker n'a pas été approuvée par le Gouvernement britannique.

Après cet échange de lettres entre l'Union sud-africaine et le protectorat du Bechuanaland, aucun progrès n'est enregistré à cette époque sur la question de la frontière.

5) *Les incidents qui ont lieu en 1984 après l'indépendance du Botswana en 1966, et l'enquête topographique conjointe qui a suivi*

57. Le 25 octobre 1984, il se produit un incident au cours duquel les forces de défense du Botswana tirent sur une embarcation d'une patrouille des forces de défense sud-africaines qui parcourent le Chobe (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 84, p. 329). C'est cet incident qui est, peut-on dire, à l'origine du différend territorial entre les deux entités. Lors d'une réunion intergouvernementale qui se tient à Pretoria le 19 décembre 1984 (mémoire du Botswana, vol. III, annexe 50, p. 396), il est décidé d'organiser une étude topographique conjointe pour établir si le chenal principal du Chobe se situe dans le chenal nord ou bien dans le chenal sud (mémoire du Botswana, vol. III, annexe 48, p. 384).

En fait, le rapport datant de juillet 1985 sur «l'étude de frontière du Chobe: l'île de Sedudu/Kasikili» propose la conclusion suivante: «Le chenal principal du Chobe contourne maintenant l'île de Sedudu/Kasikili

par l'ouest et *par le nord.*» (Les italiques sont de moi.) Toutefois, il n'a pas été tenté de trouver une solution au problème politique, c'est-à-dire de déterminer la frontière nationale entre les puissances installées au nord et au sud du fleuve.

*

58. Dans le télex daté du 22 octobre 1986 émanant de «Pula Gaborne» Botswana (chargé de la zone située au sud du Chobe) et adressé à «Secex-tern» Pretoria (chargé de la zone située au nord du Chobe), lequel concerne les discussions qui se sont tenues le 13 octobre 1986, il est dit ceci :

«Il est rappelé que la partie botswanaise a affirmé que l'île de Sedudu/Kasikili appartient au territoire du Botswana, comme cela a été confirmé par la commission mixte d'experts Botswana/Afrique du Sud qui a remis son rapport aux deux gouvernements en juillet 1985. [Nous souhaitons vous] informer ... que le Gouvernement du Botswana a depuis lors occupé l'île de Sedudu/Kasikili et compte que le Gouvernement de l'Afrique du Sud respectera la souveraineté et l'intégrité territoriale de la République du Botswana en ce qui concerne l'île.» (Mémoire du Botswana, vol. III, annexe 52, p. 406.)

Les autorités sud-africaines ont alors proposé de tenir une réunion pour résoudre le problème. L'échange de communications a pris fin avec un télex adressé par les autorités botswanaises le 25 novembre 1986, qui se lit comme suit :

«Il n'a jamais été demandé à la commission mixte d'experts Botswana/Afrique du Sud de procéder à la démarcation d'une frontière internationale mais de «déterminer si le chenal principal du Chobe est situé au nord ou au sud de l'île de Sedudu». La commission mixte a confirmé ce qui existe depuis toujours dans les faits, à savoir que le chenal principal est situé au *nord* de l'île et que c'est donc là que se trouve la frontière.

Il est donc évident que les éclaircissements voulus ont été donnés sur la question, qu'ils satisfont aux exigences habituelles et qu'il n'est pas nécessaire d'en discuter davantage.» (Mémoire du Botswana, annexe 54, p. 410; les italiques sont de moi.)

6) *Que dit la pratique antérieure?*

59. Après avoir donc étudié certains incidents qui ont eu lieu dans la région, ainsi que la correspondance entre les autorités de la rive nord et de la rive sud et certaines enquêtes ou études topographiques menées au cours des cent dernières années, j'aboutis à la conclusion que le chenal nord du Chobe a été considéré implicitement ou explicitement comme la frontière séparant les autorités établies, les unes sur la rive nord, les autres, sur la rive sud, et que l'île de Kasikili/Sedudu a été considérée

comme relevant des autorités de la rive sud, bien que l'île soit de temps à autre utilisée par les membres des tribus de la rive nord.

L'arrêt, toutefois, se reporte à ces pratiques antérieures comme si elles pouvaient l'aider à interpréter le traité anglo-allemand de 1890 ainsi que le prévoit la convention de Vienne sur le droit des traités, et la Cour est parvenue à la conclusion que ces pratiques, en fait, n'étaient pas de nature à constituer «une conduite ultérieurement suivie» ni «un accord ultérieur» au sens de la convention de Vienne. Je tiens à souligner une fois encore qu'à mon sens, la présente affaire est sans rapport direct avec l'application des dispositions de la convention de Vienne sur le droit des traités au traité anglo-allemand de 1890, traité auquel ni le Botswana ni la Namibie ne sont parties.

Si j'examine ci-dessus ces pratiques antérieures, c'est parce que ce sont des éléments déterminants qui aident la Cour à dire où passe la frontière dans le Chobe et, par suite, à déterminer le statut de l'île de Kasikili/Sedudu qui fait partie du territoire du Botswana.

VI. CONCLUSION

60. Au début de la présente opinion, j'ai émis l'idée que le compromis conclu le 15 février 1996 par le Botswana et la Namibie, déposé au Greffe de la Cour le 29 mai 1996, n'était pas rédigé avec clarté, de sorte que la Cour n'allait pas pouvoir bien déterminer quelle était l'intention réelle des Parties quand elles lui ont soumis l'«affaire». La première tâche qui s'impose à la Cour est d'établir si les Parties veulent qu'elle détermine la *frontière* entre les deux Etats le long du Chobe *ou bien* le *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu. Au lieu d'être complémentaires, les deux questions risquent fort d'être contradictoires. J'ai émis l'idée que les Parties puissent être priées de préciser leur position commune sur l'objet même du différend.

61. Les parties au traité de 1890 n'ont pas cherché à déterminer la frontière dans la région du Chobe mais ont voulu, en retenant les termes «chenal principal» du fleuve, faire le partage entre leurs sphères d'influence respectives en prenant en considération l'éventuelle possibilité d'accéder par la navigation sur le Chobe au fleuve Zambèze. Or, en fait, le Chobe n'a pas autrefois et n'est pas non plus actuellement utilisé très activement à des fins de navigation. Dans ces conditions, les termes «chenal principal du Chobe» peuvent fort bien s'entendre aujourd'hui au sens ordinaire qu'ils revêtent du point de vue hydrologique. Je regrette que la Cour n'ait pas cherché à recueillir l'avis d'un expert sur le chenal principal du Chobe et se soit fiée à l'avis d'experts appartenant à chacune des équipes des Parties. J'accepte toutefois que la Cour ait établi que le chenal nord correspondait à la frontière conformément au sens ordinaire à attribuer aux termes pertinents à ses yeux et je n'ai pas d'objection à formuler à l'encontre des conclusions de la Cour à ce sujet.

62. Je souscris notamment à la conclusion formulée dans l'arrêt suivant laquelle «les règles et principes du droit international» n'ont pas de rôle important à jouer aux fins de la détermination de la frontière et du statut juridique de l'île en l'espèce.

63. Je dirais plutôt qu'à mon sens, les pratiques antérieures — c'est-à-dire les études techniques géographiques et la correspondance entre les autorités occupant la rive nord et la rive sud, qui ont été indiquées suffisamment en détail dans l'arrêt et que j'ai moi-même longuement analysées, sont à elles seules l'élément le plus important et le plus déterminant qui puisse aider la Cour à décider que la frontière entre le Botswana et la Namibie est située dans le chenal nord et que l'île de Kasikili/Sedudu fait par conséquent partie du territoire du Botswana.

(Signé) Shigeru ODA.